

Yıl : 48
Sayı : 2

ANKARA BAROSU DERGİSİ

Mart
1991

SAHİBİ
ANKARA BAROSU ADINA

Başkan
Av. ÖZDEMİR ÖZOK

SORUMLU MÜDÜR
Av. Uğur UZER

YAYIN KURULU
Av. K. Tacar ÇAĞLAR (Başkanı)
Av. Uğur UZER
Av. Ömer ESİRGEMEZ
Av. Nedret GEVEÇİ
Av. Berrin KAYA
Av. Diler KEVEN
Av. Ahmet AKOLUK

YARDIMCI KURUL
Av. Naim Demirtürk
Av. Taylan Arıhan
Stj. Av. Lâle Işıl Yavuz
Stj. Av. Gökhan Sayın

Ankara Barosunca
İki Ayda Bir Yayınlanır.

DERGİ SORUMLUSU
Talip DÖNMEZ

İçindekiler

BAŞKANIN KÖŞESİ
Av. Özdemir ÖZOK 171-174

DOKTRİN VE MESLEK YAZILARI
Gerçek Hukukçu
Yekta Güngör ÖZDEN. 177-181

Türk Hukukunda Hacizlerin
Şerhle Kazandığı Hukukî Ni-
telik Ve Buna Bağlı Hukukî
Sonuçların İrdelenmesi
Y. Doç. Dr. E. Sabâ ÖZMEN 182-212

Stajyer Avukatların Problem-
leri Ve Çözüm Önerileri 213-220

KARAR ELEŞTİRİSİ
Danıştay 10. Dairesinin Bir
Kararı Üzerine
Av. M. Bâki HACİÖMEROĞLU 223-232

Dünya Barolarından 235-266

Avukatın Disiplin Hukuku 269-274

Yüksek Mahkeme Kararları 277-293

Yeni Hukuk Kuralları 297-300

Ankara Barosundan Haberler 302-325

Yitirdiklerimiz 326-328

TÜRK HUKUKUNDA HACİZLERİN ŞERHLE KAZANDIĞI HUKUKİ NİTELİK VE BUNA BAĞLI HUKUKİ SONUÇLARIN İRDELENMESİ

Y. Doç. Dr. E. Sabâ ÖZMEN (*)

I — KONUNUN TANITIMI VE SINIRLANDIRILMASI

MK.muz «temlik hakkının tahditleri» kenar başlığı altında 920. maddede «aşağıdaki sebeplerle bazı gayrimenkullerin temlik hakkına karşı yapılan tahditler tapu siciline şerh verilebilir» hükmü ile birlikte aynı hükmün 2. bendinde, «haciz, iflas ilanı, konkordato ile verilen mehil»in de şerh verileceğini hükme bağlamıştır.

Araştırma konumuz haczin, taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini şerh sonucu nasıl etkileyeceğidir. Konu her ne kadar genel bir madde ile düzenlenmiş ve «bu tasarruf tahditleri tapu siciline şerh verilmekle gayrimenkul üzerinde sonradan iktisap olunan her nevi hakların sahiplerine karşı dermeyeran olunabilir» hükmü ile (MK. m. 920/son f.) hukuki sonuca bağlanmış ise de, her bir şerh hali aynı bent altında dahi farklılık arz etmektedir. Örneğin, hacizlerin şerhi ile iflas ilanı şerhi, farklı hukuki sonuçlara bağlı bulunmaktadır. Öğretide genel eserlerde bu konu ile ilgili verilen bilgilerde haklı olarak hacim sorunu nedeni ile, kanunda anılan sonuç tekrar edilmekte; buna bağlı sonuçların diğer genel bilgilerden çıkarılması arzulanmaktadır. Başka bir deyişle, kanuni düzenlemenin metodu izlenmektedir.

İşte, araştırma yalnızca hacizlerin şerhi ile sınırlı olarak dağıtım bilgileri toparlamak amacındadır. Bu çerçevede içinde yalnızca hacizlerin şerhinin, taşınmazlar üzerinde mevcut aynı haklara etkisini hukuki sonuçları ile saptamak arzusundayız. Ayrıca, aşağıda ayrıntısı ile ele alacağımız şekilde 538 sayılı Kanun değişikliğinden önce mevcut -tasarruf yetkisini ortadan kaldıran- hatalı uygu-

(*) Gazi Üniversitesi İkt. İd. Bil. Fakültesi Öğretim Üyesi.

lamanın halâ bilgisizlik nedeni ile icra dairesi işlemleri ile gündeme geliyor olması bizi bu konunun seçimine özendirmiştir.

Araştırma planı olarak, öncelikle haczin, şerhe konu olması nedeni ile kazandığı hukuki nitelik belirlenerek, hukuki etki ve sonuçları bu temel üzerine oturtulmaya çalışılacaktır.

II — GENEL OLARAK HACİZ KAVRAMI VE NİTELİĞİ

Alacaklıya karşı malvarlığı ile kural olarak sınırsız (İİK. m. 82-83'de sayılan istisnalar dışında) sorumlu bulunan borçlunun (1), edimini ifa etmemesi halinde nasıl işlem yapılacağı İcra İflas Kanununun düzenleme konusu içindedir. İçindedir; çünkü, günümüzde kişinin kendi gücü ile hakkını elde etmesine önemsiz istisnalar (BK. m. 52 gibi) dışında yer yoktur.

Malvarlığı ile sorumluluğun doğal sonucu, borcunu rızası ile ifa etmeye yanaşmayan borçlunun malvarlığına alacaklının el koymasıdır. Bu noktada iş alacaklının fiili kuvvetine bırakılmamış; el koyma bu konuda görevli ve yetkili devlet organlarına bırakılmıştır. Kullanılan meşru devlet yetkisi sonucu, para ile tatmin edilmesi gereken alacaklının alacağına kavuşabilmesi için haciz (İİK. m. 78 vd.), ilk yapılması gereken işlemdir. Haciz öğretide, belirli bir para alacağının tahsilini sağlamak amacı ile borçlunun malvarlığına dahil mal ve haklarına icra memuru tarafından hukuken el konulmasıdır şeklinde tanımlanmaktadır (2).

Haciz her şeyden önce devlet yetkisi kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen adli bir işlemdir. Ancak, hacizde korunan ilk meşru menfaat doğrudan devlete ait değildir. Haciz bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine yapılmaktadır (3). Başka bir deyişle haciz, hüküm ve sonuçlarını alacaklı lehine doğuran bir işlemdir.

(1) Borç ve Sorumluluk konusunda bk., EREN Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B. 3, Ankara 1989, s. 98 vd.; TEKİNAY Selahattin S./AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B, 6, İstanbul 1988, s. 25 vd.; 27.

(2) Haciz hakkında ayrıntılı bilgi ve tanım için bk., KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. I, B. 3, İstanbul 1988, s. 615 vd.; ÜSTÜNDAĞ Saim: İcra Hukukunun Esasları, B. 5, İstanbul 1990, s. 174 vd.; UYAR Talih: Türk Hukukunda Haciz, B. 2.

(3) Kuru, İcra I, s. 616.

Medeni hukukumuz açısından irdelendiğinde, alacak hakkı talep yetkisi ile birlikte bu yetkinin doğal uzantısı olarak borçlunun malvarlığına el koyma yetkisini de kapsamaktadır (4). Malvarlığına el koyma yetkisinin doğumu belirli şartlara bağlıdır. Bu yetkinin doğumu Borçlar Kanunu'nun düzenleme konusu içindedir. Borçlar Kanunu hükümlerine göre geçefli bir borcu rızası ile ifa etmeyen borçlunun malvarlığına el koyma yetkisi bu yetkinin doğumu ile birlikte İİK. hükümlerine bağlı olarak yerine getirilecek bir dizi işleme bağlıdır.

O halde bünyesinde BK.'na tâbi talep yetkisini içeren alacak hakkı buna bağlı olarak malvarlığına el koyma yetkisini de sağlamaktadır. Alacaklıya düşen şartların oluşması ile haciz talebinde bulunmaktadır (İİK. m. 78). Nitelendirecek olursak, takip talebinde bulunmak alacaklı açısından bir «külfettir» (5). Çünkü, yerine getirilmemesi hukuki sonuçlarını alacaklı aleyhine doğurur ve hakkını elde edememesine yolaçar.

Sonuç olarak önemine ileride değinerek sonuç çıkaracağımız alacaklının bu külfetlerine bağlı hüküm ve sonuçlar İİK.'nda düzenlenmiş bulunmaktadır. Alacak hakkının talep yetkisine kavuşması sonucu alacaklının icra işlemlerine başlama külfetine katlanması üzerine artık sorun kamu hukuku karakterli hükümler uyarınca bir dizi taleple yürütülür. Şekli, içeriği, süresi ve hüküm ile sonuçları İİK. tarafından düzenlenmiş takip talebi, haciz talebi, satış talebi gibi talepler icra memurlarını harekete geçirirler. İcra memurları adli memur olarak yürüttükleri adli faaliyet (6) ile cebri icra işlemlerinde, talepler karşısında hukuka uygun olanların gereğini yerine getirmek zorundadırlar.

Haciz de, icra memurunu harekete geçiren bir talep ile gerçekleşir. İşte haciz talebi olarak adlandırılan (7) ve konu başlığımız altında şerh ile koruma görecektir bu talep, sahibinin alacağına kavuşarak ifa menfaatinin sağlanması yolunda diğer işlemlerin

(4) Eren, s. 98.

(5) Genel hükümler açısından külfet kavramı konusunda bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 40-41.

(6) Kuru, İcra I, s. 65; Ayrıca, bu konudaki tartışma ve varılan sonuçlar için bk., Üstündağ, İcra, s. 12-13.

(7) Haciz talebi konusunda bk., Kuru, İcra I, s. 617 vd.; Üstündağ, İcra, s. 178 vd.

F-2

yapılabilmesini sağlamak amacı ile haczin konusunu oluşturabilecek malvarlığına dahil mal ve haklara el konulmasını sağlar.

Buraya kadar, bilineni tekrarlamaktaki amacımız konuyu haczin niteliği sorunu etrafında yaygınlaştırmaktır. Çünkü, şerh konusu bu işlemin şerhle birlikte kazandığı diğer etki ve hukuki sonuçlar araştırmamızda ağırlıkla incelenecektir. Öğretide haciz bu yönü ile açıklığa kavuşturulmamış bulunmaktadır.

Haczin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar ise icra iflas hukukunda esasa etkili bulunmayan ve konumuz açısından önem taşımayan görüşler olarak kalmışlardır (8).

Özetle, haciz alacak hakkına dahil bir yetki olarak, borçlunun malvarlığına el koyma yetkisinin kamu düzenine ilişkin haklı endişelerle devlet organları ile alacaklı yararına kullanılmasıdır. Borçluya düşen yükümlülük de bu yetkinin kullanılmasına katılmaktan ibarettir.

Artık olgunlaşan sonuçlarını ön bilgi olarak toplamak gerekirse, borçlunun hacizli maldaki bu katlanma yükümlülüğüdür ki, alacaklının ifa menfaatinin haciz yolu takip sonucu elde edilmesini sağlar. Alacaklının, haciz işleminin başlaması ile satışın sağlanması anına kadar borçlunun taşınmaz malı üzerindeki tasarruf işlemlerine karşı güvence sağlanması yolundaki menfaatin nasıl korunduğunu alt başlıklar altında incelemeye geçebiliriz.

III — HACİZLERİN ŞERHİNE BAĞLI KANUNİ DÜZENLEME VE TERMİNOLOJİ

A — Kanuni Düzenlemeye Genel Bir Bakış

MK.'muzda, «tapu sicili»nin düzenlendiği 5. bapta (MK. m. 910 vd.) «temlik hakkının tahditleri» başlığı altında taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilceği öngörülmüş, bulunmaktadır. Bu halleri düzenleyen 920. maddenin 2. bendinde «haciz, iflas ilanı, konkordato ile verilen mehil» de sayılmış bulunmaktadır. Aşağıda da önemle belirteceğimiz gibi, bu hallerin tasarruf yetkisine getirdiği sınırlamalar hakkında konu ile ilgili diğer mevzuat hükümlerini de gözönünde bulundurmak gerekmektedir. Konumuz açısından haczin düzenlendiği, İİK. m. 74 vd. hü-

(8) Bu konuda kısa bir bilgi için bk., Üstündağ, İcra, s. 177-178.

kümlelerinde önem taşıyan icra iflas kanununun ilgili madde hükmü şöyledir. «Gayrimenkulün haczi ile tasarruf hakkı Medeni Kanununun 920 nci anlamında tahdide uğrar» (İİK. m. 91). Ayrıca, İİK. m. 132 aşağıda belirteceğimiz hükmü ile konumuz hakkında da önemli bir yer tutmaktadır.

B — Üst Başlıkta Terim-Sorunu

Alt başlık olarak hacizlerin şerhinin üst başlığı öğretide tasarruf yetkisinin sınırlandırılması üzerine oluşturulmuştur. «Tasarruf hakkının sınırlandırılması ve sınırlayıcı nitelikte olan şerh halleri» (9), «malikin tasarruf yetkisine ait sınırların şerhi» (10) gibi başlıklar örnek gösterilebilir. Bunun dışında, gene sınırlandırma ile eş anlamı olarak başlıkta «kayıtlanma» tâbirine yer verenler bulunmaktadır. «Malikin gayrimenkul üzerindeki tasarruf yetkisini kayıtlayan şerhler» (11) de bu anlamda kullanılan başlık olarak göze çarpmaktadır.

Haklı olarak, bu başlık altında sayılan hallerin değişik hukuksal sonuçlarını gözardı etmemek gerekir. Örneğin, iflas ilanında iflasın açılması ile birlikte İİK. m. 191 hükmünce borçlunun masaya dahil taşınmazı üzerindeki tasarrufu hükümsüz iken çekişmeli hakların korunmasına veya icra kabiliyeti olan taleplerin teminine ilişkin resmi kararların şerhinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmamıştır.

O halde hukuki etki ve sonuçlardaki bu farklılık ve bazı hallerde ve özellikle konumuzu oluşturacak hacizde tasarruf yetkisinin tamamen devam ediyor oluşu karşısında üst başlık olarak tasarruf yetkisinin veya hakkın sınırlandırılmasından söz etmek amaca uygun olmamakta ve yanlış anlama ve uygulamalara yol açabil-

- (9) GÜRİSOY K. Tahir/EREN Fikret/CANSEL Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 302.
- (10) ESENER Turhan/GÜVEN Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 1990, s. 87; AKİPEK Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), Kitap I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, B. 2, Ankara 1972, s. 397; GÜRİSOY Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 372. Yine tahditten sözeden yazar olarak OGUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer: Eşya Hukuku, B. 5, İstanbul 1988, s. 219.
- (11) TEKİNAY Selahattin S./AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla: Eşya Hukuku, C. I, B. 5, İstanbul 1989, s. 989; REİSOĞLU Safa: Eşya Hukuku, C. I, B. 7, Ankara 1989, s. 210.

mektedir. Bu sonuç karşısında, tasarruf sınırlandırılması kavramının sorunun açıklanmasında yetersiz kalacağı haklı olarak belirtilmiş bulunmaktadır (12). Bu açıdan, tasarruf yetkisinin kaldırılmadığı haciz, çekişmeli hakların korunması gibi hallerde bu defa tasarruf yetkisinin daraltılmasından sözedilmesi de (13) amaca hitap edemez. Çünkü, anılan hallerde, haki hazır malîğin (şerh verdiği anda) tasarruf yetkisi hiç bir sınıra bağlı değildir.

Sonuç olarak, üst başlıkta tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasından veya daraltılmasından sözederek tüm alt halleri bu ifade ile bağlamak kabul edilemez. Görüşümüzce, şerhlerin bu tür hallerde yalnızca tasarruf işlemi ile yeni hak sahibi olan kişilere olan etkilemesi gözönüne alınmalıdır.

Bu nedenle, başlıkta tasarruf hakkının kayıtlanması terimi ne yer vermekle beraber, bu başlığı kabul eden yazarlardan farklı algılanması gerektiğini savunmaktayız (14). Kayıtlanmayı şerhin tasarruf yetkisini kaldırmadığı haller dışında tasarruf yetkisinin tamamen hükümsüzlük müeyyidesine bağlı olacak şekilde kaldırıldığı halleri de içerek bir anlamda kullanıyoruz. Burada kayıtlanma hukukun bir çok sahasında görülen «ihtirazi kayıt» (15) (çekinç) anlamında kullanılacaktır. Şerhe rağmen taşınmazda mülkiyet veya diğer bir sınırlı aynı hak sahibi olacak kişi şerhe konu talebin kendisine karşı ileri sürülmesi kaydı altında geçerli bir iktisapta bulunmaktadır. Buna göre, şerhle iyiniyeti bertaraf edilmiş hak sahibinin şerhe rağmen yaptığı tasarruf işlemlerine, bunun sonuçlarına katlanma kaydı altında müsaade edilmiş bulunmaktadır. Tasarruf yetkisinin bulunmadığı hallerde de şerh hükümsüzlüğü yaratıcı bir ön koşuldur.

(12) HOMBERGER A.: Ayni Haklar, Zilyetlik, Tapu Sicili, Kısım III, Ankara 1950, (Çev. BERTAN Suad), s. 266, m. 960, no. 1.

(13) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 389; Ayrıca, «harcama daraltımı» tabiri için bk., SUNGURBEY İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 123.

(14) Bu başlığı kullanan Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, şerhle gözetilen asıl ve doğrudan doğruya amacın tasarruf yetkisinin daraltılması veya kaldırılması olduğunu belirtmektedir, Eşya, s. 389.

(15) İhtirazi kayıtların ön koşul olarak sözlük anlamı için bk., YILMAZ Ejder: Hukuk Sözlüğü.

IV — HACİZLERİN ŞERHİNİN TAŞINMAZ HUKUKUNA BAĞLI SONUÇLARI

A — Genel Olarak

Öğretide, üzerinde esaslı bir inceleme yapılmamış hacizlerin şerhi konusunda hacizlerin niteliğini belirleyebilmek amacı ile MK. m. 920/II. fıkranın yalnızca yetersiz bir sonuç bildiren ifadesinden bazı ön sonuçların çıkarılması gerekecektir. Şerhler, öğretilerde monografik bir çalışmaya kişisel hakların şerhi (16) ve muvakkat tescilin şerhi (17) dolayısı ile konu olmuşlardır. Bu konuda varılan sonuçlardan yararlanarak bazı ilkeleri alt başlıklar altında saptamamızı takiben hacizlerin şerhinin niteliğini belirlememiz mümkün olacaktır.

B — Taşınmazların Haczi Maliğin Tasarruf Yetkisini Kaldırmaz

Kanunkoyucu bazı hallerde bir ikilem karşısında oluşan tereddüdü asli görevi sonucu giderme yükümlülüğü karşısında tercih belirleme zorunda kalmıştır. Örneğin, taşınmazlarda aynı hak değişikliğine yönelik şahsi taleplere dayanan dava açılması karşısında malikin tasarruf yetkisinin devamı veya yasaklanması konusu ile iflas ilanı ile birlikte müflis taşınmaz malikin tasarruf yetkisinin devamı veya bu yetkisinin yasaklanması konularında olduğu gibi. Doğaldır ki, işin niteliği gereği aynı madde altında (MK. m. 920) bu tercih farklı yönlerde kullanılmıştır. Verdiğim örneklerde hemen saplama yapmak gerekirse, MK.'muz çekişmeli hakların korunmasında davalı taşınmaz malikin tasarruf yetkisini sınırlandırmamış iken (1. bend; İİK. m. 91); iflas ilanı ile birlikte tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldırmıştır (2. bend; İİK. m. 191/I).

Ancak, bu hukuki sonuca rağmen istisnalarını gözönüne alarak bir kural koymak gerekirse, MK. m. 920'de sayılan şerhe konu hallerin kural olarak taşınmazın üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırmayacağını söyleyebiliriz. Bu konudaki adlandırma ile, «tapu kütüğünün kapanmaması» (18) veya «tapu kütüğünün kilitlenmemesi» (19) geçerli bulunmaktadır.

(16) Sungurbey, Kişisel, s. 78 vd.; EREL Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982.

(17) AYBAY Aydın: Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962.

(18) Kavram için bk., Gürsoy/Eren/Cansel, s. 301; Oğuzman/Seliçi, s. 221.

(19) Bu kavram için bk., Sungurbey, Kişisel, s. 118.

Bu yargıya varma gerekçelerini açıklamakta sonsuz yarar bulunmaktadır. Bu gün halâ, hacizlerin şerhinde, çekişmeli haklarda MK. m. 920/I. bend kapsamında kuşku bulunmamakta iken, HUMK. m. 101 kapsamında ihtiyati tedbir olarak kütüğün kapatılmasına; yani malîğin taşınmazla ilgili tasarruf işlemlerinin yasaklanmasına karar verilmesi (20) ve buna öğretide geçerlilik sonucu bağlanabilmesi (21) nedeni ile yaratılan karışıklık buraya da taşınmış ve uygulamada haksız güçlükler çıkarılmasına neden olmuştur. Doğaldır ki, aynı hüküm kapsamında tasarruf yasağı bulunan kütüğün kapandığı haller ile bir yana bulunmanın getirdiği belirsizlik giderilmek gerekir.

Kütüğün kapanmayarak haciz sonrası tasarruf işlemlerinin devam ettiği yolunda bir açıklık bulunmaması karşısında bu sonuca MK. m. 920 hükmünden ulaşmak zorunluluğu vardır. Ancak, bu kanuni düzenlemeye bir eleştiri olarak anlaşılmalıdır; aksine bu günkü görünümü ile aynı madde kapsamında, şerh verilmesini takiben tasarruf yetkisini kaldırmayan ve diğer bazı emredici hükümlerin varlığı ile tasarruf yetkisinin kaldırıldığı hallerin birlikte mevcudiyeti karşısında, tasarruf yetkisinin kaldırılmadığına ilişkin bir hükmün yanlışlığı açıktır.

Her ne kadar MK.muz aynı madde altında düzenlenen şerh bağı hallerde taşınmaz malikinın tasarruf yetkisini sınırlandırmak istememişse de, kamu düzenine ait bazı düşüncelerle -ki tasarruf yasağı hükümsüzlük müeyyidesini de beraberinde getiren emredici bir hüküm sonucudur- MK. (örneğin aile yurdu kurulmasına ilişkin m. 341) veya diğer bir mevzuat hükmü (iflas ilanı İİK. m. 191 veya konkordato ile verilen mehilde İİK. m. 290 hükümleri gibi) sonucu tasarruf yetkisinin geçersizliğini buyurmuştur.

Gözlediğimiz kadarı ile şu saptamayı yapmakta sakınca görmüyoruz. MK. m. 920 hükmü ile getirilen tasarruf hakkını kayıtlayan hallerle ilgili olarak, bu hususları düzenleyen özel hükümlerinde (MK. veya diğer İİK. gibi) aksine kural getirilmediği veya MK. m. 920/son c.'de her nevi hak sahiplerine dermeyeranını düzen-

(20) ÜSTÜNDAĞ Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, B. 4, İstanbul 1989, s. 483-484.

(21) KURU Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 4, Ankara 1982, s. 3056.

İcra kural aynı şekilde tekrar edildiği takdirde malikin tasarruf yetkisi kalkmamakta; yalnızca şerh alacaklısı şerhe konu yükümlülüğü, aynı şekilde sonraki hak sahibi maliklere de kabul ettirmektedir. Yok eğer aksine bir hükümle tasarruf yetkisi açık olarak kaldırılmışsa şerh tapu sicil muhafız veya memurlarının bu taşınmazla ilgili her türlü işlemlerini engeller; buna rağmen yapılan işlemlerde iyiniyetle hak iktisabını önler.

O halde, tasarruf hakkını kayıtlayan hallerde kural olarak şerhe konu taşınmaz malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kalkmadığını kural olarak söyleyebiliriz. Ayrıca bir hükümle, aksine düzenleme getirilmediği müddetçe bu sonuca, «tapu siciline şerh verilmekle gayrimenkul üzerinde sonradan iktisap olunana her nevi hakların sahiplerine karşı dermehan olunabilir» (MK. m. 920/II f.) hükmünden ulaşarak, kanunun geçersiz bir işlemin sonucunu alışlageldiği biçimi böyle ifade etmeyeceğini söyleyebiliriz. Gerekçenin sağlamasını da, «sonradan tesis edilen aynı haklar» başlığı altında malikin taşınmazın rehnedilmemesini takiben aynı taşınmaz ile ilgili olarak başka aynı haklarla sınırlandırma konusunda önceden feragatini geçersiz sayan MK. m. 784 hükmünü (dolayısı ile hacizleri de kapsayan İİK. m. 132) alacağı tatmin yolunda aynı amaca yönelik olmaları nedeni kıyasen uygulanacak madde olarak göstermek suretiyle yapabiliriz.

Bu gün hacizlerin şerhi konusunda borçlu taşınmaz malikin tasarruf yetkisinin geçerliliği tartışmasız iken (22) bu doğru sonuca Türk Hukuku açısından ulaşmak kolay olmamıştır. Bu konuda sağlıklı bulgulara ulaşmak, sorunu 538 sayılı kanun değişikliği öncesi ve sonrası olmak üzere yapılan ayırım altında araştırma sureti ile mümkün olacaktır.

Anılan kanun değişikliğinden önce, hacizin neticelerinin düzenlendiği 86. maddede «borçlu alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi olmaksızın mahcuz mallarda tasarruf edemez» kesin ifadesi ile beraber İİK. m. 91'de yer alan «gayrimenkulün hacziyle tasarruf hakkı tahdit edilmiş olur» kuralı sonucu, uygulamada malik tarafından haczi takiben yapılan tasarruf işlemlerine imkan tanınmamaktaydı.

(22) Kuru, İcra I, s. 658; Postacıoğlu, s. 301 ve bu yönde bir içtihat için bk. aşağıda, dipnotu 54.

Anılan değişiklik sonrası İİK. hükümleri olması lazım gelen hukuk ile uyumlu hale getirilmiş ve 86. madde açıkça «menkuller» olarak düzeltilerek hüküm taşınirlara hasredilmiştir. Yine tasarruf yetkisini engeller nitelikte hüküm getiren 91. madde hükmü de MK.'nun ilgili hükmü olan 920 madde anlamında tahditten bahsetmek suretiyle düzeltilmiştir (23).

Bu değişiklik sonrası 91. madde hükmünü aynen yazacak olursak yararlı olacaktır. «Gayrimenkulün haczi ile tasarruf hakkı Medeni Kanunun 920 nci maddesi anlamında tahdide uğrar. Sicile kaydedilmek üzere haciz keyfiyeti, ne miktar meblağ için yapıldığı icra dairesi tarafından tapuya... bildirilir».

Bu gelişme sonrasında tapu sicil mühafız veya memurlarını bağlayan mevcut genelge de gecikmeksizin kanun hükümlerine bağlı ve doğru biçimi ile yeniden ele alınmıştır. Buna göre, genelge sahibi Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 7.7.1965 T.'li ve 1390 sayılı genelgesinde İİK.'nun konuya ilişkin 86 ve 91. maddelerinde yapılan değişiklik sonrası şu sonuçlara varmıştır. «538 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan İcra İflas Kanununun 91. maddesinin yeni metni karşısında, bundan böyle, ilgilinin muvafakati ve icra memurunun müsaadesi aranmaksızın haczedilmiş taşınmaz mal, bedel karşılığında veya bedelsiz diğer bir şahsa devredilebileceği (satış, bağışlama, ölünceye kadar bakma akdi vs.) gibi, bu haczedilmiş taşınmaz mal üzerinde rehin irtifak hakkı ve gayrimenkul mükellefiyeti tesis ve şerhi gerektiren şahsi haklar şerhedilebilecektir. Ancak, İcra ve İflas Kanununun 132. maddesinde açıklandığı gibi, haczedilmiş taşınmaz malın devredilmesi veya bir aynı hakla kayıtlanması halinde, alacaklının hacizle sağlanmış hakkının tehlikeye düşmemesi için haczin ne miktar meblağ için konulduğu... hak sahibinin hacizli taşınmaz malın paraya çevrilmesinde kendi haklarının hacizden sonra geleceğini kabul ettiği düzenlenecek resmi senette... saraheten işaret edilecektir. Görüldüğü gibi, haciz sonrası her türlü tasarruf işleminin ilgili taşınmaza bağlı olarak yapılabileceği isabetle belirtildikten sonra ayrıca, bu tür taşınmaza bağlı haciz sonrası hak sahibi olacakların ileride satışa katlanma-

(23) Değişiklik konusunda bk., Reisoğlu, s. 213, dp. 215; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 393, dp. 17; UYAR Talih: Taşınmaz Malların Haczi, Türkiye Barolar Birlięi Dergisi, Y. 3, s. 368, dp. 22; Kuru, İcra I, s. 658; Postacıoğlu, s. 301-303.

ları ihtimalinin bulunduğu ilgililere hatırlatılması» gerektiği de genelgede yer almaktadır (24).

Ancak, alacaklının hacizi takiben satışı sağlamak amacı ile taşınmaz malın paraya çevrilmesini talebi üzerine icra memurlarının tapuya bildirim ile kütüğe çekişmeli hakların uygulamasında olduğu gibi «ferağdan men» kararı konmaktadır (25). Buna yönelik Yargıtay kararında «mahcuz gayrimenkulün icra dairesinde satışının istenmesiyle ferağ imkanı bertaraf olacağından keyfiyet icra memuru tarafından tapu idaresine bildirilerek tapu kütüğüne (ferağdan men) kaydı koydurulur» görüşüne hatalı olarak yer verilmiştir. Kuru'nun da isabetle belirttiği gibi satış talebinden sonra tasarrufları önleyen bir kanun hükmü yoktur (26). Gerçekten de, satış talebi öncesi ve sonrası ayırımı altında, tasarruf yetkisinin geçerliliğine farklı sonuç bağlamanın hukuki mesnedi olmadığı gibi bunu gerektirecek bir elzem durum yoktur. Çünkü, şerh etkisini sürdürdüğü müddetçe satışın yapıldığı ana kadar olan devirlerden haciz alacaklısının zarar görmesi mümkün değildir.

C — Hacizin Tasarruf Yetkisini Kaldırmaması Karşısında

Hacize Bağlı Talep Hakkı Sahibinin Korunması Gerekir

Maliğin hacizli taşınmazı üzerinde devamedegelen tasarruf yetkisinin geçerliliği karşısında oluşan hukuki güvensizliği ortadan kaldırmak gerekir. Çünkü, şerh şerhsiz şahsi talep haklarından farklı bir anlam kazandırabilmek onlardan daha elverişli bir hukuki korunmanın varlığı ile mümkündür.

Haciz işleminin yapılmış olması haciz sonrası paraya çevirme amacı ile mutlaka satış yapılacağı anlamını taşımaz. Çünkü, ilk akla gelen neden olarak borçlu her zaman satış tehdidi altında borcunu ifa ederek hacizi sonuçsuz bırakabilecektir. İşte bu ve benzeri nedenlerle oluşan belirsizlik sonucu, taşınmaz maliğinin tasarruf işlemlerinin devamındaki menfaa koruyan kanunkoyucu olarak haczolunan malın İİK. m. 106. vd. hükümlerince satılması durumunda alacaklının alacağına kavuşması yolunda oluşan menfaati-

(24) Genelge için bk., Reisoğlu, s. 213, dp. 205; Uyar, s. 368, dp., 22; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 393, dp. 17.

(25) Yargıtay İİD.'nin 20.11.1969 T. ve 10664/11014 sayılı kararı için bk., Resmi Kararlar Dergisi, Yıl 1974, S. 4, s. 60.

(26) Kuru, İcra I, s. 659.

ni de çatışan menfaat olarak bulduğu ortalama çözüm ile güvenceye kavuşturmak istemiş ve bunda da başarılı olmuştur.

D — Hacizlerin Şerhi Bildirici (İzhari) Niteliktedir

Sorunun açıklanması yolunda öncelikle, öğretide tartışması olan bir hukuki sonucu belirtmekle işe başlayalım. Buna göre, hacizlerin şerhi, yenilik doğuran bir etki yaratmayıp (27); yalnızca açıklayıcı (bildirici; izhari) nitelik taşımaktadır (28). Eş deyişle, haciz MK. m. 920/son fıkrada yer alan hukuki etkilerini şerh bulunmaksızın da sağlar (29). Oysa, şahsi hakların şerhinde şerhin yarattığı aşağıda değinilecek iki etki konusunda şerh tamamen kurucu unsur durumundadır (30). İflas ilanı ve konkordato ile verilen mehilde ki, bunların tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldıran sonuçlarına rağmen bu sonuç özdeştir (31). Bu hallere bağlı olarak gerekçesini vermek gerekirse, tasarruf hakkının kayıtlanması bu hallerde MK. m. 920 hükmüne ek kamu hukuku karakterli bir kanun hükmünün sonucu olarak doğmaktadır. Çekişmeli hakların korunmasında ve muvakkat tescilde olduğu gibi ayrıca mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır.

Özetle haciz, taşınmaza bağlı olarak İİK. hükümlerince sonuçlanması üzerine aşağıda inceleyeceğimiz MK. m. 920/II. fıkrada ifadesini bulan etkilerini şerh bulunmaksızın da sağlar. Bunu bilen ve bilmesi gereken kişiler bu nedenle şerhin sonuçları ile bağlıdır. O halde şerhe niçin gerek bulunduğu sorusu hemen bir alt başlıkta ele alınacaktır.

E — Hacizlerin Şerhi İyiniyetle Hak İktisabını Önler

Hemen bir üst başlıkta belirttiğimiz gibi hacizin MK. m. 920/II. fıkrada düzenlenen ve aşağıda niteliğini saptayacağımız etkile-

(27) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 393.

(28) Oğuzman/Seliçi, s. 219.

(29) Homberger, m. 960, no: 32, s. 280; Blumenstein'den aktaran ÜSTÜN-DAĞ Saim: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1975, s. 159; Ayrıca aynı görüşte bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 393-394; Oğuzman/Seliçi, s. 221. Akipek, bu gibi icra muameleleri ile malikin tasarruf yetkisi kanundan ötürü sınırlanmış olur ve bunu bilen ve bilmesi gereken kişilere karşı hüküm ifade eder demektir, bk., Akipek, Zilyetlik, s. 401.

(30) Şahsi hakların şerhinde bu sonuç için bk., Oğuzman/Seliçi, s. 219.

(31) Oğuzman/Seliçi, s. 220.; Akipek, Zilyetlik, s. 397-398.

rini sağlayabilmesi bir ön koşulun sağlanmasını gerektirir. Bu da, hacizi bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen iyiniyetli üçüncü şahısların buna dayanarak hak iktisaplarının bertaraf edilmesini gerektirir.

İşte şerh etkisini ilk defa bu konuda gösterir ve hacize bağlı alacak hakkı sahibinin şerhe konu talebinin gereği gibi yerine getirilmesine engel olabilecek iyiniyet iddiaları etkisiz hale getirilmiştir olur.

MK. m. 928 hükmünce, «kimse tapu sicilinde mukayyet olan bir keyfiyetin kendisine meçhul olduğu yolunda bir iddia dermeyan edemez». Bu madde gereğince mukayyet olan hususlar kapsamında şerhler de düşünülmelidir. Aksi takdirde şerh sıralamaya başladığımız etkilerini hiç bir şekilde gösteremezdi. Ancak bu nedendir ki, MK. m. 928 hükmünün uygulanması sonucu şerh iyiniyeti önleyici etkisini ve şahsi nitelikli talebin aynı etkili olarak taşınmazda sonradan hak sahibi olacak kişilere karşı ileri sürülebilmesi imkanını sağlar.

Bu başlık altında bizi ilgilendiren tescilin olumlu etkisidir. Ayrıntılı bir açıklama ile sonuç belirtmek gerekirse, tescilin olumlu etkisi sonucu, tescil edilmiş bir aynı hak gerçekten mevcut sayılır (32) ve bu olumlu etki sonucu iyiniyetli kişilerin iktisapları korunmuştur. MK. m. 931 hükmünce, «tapu sicilindeki kayda hüniniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynı hakkı iktisap eden kimsenin, bu iktisabı muteber olur» kuralı getirilmiştir. Bu konuda konumuz açısından bilmemiz gereken iyiniyetle iktisabın kapsamı sicil kaydı kapsamı çerçevesindedir (33). Buna göre, üçüncü şahıs yanlışlıkla veya sakat tescile güvenerek hak iktisap ettiği gibi aynı şekilde yanlışlıkla ve sakat olarak terkin edilmiş veya hiç bir şekilde tescil edilmemiş haklar karşısında bu haklardan arındırılmış olarak aynı hakkı iktisap eder (34). Öğretide verilmiş güzel bir örnek konumuzla çok yakındır. Buna göre, tapu kütüğünde mevcut bir taşınmaz rehni haklı bir sebep olmadan silinecek olursa bu hak gerçekte devam etmektedir ve her zaman kütü-

(32) Tescilin olumlu etkisi konusunda bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 343 vd.; Oğuzman/Seliçi, s. 205 vd.

(33) Bu konuda bk., Oğuzman/Seliçi, s. 206-207.

(34) Oğuzman/Seliçi, s. 211.

gün düzeltilmesi talep ve dava edilebilir. Ancak, yanlışlıkla veya sakat bir işlem sonucu terkinin takiben iyiniyetli bir üçüncü kişi taşınmazı iktisap edecek olursa tapuda gözükmeyen bu rehin hakkı iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyecektir (35).

İşte aynı şekilde, şerhedilmeyen bir haciz (ve de koşulları gerçekleşmeden yanlışlıkla terkin edilen), üçüncü şahısların haczedilmekle beraber şerhe konu olmayan taşınmaz üzerinde mülkiyet veya herhangi bir sınırlı ayni hakka yönelik tasarruf işlemlerinde, şerhle sağlanması düşünülen haciz sonrası paraya çevirme işlemlerine katlanma yükümlülüğünden arındırılmış bir ayni hakkı iktisaplarına yolaçar.

Özetle, haciz bunu bilen ve bilmesi gereken kişilere karşı sağladığı etkiyi (kanundan ötürü kendiliğinden), şerhedilmeme veya yanlışlıkla terkin sonrası aynı taşınmazda mülkiyet veya diğer bir sınırlı ayni hak sahibi kişilere karşı etkisini ancak ilgili sütunda şerh edilmiş olması halinde gösterir. Aksi takdirde, iyiniyetli kişiler hacizin aşağıda değinceğimiz sonuçlarından dolayı etkilenmeyeceklerdir (36).

Böylece, yapılmayan bir haciz şerhinin hukuki sonucunu saptamış bulunuyoruz. Şimdi ise, mevcut bir haciz şerhinin önce niteliğini sonra da hukuki etkilerini belirlemeye çalışalım.

V — HACİZLERİN ŞERHİNİN ETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

A — Şerhten Sonra Taşınmaz Mülkiyetinin Devri Halinde Hukuki Sonuçların İrdelenmesi

Bu konuda açıklamalarımıza öğretide yer alan bazı sonuçları belirtmekle başlamak istiyoruz. Buna göre ilk olarak, MK. m. 920 hükmüne bağlı olarak şerhin, şahsi hakların şerhinde söz konusu ayni tesiri yaratacağı ileri sürülmüştür (37). Bir diğer görüş ise, MK. m. 920 hükmü ile getirilen şerh hallerinin şahsi hakların şerhinin etkisini belirten şahsi hakka aynı etki sağlayan görüş (klasik

(35) Örnek için bk., Gürsoy/Eren/Cansel, s. 289. Ayrıca bk., Oğuzman/Seliçi, s. 211.

(36) Akipek, Zilyetlik, s. 397-398; Kuru, İcra I, s. 658-659; Üstündağ, İcra, s. 207.

(37) Oğuzman/Seliçi, s. 219.

görüş) (38) uyarınca aynı etki ile donanacağını savunmaktadır (39).

O halde, hacizlerin şerhinin etkisini hükme bağlayan MK. m. 920/II f. ile özdeş olan sonuçları itibariyle (MK. m. 919/II. f.) öğretilerde ayrıntılı incelemeye tutulmuş şahsi hakların şerhini inceleyerek çözüme ulaşmak yararlı olacaktır.

Şahsi hakların şerhinin bu gün baskın şekilde temelinde yatan hakka nasıl bir etki kazandırdığını görelim ve bundan sonuç çıkaralım. Bu gün artık ağırlıklı bir şekilde (40) şahsi hakların şerhinin şahsi hakkı aynı hak haline getirmeyeceği buna karşılık sağladığı etki ile onu eşyaya bağlı borç (Realobligation) haline getirdiği kabul edilmektedir (41). Eşyaya bağlı borç, bir kimsenin borçlanma yolunda iradesi bulunmamakla birlikte yalnızca bir şeyin maliki haline gelmesi dolayısıyla doğan borçlar olarak ifade edilmektedir (42).

Şahsi hak kazandığı bu etki ile içerisinde yer almakta olduğu borç ilişkisini yeni malike geçirmektedir. Şerhe rağmen taşınmazda mülkiyeti devralan yeni malik borçlusuna haline geldiği bu ilişkiden doğan edimi ifa ile yükümlü hale gelmektedir ki, borçlanma yolunda hiç bir iradesi bulunmamasına rağmen.

Eşyaya bağlı borçla birlikte yeni malikin sorumluluk kapsamını belirlerken borç ilişkisi ile dar anlamda borç kavramlarını dikkatle ayırmak gerekir (43). Örneğin, kira akti (sürekli borç ilişkisi) ile kira bedeli (dar anlamda borç) şerhe bağlı bir hal olarak

(38) Bu görüş ve ayrıntılı savunması için bk., Sungurbey, Kişisel, s. 102 vd.; Sungurbey, Nesnelere, s. 293 vd.

(39) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 384.

(40) Şerh edilen şahsi hakka aynı etki tanıyan klasik görüşün savunması için ve eşyaya bağlı borç görüşünün eleştirisi için bk., Sungurbey, Kişisel, s. 108 vd.; Sungurbey, Nesnelere, s. 293 vd.

(41) Bu konuda detaylı bilgi için bk.: EREL Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982; OĞUZMAN Kemal: Eşyaya Bağlı Borçlara Hakim Olan Esaslar, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 225 vd.; Ayrıca bk., Oğuzman/Seliçi, s. 218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 385; Reisoğlu, s. 208-209; Akipek, Zilyetlik, s. 395; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 200, 204.

(42) Oğuzman, Eşyaya Bağlı Borç, s. 227.

(43) Oğuzman, Eşyaya Bağlı Borç, s. 232; Oğuzman/Seliçi, s. 218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 386.

gözlenecek olursa fark kuşkuya yer bırakmayacak biçimde anlaşılacaktır (44). Buna göre, şerh verilmesinden sonra doğan kira bedelleri taşınmazın devrinden sonra dahi hala ödenmemiş olsa bile eski malike ait olmakta devam eder; buna karşılık ancak taşınmazın devri ile birlikte ki, eşyaya bağlı borç olarak malik taşınmazı kullanıma elverişli biçimde kiracıya sunmak ve karşılığında bu tarihten sonra muaccel olacak kira bedellerini talebe hak kazanır (45).

Şahsi hakların şerhi ile tasarruf kayıtlamalarının şerhi hemen hemen aynı ifade ile tekrar edilmiş bulunmaktadır (MK. m. 919 ve 920 maddelerin II. fıkraları). Aynı yönden, mehzaz kanun incelendiğinde ise ZGB. Art. 659/II'de şahsi hakların (persönliche Rechte) şerhi (Vormerkungen) ile tasarruf sınırlamaları (Verfügungsbeschränkungen) şerhinin (ZGB. Art. 660/II) hukuki sonucu aynı ifade ile tekrar edilmiştir.

Hemen dışlamak zorunluluğu karşısında, MK. m. 920'de sayılı fakat kütüğün kapandığı haller yalnızca iyiniyeti önleyici niteliği ile hükümsüzlüğü bildirici şerhe konu olarak, bariz biçimde konu başlığımız altında ayrılmaktadırlar.

Tasarruf yetkisinin kalkmadığı hallerde sorun yalnızca MK. m. 920/II f. hükmüne bağlı olarak (veya bu anlamda olduğunu hükme bağlayan İİK. m. 91 hükmüne) sonraki hak sahiplerine dermeyan edilebilme özelliği nasıl nitelendirilmek gerekir. Bu sonuçta zorunlu olarak teorik bir kılıf bulmak gerekirse, bu etki nasıl adlandırılmalıdır? Görüşümüzce, bu konuda şahsi hakların şerhine bağlı sonuçları konumuz başlığı altında da uygulamadan ve bu konudaki nitelendirmelere sapsmadan önce, şahsi hakların şerhi ile tasarruf haklarının kayıtlamalarının şerhine konu temel ilişkileri iyi irdelemek gerekir. Artık biliyoruz ki, şahsi hakların şerhinde müspet edim yükümlülüğü getiren bir borç ilişkisi ve alacak hakkı söz konusudur. Bu ilişkide borç ifa edilmemiş durumdadır ve taşınmaz halihazır malikin tasarruf yetkisi sonucu yapacağı devir işlemleri karşısında şahsi hak olması nedeni ile yeni malike karşı koruma beklemektedir.

(44) Erel, s. 207 vd.; Oğuzman, eşyaya bağlı borçlar, s. 232.

(45) Kira aktine bağlı sonuçlar ve bu konudaki farklı iki görüşün çatışması açısından güzel bir değerlendirme imkanı için bk., Erel, s. 208; Sungurbey, kişisel, s. 102-105.

Buna karşılık, zaten bu noktada oluşan farklılığı nedeniyledir ki, ayrı bir maddede toplanmış tasarruf kayıtlamalarının şerhinde artık borç ilişkisinin devamı ve eşyaya bağlı borç olarak yeni malike devri ile korunacak bir hukuki menfaat yoktur. Bunu haklı olarak gözleyen Homberger'in, bu tür şerh hallerinde taşınmazlarla sonra iktisap eden yeni malikin yalnızca şerh verilmiş olan hakkın gerçekleşmesi yolunda katlanma yükümlülüğünden sözeden görüşü haklıdır (46).

Tasarruf kayıtlamalarının şerhinde, şerhe konu hukuki iddianın niteliğini incelediğimizde karşılaştığımız manzara şudur. Temelde yatan iddiaya (herkese karşı dermeyan edilebilme özelliği tanınmış) bakıldığında, artık borç ilişkisinden bağımsız hale gelmiş olduğunu görürüz. Örneğin çekismeli hakların şerhinde (MK. m. 920/I. b.) doğal olarak bir şahsi hakkın aynı hak değişikliğine yönelmesi sonucu açılmış bir dava söz konusudur. Ancak, mahkemenin verdiği karar sonucu şerh altına alınma ile, şerhin kaynağı (HUMK. m. 101 olarak) ve sonuçlarının temeldeki borç ilişkisinden kopukluğu (örneğin taşınmaz satış vaadinden doğan borcun ifa edilmemesi üzerine MK. m. 642 hükmüne dayalı tescile zorlama veya ferağa icbar davası açılmış olsun) açıktır. Artık, taşınmazın yeni malikinin davacı ile davalı arasındaki uyumsuzluk konusu ilişkiyi devraldığını ileri sürmenin hukuki dayanaktan yoksunluğu yanında dava ile çözüme kavuşmuş bir ilişkiye yeni taraf yaratmanın (borç ilişkisinde borçlu olarak), anlamsızlığı ortadadır (47).

Aynı sonuç, mirası namzede nakil ile yükümlü mirasçı bulunması halinde de söz konusudur. Buna göre, namzet mirasçı koşulları gerçekleştiğinde terekeye dahil taşınmazın kendine devrine rıza gösterilmesini isteyecektir. Görüldüğü gibi, taşınmazın yeni malikinin namzet ile mirası buna nakil ile yükümlü mirasçı arasındaki ilişki ile ilgisi olmadığı gibi bu ilişkinin şerhten dolayı kendisine devrine de imkan yoktur. Çünkü, mirasçılık ilişkisi anılan kişilerle muris arasındadır.

(46) Homberger, m. 960, no. 24, s. 276.

(47) Bu konuda aynı anda yürürlükte bulunan MK. m. 920 ve HUMK. m. 101 ve bunun yanında dava konusunun devri (müddeabihin temliki) halinde davanın yeni malikle yürütülmesine imkan tanıyan HUMK. m. 186 hükümlerinin bağdaştırılması ayrı bir makalenin konusu olacak kadar geniş bir araştırmaya ihtiyaç göstermektedir.

Konu başlığımız altında sonuç çıkarmak gerekirse, haciz işlemlerinin tamamlanması üzerine dar anlamda borcun artık eşya-ya bağlı borç olarak taşınmazın yeni malikine geçişini sağlayacak gerekçeler arayışı anlamsız olacaktır. Çünkü, haczin şerhinden sonra işin niteliği gereği yeni malikin taşınmazda MK. m. 928 hükmünce kendisine karşı dermeyeranına katlanacağı husus yalnız ve yalnız paraya çevirme işlemlerinin söz konusu taşınmazda uygulanmasına katlanmaktan ibarettir. Bu katlanma da, alacağın doğduğu borç ilişkisinden farklı olarak kamu hukuku karakterli bir hukuk dalı olan İcra İflas Hukukundan doğmaktadır. Başka bir deyişle, her ne kadar yukarıda hacize katlanmanın karşı tarafın alacak hakkının kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş isek de, haciz ve sonrası işlemlere katlanma borcu koşulları ve farklı hukuki dayanağı ile sorumluluk kapsamında apayrı değerlendirilmelidir.

Bu konudaki farklılık, alacak hakkı ile talep arasındaki bariz ayırımında aranmalıdır. Bu gün artık baskın bir biçimde talep hakkının alacak hakkından farklı olduğu savunulmaktadır (48). Alacak hakkının, alacaklının borçlusundan borcun konusu edimi talep etme hakkıdır (49). Buna karşılık talep ise, bir kimseden talebe konu şeyi vermesi, yapması veya yapmamasını istemek hakkı olarak tanımlanabilir (50). Hemen anlaşılacağı gibi, alacak hakkı söz konusu olduğunda talep hakkı ile birlikte bulunması (başlangıçta veya vade ve şarta bağlı borçlarda sonradan) söz konusudur. Ancak, talep hakkı alacak hakkı ile özdeş değildir ve avni haklarda, kişilik haklarında, fikir ve sanat eserleri hakkında da talep hakkı bulunmaktadır.

Bunun paralelinde, dar anlamda borç ile yükümlülük kavramlarının da ayrılması (51) önemle gözönünde tutulmalıdır. Tasarruf

(48) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., EREN Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B. 3, Ankara 1989, s. 90-98; Ayrıca bk., TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1989; s. 17-18; OĞUZMAN Kemal: Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, B. 4, İstanbul, 1987, s. 8-9.

(49) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, borçlar, s. 17; Eren, s. 90; Oğuzman, borçlar, s. 8.

(50) Eren, s. 91; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, borçlar, s. 17.

(51) Yükümlülük kavramı ile borç ve yükümlülük arasındaki farklar konusunda ayrıntılı bilgi için bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, borçlar, s. 38-40.

hakkının kayıtlanması hallerinde borç ilişkisinin dışında bir yükümlülük kaynağı olan hukuki ilişkiden (52) konumuzla ilgili çeşitli ilginç sonuçlar çıkmaktadır. Usul ilişkisi, miras ilişkisi, icra ilişkisi gibi ilişkilerden doğan tasarruf hakkının kayıtlanması şerh ile yükümlülüğü başka şahıslara taşımaktadır.

İşte, hacizlerin şerhinde de, artık varlığı, muacceliyeti ve ifası sorun olmaktan çıkmış alacağın bağlı bulunduğu borç ilişkisinin taşınmazın yeni malikine ileri sürülmesi mümkün değildir. Alacaklı borç ilişkisinin yeniden tartışılmasını istememektedir. O yalnızca ifa menfaatinin tam olarak sonuçlanması yolunda taşınmazın satılmasını arzulamaktadır. Bunun için de, İİK.'na tâbi bir talepte bulunması yeterlidir. Satış talebi olarak adlandırılan bu talep (İİK. m. 106) (53) yapılmakla satış prosedürünü başlatan ve muhatabı icra dairesinden bir şeyin yapılmasını (satış ile paraya çevirme) istemden ibaret «talep»tir. İşte, hacize konu ve taşınmazda halihazır borçlu malikten taşınmaza ilişkin olarak tescil ile mülkiyet kazanacak kişilerin iyiniyetini bertaraf ederek taşınmazın satılmasına katlanma yükümlülüğünü sağlayan şerh görüldüğü gibi yalnızca satış talebinin sonuçlarına katlanma yükümlülüğünü yeni malikin şahsında toplamış oldu.

Satış talebine katlanma hacizin şerhi ile aynı hak haline gelmedi; herkese karşı değil borçlu malikten şerhe rağmen aynı hak itisap edecek kişilere karşı ileri sürülebilir hale geldi (54).

Bu konuda görüşümüzce, temelde yatan talep hakkını artık sorun olmaktan çıkmış borç ilişkisinden ayırarak (hacizde alacak hakkı ile satış talebine katlanma yükümlülüğünü; çekişmeli hakların korunmasında çekişme yaratan borç ilişkisi ile mahkeme kararının sonuçlarına katlanma yükümlülüğünü; mirasın intikali ile namzet mirasçının taşınmazı kendisine devir yükümlülüğünü) kavram belirlemek gerekmektedir. Bu konuda «eşyaya bağlı yükümlülük» kavramı ile şerhe rağmen ilgili taşınmazda mülkiyet

(52) Yükümlülüğün kaynakları konusunda genel bilgi için bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, borçlar, s. 39.

(53) Bu konuda satış talebinin hukuki sonuçları konusunda bk., KURU Baki: İcra ve İflas Hukuku, C. II, İstanbul 1990, s. 1173 vd.; Üstündağ, icra, s. 300 vd.

(54) Kuru, «hacizli gayrimenkul üzerinde hacizden sonra aynı hak kazanan kimseler ... haciz alacaklısının hacizli gayrimenkulün bedeli üzerinde

hakkına sahip kişilerin yalnızca şerhe konu eşyaya bağlı yükümlülüğün kendilerine geçmesi sonucu yükümlüsü olacaklarını kabul ediyoruz.

Kanun koyucu 920. madde ile tasarruf yetkisinin kalkmadığı hallerde şerh ile, aynı etkili şahsi talep hakkı yaratmış bulunmaktadır. Bu talep hakkının yerine getirilmesi bazan hacizlerin şerhinde olduğu gibi katlanma yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmakta bazan ise verme yükümlülüğü getirebilmektedir.

Kanundan ötürü (MK. m. 920 yanında İİK. m. 91, HUMK. m. 101) etkilerini kendiliğinden gösterdiğini kabul ettiğimiz bu taleplerde kanun tarafından tesis edilmiş olma aleniyetin de sağlandığını gösterir (55).

B — Haciz Şerhinden Sonra Taşınmazda Sınırlı Aynı Haklar Ve Şerhedilmiş Şahsi Haklar Kurulması

a — Genel Olarak Konuya Giriş

Yukarıda şerh ile, temelde yatan talep hakkının mülkiyet değişiklikleri karşısında hukuki sonuçları irdelenmiş oldu. Hacize konu taşınmaz üzerinde malikin süregelen tasarruf yetkisi sonucu, sınırlı aynı haklar kurması veya şerhedilmiş şahsi haklar yaratması sorununun bir diğer boyutu olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda genel eserlerde çoğunlukla, tasarruf kayıtlamalarının şerhini takiben yapılan işlemlerin alacaklıların haklarını ihlal

ki hakkından sonra gelirler» görüşündedir, icra I, s. 658; Yargıtay da, bu konuda nitelik belirlemeden yalnızca sonuç belirleyen kararında, «medeni kanun hükümleri uyarınca, haciz bizatihi gayrimenkulün (çerhine) mani değildir. Haciz şerhine rağmen mahcuz gayrimenkulün üçüncü kişilere satılması mümkün ve bu iktisap geçerlidir. Ancak, bu halde haciz yeni malike karşı da tesirini gösterir ve onun hakkında da dermehan edilebilir. Haciz şerhine rağmen gayrimenkulü satın alan yeni malik, borcu ödemedikçe haczin neticelerine ve özellikle gayrimenkulün evvelki malikin borcu için icra marifetiyle paraya çevrilmesine boyun eğmek zorundadır» görüşüne varmıştır; Yargıtay İcra İflas Dairesinin, 20.11.1969 T. ve 10664/11014 sayılı kararı için bk., RKD., Y. 1970, S. 4, s. 60-61.

(55) Kanundan ötürü eşyaya bağlı borçlar hakkında varılan bu görüş için bk., Erel, s. 173.

ettiği oranda hükümsüzdür sonucuna varılmaktadır (56). Bu sonuca karşı eleştirilerimizi aşağıda ele alacağız.

Bu konu doğal olarak şahsi hakların şerhinde de gündeme gelmiştir. Bu başlık altında cevap arayacağımız soru, şerhten sonra malik tasarruf yetkisine dayanarak taşınmazda sınırlı aynı haklar veya şerhe konu şahsi haklar yaratacak olursa çatışma nasıl çözümlenecektir?

b — Şahsi Hakların Şerhi Konusunda Varılan Sonuçlar

Hemen olumsuz görüşü belirterek konuya girecek olursak, bazı yazarlar şahsi hakların aynı haklar ile sıraya giremeyeceğini ileri sürerek MK. m. 930 hükmünün burada uygulama olanağından yoksun bulunduğunu ileri sürmüşlerdir (57). Buna karşılık katıldığımız görüş uyarınca şerhedilmiş şahsi haklar taşınmazda mevcut sınırlı aynı haklarla sıra ilişkisine girebileceklerdir (58). Şerhlerde, tescillerde geçerli olduğu gibi şerh işleminin yevmiye defterine geçirildiği gün saat ve dakikaya göre sıra alacaktır (59).

Görüşümüzün gerekçelerini belirtmek gerekirse, bir aynı hak ile şerhedilmiş şahsi hak arasında sıra ilişkisinin bulunmayacağı iddiasına katılmak mümkün değildir. Kanunkoyucu, aynı hak sayılamadığı için doğan zaruret nedeni ile bazı şahsi talep haklarının yükümlüsü dışında kişilere etkili olmak suretiyle güvence altına alınmasına yolaçmış bulunmaktadır. Aynı haklar gibi herkese karşı değil de yalnızca kütüğünde yer aldığı taşınmaza bağlı aynı hak sahibi kişilere karşı ileri sürülebileceği iddiasından yola çıkılamaz. Çünkü, aynı hakların da herkese karşı ileri sürülebileceği iddiası bir fantezi olarak kalmış olup; bununla güdülen amacın hakkı ihlal konumuna girecek kişilerin amaçlandığını herkes kabul etmelidir. İşte şerh ile güvence altına alınan şahsi talep hakkı

(56) Akipek, zilyetlik, s. 401; Reisoğlu, s. 212; Gürsoy/Eren/Canşel, s. 301; Gürsoy, zilyetlik, s. 386; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 1990, s. 87; Üstündağ, icra, s. 206; Kuru, icra I, s. 658; Postacioğlu, s. 299.

(57) Oğuzman, eşyaya bağlı borç, s. 245 ve dp. 45'de anılan yazarlar, Erel, s. 81.

(58) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, eşya, s. 386; AYBAY Aydın/HATEMİ Hüseyin: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1982, s. 25 Özellikle bk., Sungurbey, kişisel, s. 118-132.

(59) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, eşya, s. 386.

da kazandığı etki ile işin doğası gereği, kendisini ihlal edebilecek yalnız ve yalnız aynı taşınmaz üzerinde hak sahibi olacak kişilere ileri sürülebilecektir. Eş deyişle, borç ile aynı hak arasında sıra söz konusu olmamaktadır; aynı hak ile aynı etkili şahsi talep arasında sıra söz konusu olmaktadır. Hal böyle olunca aynı hakkın etkisi ile şerhedilmiş şahsi hakkın etkisi aynı taşınmazda çatışır biçimde ortaya çıkınca hakların derecelenmesi söz konusu olmayınca öncelik hakkına üstünlük tanımak gerekir. Bu da kuruluş tarihine göre sıralanmayı gerektirecektir.

Sonuç olarak, MK. m. 930 hükmünün kıyasen uygulanmasına bağlı olarak bu hükme esas bazı önemli sonuçları irdelenmek gerekir. Bu konuda sınırlı aynı haklar arasındaki sıra önceliğinin yanında yeralmeyen doğal bir sonucunu da belirtmek gerekir. Buna göre, uyuşmazlık konusu sınırlı aynı hakların birarada hüküm ve sonuç doğurması çatışmadan mümkün ise; yani iki sınırlı aynı hakkın birlikte bulunması önceki hak sahibinin zarara uğratmaması halinde sıra eşitliği prensibi getirilmiştir (60). Buna gerekçe olarak basitçe hak kavramından sonuç çıkarabiliriz. Sıra eşitliği halinde, önceki hak sahibinin sonraki sınırlı aynı hak sahibine karşı talep edeceği terkin talebinde hukuki yararı olmaması nedeni ile dava koşullarının hiç bir zaman oluşmayacağını söyleyebiliriz.

Yok eğer farklı zamanlarda kurulmuş sınırlı aynı hakların birarada bulunmaları önceki hak sahibini zarara uğratmakta ve onun taşınmazda mevcut yetkilerini müdahalesiz kullanmasına engel olmakta ise bu takdirde sıranın korunması gerekecektir.

Gerekçelendirmek gerekirse, bu kurulan sınırlı aynı hakkın mutlak hak olması sonucu herkese karşı ileri sürülmesinin bir uzantısıdır (61). Aynı hakkın, bunu ihlal edebilecek herkese karşı ileri sürülebilme özelliği sonucu aynı anda ve koşullarda çatışan iki sınırlı aynı hakkın birlikte hüküm ve sonuç doğurması veya yekdiğerini zarara uğratması düşünülemez. Medeni hukuk sistemi-

(60) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., KANETİ Selim/KÖPRÜLÜ Bülent: Sınırlı Aynı Haklar, B. 2, İstanbul 1982-1983, s. 23 vd.; Oğuzman/Seliçi, s. 630-631; AKİPEK Jale: Türk Eşya Hukuku, Aynı Haklar, Kitap 3, Mahdut Aynı Haklar, Ankara 1974, s. 28 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 779 vd.

(61) Akipek, mahdut, s. 29.

miz ve ilkelerimiz bu çatışmayı bünyesinde barındıramaz; aykırılığın giderilmesi gerekir. Bu noktada, malikin mülkiyet hakkının kapsamı dolayısıyla sınırlı aynı hak kurma yolunda bir irade kısıtlamasına bağlı bulunmadığını biliyoruz (62). Ayrıca, MK. m. 784 hükmü ile apaçık biçimde malikin taşınmaz rehni kurmasından sonra aynı taşınmazı ile ilgili olarak sınırlı aynı hak kurma yolunda önceden feragatını geçersiz saymıştır. Şimdi akla gelebilecek bir soru olarak, malikin taşınmazı üzerinde birden fazla sınırlı aynı haklar kurabileceğini kabul ile daha sonra bu sınırlı aynı haklardan önceki tarihli sınırlı aynı hak sahibinin sonraki sırada yer alan sınırlı aynı hakları terkinini talep edebileceğini kabulün çelişki yarattığı düşünülebilir. Ancak, bu doğru değildir. Çünkü, sınırlı aynı haklar eşya hukukuna hakim muhteva serbestisi olmaması prensibine önemli bir istisna oluşturmaktadırlar. Genel ilkeler ve tip serbestisi olmaması (kapalı adet; numerus clausus) prensibine bağlı olarak sınırlı aynı hakların muhtevasını taraflar çok değişik hükümlerle belirleyebileceklerdir. Bu gerçek karşısında, sınırlı aynı hakların muhtevasını kazuistik metotla belirleyerek bunların birbirleriyle çatışıp çatışmamasına göre kural getirmek mümkün değildir. Bu durum karşısında önceden malikin tasarruf yetkisi birden çok sınırlı aynı haklar kurma yolunda sınırlandırılmamış bulunmaktadır. Yukarıda değindiğimiz gibi çatışmadığı müddetçe birlikte hüküm ve sonuç doğurma işin niteliği gereği birden fazla sınırlı aynı hakka sağlanmıştır. Birbiriyle çelişerek çatışan sınırlı aynı haklarda anlaşma yoluyla muvafakat elde edilmesi her zaman mümkündür (63). Buna karşılık artık uyumsuzluk kaçınılmaz olduğu takdirde sorun nasıl çözümlenecektir? Bu konuda, sonraki hak sahibinin hakkını önce kurulmuş sınırlı aynı hak son buluncaya kadar kullanamayacağı heri sürülmüştür (64). Diğer bir görüş olarak ise bu durumun bir müeyyideye bağlı olacağı ve bunun da sıra sisteminin hak sahibine sonraki tarihli sınırlı aynı hakkın terkinini talep imkanı vereceği yolundadır (65). Sonuç olarak hemen belirtmek gerekirse, MK. m. 930 hükmünün sağladığı aynı hakkın kapsamına dahil sıra hakkı hangi hüküm uyarınca terkinini talep hakkı verecektir? Bu konuda, tasarruf yetkisi-

(62) Oğuzman/Seliçi, s. 630.

(63) Bu konuda güzel bir örnek için bk., Gürsoy/Eren/Cansel, s. 779.

(64) Akipek, mahdut, s. 29.

(65) Oğuzman/Seliçi, s. 632.

nin geçerliliği sonucu yapılan işleme geçersizmiş gibi bir sonuç bağlayacak MK. m. 933 hükmünün uygulanması yoluna gidilmeli; aksine MK. m. 642 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, şerh sahibine kendisine zarar veren sonraki sınırlı aynı hakların terkinini talep hakkı verdiği kabul edilmelidir. Şahsi hakların şerhinden sonra kurulan sınırlı aynı hakların varlığı halinde de ortaya çıkan aynı sorun ile ilgili olarak anılan görüş benimsenmiş bulunmaktadır. Buna göre, kişisel hakkın şerhinden sonra kurulan sınırlı aynı hakların şerhe konu hakkın sağladığı yetkilerin kullanımına engel oldukları takdirde şerhe konu hak sahibi anılan hakların terkinine muvafakat verilmesini isteyebilir. Bu muvafakat verilmediği takdirde, MK. m. 642 hükmünün kıyasen uygulanacağı bözücü yenilik doğurucu dava ile hakkın sona erdirilmesi sağlanabileceği görüşüne varılmıştır (66).

Ancak, her hak gibi bu hak da, ilgisinin iradesine bağlı olarak kullanılabilir veya kullanılmayabilir. İşte doğabilecek sorun terkinini talep hakkının kullanılmaması halinde söz konusu olur. Bu takdirde susma kabul (sükût ikrar) anlamında düşünülemez ve ileri sürüldüğü gibi önceki sıradaki sınırlı aynı hak herhangi bir sebeple son buluncaya kadar sonraki sıra hak sahibi hakkını kullanamayacaktır. Bu görüş, sonraki tarihli sınırlı aynı hak sahibinin hakkını tescile dayanarak devretmesi halinde dahi tehlike göstermez. Çünkü, tescilin olumlu etkisi sonucu aynı hakkın sırası da tescil kapsamında MK. m. 928 hükmünce bilinmediği ileri sürülebilecek hususlardan değildir. Yevmiye tarih ve nosu kütükten bariz biçimde anlaşılabilir nitelikte kütüğe işlenmektedir.

c — Hacizlerin Şerhinden Sonra Kurulan Sınırlı Aynı Haklarda ve Şerhedilmiş Şahsi Haklarda Öncelik İlişisine Bağlı Hukuki Sonuçlar

Sınırlı aynı haklara bağlı olarak verdiğimiz ön bilgiyi takiben konumuza dönerek sonuca bağlamak gerekirse, kişisel hakların şerhinde ve tasarruf hakkını kayıtlayan hallerin şerhinde de aynı ilke ve hükümler niteliği ile bağdaştığı ölçüde kıyasen uygulanabilecektir. (67).

(66) Sungurbey, kişisel, s. 122-123; Ayrıca bu ve bu konudaki farklı görüşler için bk., Erel, s. 82-85.

(67) Şahsi hakların şerhi ile ilgili olarak örneğin bk., Oğuzman, eşyaya bağlı borçlar, s. 248, dp. 71.

Bu konuda öncelik ilkesi ve sonuçlarını hacizler açısından şu sıra ile saptamak gerekir. Kıyasen uygulanacak ilk hüküm olarak aynı haklarda sıraya ilişkin MK. m. 930 hükmünü gösterebiliriz. «Aynı haklar tescil ile doğar ve sıra ile tarihlerini tescil kaydına göre alır». Buna göre, kuruluş tarihi gözönüne alınmak suretiyle önce kurulmuş bulunanın sıra önceliği bulunmaktadır (prior tempore potior iure) (68). Öğretide güzel bir adlandırma ile «kıdeme itibar» olarak ifade edilen (69) bu ilke şerhler konusunda da anlam bulacaktır. Şerhin etkisi devam ettiği müddetçe şerhe konu talep, mülkiyet dışında sınırlı aynı haklar ile sıraya girer ve onların önünde yer alır. Mülkiyet dışında diyoruz; çünkü, mülkiyet değişikliklerinde şerhin sıraya ilişkin etkisi değil; eşyaya bağlı yükümlülük yetkisi söz konusu olur ve her malik şerhe konu talebin yükümlüsü durumuna girer (70). Başka bir ifade ile artık yeni malikin katlanma borcu sonucunda şerhe konu talep hakkı sahibinin zarar görmesi ihtimali ortadan kalkmıştır.

Hacizlerin şerhi sonrası kurulmuş sınırlı aynı haklar veya diğer şerhedilmiş şahsi haklar arasındaki sıra ilişkisi hakkında mevcut hüküm boşluğu da vardığımız sonuç doğrultusunda sınırlı aynı haklar arasındaki sıra konusundaki hükümlerin kıyasen uygulanması sonucu doldurulacaktır. Bu konuda, taşınmaz rehni ile sonradan kurulan diğer aynı haklar konusunda apaçık bir hüküm getiren ve birbirine bağlı MK. m. 784 ve İİK. 132 hükümlerinin çözümü bu konuda da yerli yerine oturan bir kıyas örneği oluşturacaktır. Şöyle ki, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi ile haciz sonrası paraya çevirme işlemleri aynı amaca yöneliktir. Haciz alacaklısı ve taşınmaz rehni alacaklısının ifa menfaatinin tatmin edilmesi. O halde, taşınmaz rehninden sonra taşınmaza bağlı olarak sınırlı aynı haklar kurma yolunda malikin önceden feragatini hükümsüz sayarak taşınmaz rehni sonrası kurulan sınırlı aynı haklar

(68) Şahsi hakların şerhinde varılan sonuçlar ve munzam tesir olarak adlandırma için bk.: Oğuzman/Seliçi, s. 218; Oğuzman, eşyaya bağlı borçlar, s. 248.

(69) Aybay/Hatemi, s. 25.

(70) Erel, s. 206; Başka bir anlatımla, Oğuzman/Seliçi, s. 218; Oğuzman, eşyaya bağlı borçlar, s. 248.

karşısında taşınmaz rehninin önceliğine bağlı hukuki sonuçları düzenleyen MK. m. 784 ve İİK. m. 132 hükümleri biçilmiş kaftandır.

Ancak bu noktada hükümlerin ilginç bir özelliği çıkmaktadır. Öğretide taşınmaz rehninden sonra kurulan sınırlı ayni haklarda her iki hükümde birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmaktadır. Hükümleri aynen yazarak sonuç çıkaracak olursak şu manzara ile karşılaşırız. Yirmi ikinci bapta «gayrimenkul rehni» başlığı altında MK. m. 784, «sonradan tesis edilen ayni haklar» kenar başlığı ile «malikin, merhun olan gayrimenkülü başka ayni haklarla takyit etmek selahiyetinden feragati muteber değildir. Alacaklının gayrimenkul üzerindeki rehin hakkı o gayrimenkul üzerinde müsaadesi olmaksızın sonradan tesis edilen bütün irtifak haklarına ve gayrimenkul mükellefiyetlerine tekaddüm eder. Merhun nakde tahvil edilirken evvelki alacaklıyı izrar eden bu haklar terkin olunur» kuralını getirmiştir (I.f.). Bunun yanında, İİK. m. 132 ise, «alacak bir gayrimenkul ile temin edildikten sonra borçlu o gayrimenkul üzerinde alacaklının rızası olmaksızın bir irtifak hakkı yahut bir gayrimenkul mükellefiyeti tesis ederse bu tesis alacaklının hakkına tesir etmez ve alacaklı gayrimenkulün o hak ile birlikte veya o haktan ari olarak arttırmaya çıkarılmasını isteyebilir» hükmü ile MK.'umuzun anılan hükmünü tamamlamaktadır.

Araştırmamızla ilgili hemen dışlamak gerekirse, şerhten sonra muvafakat verilerek sınırlı ayni haklar kurulmasına rıza gösterilmişse artık bunlar şerhin etkisinden kurtulmuş olarak geçerli bir şekilde varlıklarını sürdürmelidirler (MK. m. 784 ve İİK. m. 132 hükümlerinde bu husus açıkça yer almaktadır).

Müsaade (rıza) bulunmaksızın şerhten sonra kurulan sınırlı ayni haklarda sorunun iki ayrı hukuk dalına özgü düzenlemesi ayrılmalıdır. MK. m. 784 taşınmaz rehninin tescilli sonrası kurulan sınırlı ayni haklar arasındaki sıfâ ilişkisini düzenlemektedir. Hükümde kullanılan tedaddüm eder ifadesi önce gelir anlamındadır (71). İİK. m. 132 ise bu hukuki gerçeklik karşısında satışta önceliğin sonuçlarını düzenlemektedir. İşin can alıcı noktası olarak, içeriğini tam olarak ifade etmeyen hatalı kenar başlığı bir yana bırakılacak olursa İİK. m. 132 hacizli mallar hakkında da alacak bir gayrimenkul ile temin edildikten sonra ifadesi altında ipotekli

(71) Yılmaz, sözlük.

ve mahcuz malları ayrı ayrı belirtmesi sonucu hüküm getirmiş olmaktadır. İşte, sonradan kurulan sınırlı ayni hakların alacaklının hakkına tesir etmeyeceğini hükme bağlayan İİK. m. 132 hükmünün eksik olan ön koşulunu, öncelik sırasını belirlemek suretiyle dolduran MK. m. 784 hükmü hacizler hakkında boşluktur. Bu boşluk, anılan hükmün hacizler hakkında da kıyasen uygulanması suretiyle doldurulacaktır.

Bu görünüm karşısında uyarlayarak sonuç çıkarmak gerekirse, hacizlerin şerhi sonrası rızasız kurulan sınırlı ayni haklar alacaklıyı zarara uğratabilecektir. Şöyle ki, hacizlerin şerhinden sonra kurulan sınırlı ayni haklar veya şerhedilmiş şahsi hakların varlığı halinde mutlaka haciz alacaklısını zarara uğratacağı yolunda kural konmamalıdır. Haciz ile arzulan yegane amaç satış talebi ile paraya çevirme sonrası elde edilen satım değerinin öncelikle alacağın tamamının bunun mümkün olmaması halinde büyük bir oranın karşılanmasıdır. Bu gerçek karşısında taşınmazda mevcut sınırlı ayni haklar büyük bir ihtimalle satım değerini azaltabilecektir. Azaltabilecektir diyoruz; çünkü, azaltmadığı hallerin de subjektif nedenlerle pekala mümkün olabileceğini göreceğiz. Bu konuda çözüm arayışları aynı sorunun taşınmaz rehninden sonra kurulan, sınırlı ayni haklar nedeni ile gündeme gelmesi karşısında ortalama bir yolda bulunmuştur.

MK. m. 784 hükmünde, sonradan kurulan ayni hakların hak sahibini (alacaklıyı) zarara uğratamayacağı ifade edilmiş; fakat, zarara uğratmanın nasıl oluşacağı ve müeyyidesi düzenlenmemiştir. Bu konudaki boşluğu bu hükümle uyumlu İİK. m. 132 hükmü doldurmuş bulunmaktadır. Bu konuda alacaklının, taşınmazın o hak ile birlikte veya o haktan arındırılmış olarak satışa çıkarılmayı talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Çünkü, zararın genel tanımından yola çıkarak sonuç belirleyecek olursak sonra kurulan sınırlı ayni hakların alacaklıyı zarara uğratıp uğratmadığının en büyük delili, bu haklarla yüklü olarak yapılan satışla bu haklardan arındırılmış olarak yapılan satış arasındaki alacaklı alevhine oluşan olumsuz farktır. Maddenin deyimisel (lafzi yorumu) gözönüne alındığında alacaklıya tanınan bu imkanın tamamen keyfi olarak kullanılabilmesi yolundadır. Oysa bu konuda MK. m. 784 ile birlikte değerlendirildiğinde hükmün düzeltici yoruma bağlı tutularak amacı aşan geniş ifadesi daraltılmalıdır. Öğretide de taşınmaz reh-

ni ile ilgili haklı olarak, şu sıranın güdülmesi önerilmektedir (72). Taşınmaz ilk arttırmaya anılan sınırlı aynı haklarla birlikte çıkarılacaktır. Bu arttırmada verilen en yüksek bedel, taşınmaz rehni alacaklısının (konumuzla ilgili olarak haciz alacaklısının) alacağını karşıladığı takdirde mesele yoktur. Bu takdirde sonradan kurulan sınırlı aynı hakların alacaklıyı zarara uğratmadığı açık bir şekilde ortaya çıkmış olacak ve maliğin hacizden sonra süregelen tasarruf yetkisinin sonucu geçerli olan sınırlı aynı haklar geçerli olarak varlıklarını sürdüreceklendir.

Yok eğer, en yüksek bedel, alacaklının alacağını karşılamadığı takdirde ise yine sonradan kurulan sınırlı aynı hakların alacaklıyı zarara uğratma ihtimali belirir. Dikkat edilirse yine kesin bir sonuç belirlemekten kaçındık. Zarara uğratma olgusu artık kesin olarak ikinci satışın sonrasında anlaşılacaktır. Çünkü ikinci satış taşınmazın bu yüklerden arındırılmış olarak yapılması suretiyle gerçekleşecektir (73). Bu ikinci satışta en yüksek bedel en çok ilk satışta verilen bedel veya düşüğü olarak kalabilir. Böylece, taşınmaz üzerinde kurulu sınırlı aynı hakların alacaklıyı zarara uğratmadığı anlaşıldığından taşınmaz ilk satışta en yüksek bedeli vermiş olan kişiye anılan sınırlı aynı hakların varlığı ile birlikte ihale edilecektir (74).

Açıklamalarımızdan ortaya çıkacağı gibi, hacizlerin şerhinden sonra kurulan sınırlı aynı haklar karşısında ve taşınmaz rehinden sonra kurulan sınırlı aynı hakların varlığı halinde, alacaklıya verilen bu imkan onun iradesine bağlı olarak kullanılabilir bir hakka vücut vermektedir. İİK'nun «isteyebilir» şeklindeki ifadesinden de açıkça ortaya çıkan sonuç budur (m. 132/I.f.)

Buraya kadar olan açıklamalarımızla, hacizlerin şerhinin etkisini ve hukuki sonuçlarını açıklamaya çalışmış bulunuyoruz. Araştırmamıza son vermeden önce varlığına yukarıda değindiğimiz bir görüşe ve hatalı değerlendirmeler taşıdığına inandığımız bir genel eser eleştirisi ile son vermek istiyoruz.

(72) Bu konuda bk., Köprülü/Kaneti, s. 26-27; Oğuzman/Seliçi, s. 632; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 782-783; Akipek, mahdut, s. 31-32.

(73) Oğuzman/Seliçi, s. 632 ve dp. 32, 33 ve 36'da belirtilen eserler. Hacizler açısından bk., Kuru, icra I, s. 660.

(74) Köprülü/Kaneti, s. 27.

Tasarruf hakkının kayıtlanmasına yol açan şerh hallerinde, şerhe rağmen yapılan tasarruf işlemlerine, şerh alacaklısının hakkıyla çatıştığı oranda geçersizlik bağlayan görüşlere (75) katılmıyoruz. Bu görüşe varan yazarlar anılan sonuca, menkuller hakkındaki hüküm getiren İİK. 86. maddenin «iyi niyet kaidelerine aykırı olarak mahcuz menkul mal üzerinde üçüncü şahsın iktisabettiği haklar, alacaklının hacizle o mala taallük eden haklarını ihlal ettiği nisbette batıldır» şeklinde ifadesinden ulaşmaktadırlar. Ancak, 538 sayılı Kanun değişikliğinin bir anlamı olması gerektiğini savunuyor (76) ve artık yukarıda açıkladığımız yönde oluşan kanun değişikliğinden sonra taşınmazlar hakkındaki hükmün taşınmazlar hakkında kıyasen uygulanamayacağını belirtmek istiyoruz. Bu nedenle, İİK. m. 86 ve 132 hükmünün birlikte yorumlanması (77) mümkün değildir. Yukarıda andığımız şekilde birlikte yorumlanacak hükümler İİK. m. 91 hükmünün açık atfı sonucu MK. m. 920 ve bu doğrultuda MK. m. 784 ve 132 hükümleridir.

Yukarıda hacizlerin şerhinde, haciz alacaklısının daha sonra kurulmuş sınırlı ayni haklar karşısında İİK. m. 132 hükmü kapsamında bir hak sahibi olduğu ve bu hakkın kapsamının artık öğretilen rehin konusu taşınmazlarda tamamen şekillendiğini saptamıştık. İşte bu noktada, korunan hukuki yarar tamamen haciz alacaklısının olunca, haczin şerhinden sonra aynı taşınmaz üzerinde kurulmuş sınırlı ayni hakların zorunlu olarak haciz alacaklısını zarara uğratacağı öne sürülerek mutlaka terkinin isteneceği varsayımından hareketle geçersizlik müeyyidesi getirilmemelidir. Çünkü, hacizden sonra kurulmuş sınırlı ayni haklar subjektif sebeplerle taşınmazın değerini azaltmadığı gibi arttırabilecektir.

Bu bulgularımızı bizi haklı kılacak bir örnekle pekiştirmek istiyoruz. Şöyle ki, görüşümüzü desteklemek amacı ile, çarpıcı biçimde hacizden sonra veya taşınmaz rehni sonrası kurulmuş sınırlı ayni hakların şerhe konu talep sahibini değer azalması suretiyle zarara

(75) Esener/Güven, s. 87; Uyar, s. 368; Üstündağ, bu hükümsüzlük nisbidir görüşünü ifade etmiştir, bk., icra, s. 206.

(76) Bu açıdan «Kanun 86. maddesinde bu esasları menkul mallar bakımından düzenlerken ... Demek oluyor ki, haciz gayrimenkuller üzerinde de aynı etkiyi yapmaktadır» şeklinde görüşü ile 538 sayılı kanun değişikliklerine hiç bir anlam kazandırmayan Üstündağ'a katılmıyoruz; bk., Üstündağ, icra, s. 206.

(77) Bu görüşte, Postacıoğlu, s. 299.

uğratmadığı bir yana değer artımına yol açarak alacaklının yararına olduğunu ispatlayacak olursak, sanırım bu konudaki kuşku bulutlarını dağıtmış olacağız. Hacizli bir sahil arsasında haczin şerhinden sonra komşu parsel lehine eşyaya bağlı (taşınmaza bağlı) geçit irtifakı kurulmuştur. Bu irtifak oteller zincirine sahip büyük bir holdingin yapacağı turistik tesis müşterilerinin denize inmesini sağlamak üzere komşu hakim parsel lehine kurulmaktadır. Ancak, bu koşulla turistik yatırım yapılacaktır; aksi takdirde vazgeçilecektir. Bu durumda, bu firmanın yapacağı yatırım ile değeri çok fazla artan taşınmazda haciz koydurmuş alacaklının, bu geçit irtifakının terkinini talep edebileceğini düşünmek zordur. Diğer yünden, hacizlerin şerhinden sonra kurulmuş sınırlı aynı hakların temelinde yatan bir taahhüt muamelesine bağlı olarak karşılıklı edimlerin söz konusu olabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Yukarıdaki örneğimizde geçit irtifakı aylık büyük ücretler karşılığı sağlanmış olabilir ki bu dahi konumu itibari ile başka bir gelir elde etmesi imkanı bulunmayan taşınmazın icrada satım bedelini arttırmabilecektir.

Diğer yünden geçersizlik (Ungültigkeit) veya diğer anlamı ile batıl olma (Nichtigkeit) görelî bir kavram olmayıp; itiraz oluşturan mutlak bir kavramdır. Bu nedenle, alacaklının haklarıyla çatıştığı oranda geçersizlik olmaz. Geçersizlik oluşumu itibariyle hukuki koşullara aykırılık sonucu oluşur ve bir kere oluştu mu zamanın geçmesi ve koşulların değişmesi halinde dahi sıhhat kazanması mümkün değildir. İtiraz olması sebebi ile de hakim ve icra memuru tarafından re'sen (kendiliğinden) gözönüne alınmak zordur (78). Bu niteliği ile kişilerin menfaatine göre geçerlilik veya geçersizlik saptaması yapılması mümkün değildir. Bu sonuçta bağlı bulgu olarak, MK. m. 933 hükmüne dayalı olarak sonradan kurulan sınırlı aynı hakların yolsuzluğundan sözedilemeyecektir. Aksi takdirde, hem tasarruf yetkisinin geçerliliğinden söz edip hem tescilin ve konumuz hakkında şerhin yolsuzluğundan söz etmek büyük bir çelişki yaratacaktı. Bu konuda, icra iflas hukukunun düzenleme konusu içinde kalan şahsi nitelikli bir talep karşısında bulunduğumuz kabul edilmelidir. Talep, icra memuru tarafından takdir yetkisine sahip bulunmaksızın gereği yerine getirilecek ve yükümlü taşınmaza bağlı olarak sınırlı aynı hak sahiplerine buna katlanma yükümlülüğü getirecektir.

(78) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., Eren, I, s. 406-407.

Şimdi bu ve benzeri durumlarda, geçersizlik müeyyidesi bağlanacak olsaydı haciz alacaklısının iradesine bakılmaksızın her ilgili hacizden sonra kurulmuş sınırlı aynı hakları terkin ile yükümlü olacaktı. Bu sonucun ise, çatışan çıkarlardan korunması gereken haciz alacaklısının çıkarına uygun olmayabileceğini artık görmüş bulunuyoruz (79).

Esener/Güven, ilgili başlık altında, «şerhten itibaren malik ancak şerhin kapsamı içerisinde tapuda tasarruf yetkisini haiz olur» görüşüne karşılık (80) malikin şerhin kapsamı içerisinde tasarruf yetkisini haiz olacağı ileri sürülemez. Şerh, 920. maddenin son fıkrasında da belirtildiği gibi yalnızca sonraki hak sahiplerine dermeyanı sağlar; yoksa, tasarruf yetkisinin kalkmasını veya geçerli olarak devamını değil. Uygulamada şerh taşınmaza ait kütüğün ilgili sütununda eşyaya bağlı borçun niteliğini isim olarak belirtmekte ve işin niteliği için şerh konu hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının ilgili kurallar gereği saptanması gerekmektedir. Artık, bu konuda tasarruf yetkisinin bulunmadığı hallerin özel bir hükümden doğduğunu biliyoruz. Böyle bir hükmün bulunmadığı hallerde ise tasarruf yetkisi zaten mevcut bulunmaktadır. Şerh, işte bu kapsamda hukuki sonuç olarak bu durumun sonraki hak sahiplerine karşı etkili olmasını sağlar. Bu da, idari bir hukuki işlemle yaratılan hacizin eşyaya bağlı talep haline gelmesi sonucu, iyiniyeti önleme amacıyla bildirici etki yaparak taşınmazda sonradan hak sahibi olacak kişilere katlanma yükümlülüğü getirmesinden ibarettir.

Son olarak aynı yazarlarca, tasarruf yetkisi sınırları üst başlığı altında yer alan «yoksa şerhin verilmiş olması, gayrimenkul üzerinde hiç bir tasarruf muamelesinin yapılmayacağı anlamını taşımaz» (81) görüşü ifade edilmişken aynı başlık altında yer alan hacizlerin şerhinde çelişkiye; buna karşılık, kütüğün kapandığı iflas ilanında hiç bir tasarruf işlemine müsaade edilmediği gerçeği karşısında ise hataya düşülmüş bulunmaktadır.

(79) Bu nedenle, aynı nitelikte başka bir şerh hali için (MK. m. 920/I. b.) «o halde bu hüküm temlik yasağından bahsedilemeyeceğini gösterir. Buna rağmen, yapılacak temlikin şerhten faydalanan kimseye karşı etkisizliği»nden sözeden Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'un teşhisi yerindedir, bk., eşya, s. 392.

(80) Esener/Güven, s. 87.

(81) Esener/Güven, s. 87.