

## HAKEMLİ MAKALE

### YAPI ALACAKLISININ TALEBİNE BAĞLANAN YETKİ KURALI HAKKINDA BİR FEDERAL MAHKEME KARARI\*

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU\*\*

Ar. Gör. Ömer ÇON\*\*\*

#### ÖZET

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda yapı alacaklılarının taleplerine ilişkin Zürih mahkemelerinin yetkisi tartışılmıştır. Federal Mahkeme'nin kıyas ve yorum yoluyla İsviçre Usul Kanunu'nda yer almayan bir hüküm ihdas ederek karar vermiş olması dikkat çekicidir. Çalışmada öncelikle kararın oluşmasını sağlayan maddi hukuk ve usul hukuku unsurları açıklanacaktır. Federal Mahkeme'nin uyuşmazlığı nitelendirme ve çözüme yöntemi açıklanacaktır. Daha sonra da verilen kararın usul hukukunun karakterine uygunluğu tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Medeni Usul Hukuku, İpotek hakkı, Yapı alacaklısı, Hâkimin hukuk yaratması, Kesin yetki, Nisbi hak, Dava konusu*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.05.2019

Kabul Edildiği Tarih: 16.09.2019

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [abdurrahmankavasoglu@sdu.edu.tr](mailto:abdurrahmankavasoglu@sdu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0003-3215-9959

\*\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [omercon@sdu.edu.tr](mailto:omercon@sdu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0002-8982-1336

## PEER-REVIEWED ARTICLE

### THE DECISION OF THE FEDERAL COURT ABOUT THE RULES OF THE MANDATORY JURISDICTION FOR THE CLAIM OF THE BUILDING CONTRACTORS

#### ABSTRACT

In a decision of the Federal Court discussed the local jurisdiction of the Commercial Court of the Canton of Zurich by the building contractors. It is worth noting that the Federal Supreme Court, in the review by comparison and interpretation, has taken a decision providing for a provision that is not included in the Swiss Code of Civil Procedure. In this study, firstly the material and procedural law elements that will lead to the formation of the decision will be explained. The Federal Court's method of characterizing and resolving the dispute will be explained. Then, the relevance of the decision to the character of procedural law will be discussed.

**Key Words:** *Civil Procedure Law, Hypothec, Building Contractors, Mandatory Jurisdiction, made law as legislator by the court, Claim, the Dispute.*

#### ZUSAMMENFASSUNG

In eine Entscheidung des Bundesgerichtes diskutiert die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich. Es ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht in der Prüfung durch Vergleichung und Kommentierung eine Entscheidung getroffen hat, die eine Bestimmung vorsieht, die nicht in der Schweizer Zivilprozessordnung enthalten ist. In dieser Studie werden zunächst die materiellen und verfahrensrechtlichen Elemente erläutert, die zur Entscheidungsfindung führen. Die Methode des Bundesgerichts zur Charakterisierung und Beilegung des Rechtsstreits wird erläutert. Anschließend wird die Relevanz der Entscheidung für den Charakter des Verfahrensrechts erörtert.

**Stichwort:** Zivilprozess Recht, Baupfandrecht, Baupfand glaubiger, zwingende Zuständigkeit, Anspruch, der Streitgegenstand.

## I. GİRİŞ

Dava şartları ve konumuz bakımından davaya bakan mahkemenin yetkisi, vakıaların ve tarafların özelliklerine göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile belirlenmiştir. Ancak bazı durumlarda tarafların arasındaki hukuki ilişkilerin birden fazla olması, yetki kuralları hakkında tartışmalara sebep olmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 33'e göre hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular. Kural olarak uyuşmazlıklarda taraflarca getirilme ilkesi ve somutlaştırma yükümlülüğü göz ardı edilmemelidir. Fakat bazı usul kuralları, hakimin çoğu zaman onları kendiliğinden uygulamasını gerektirir. Bu çerçevede davanın esasına girilebilmesi için bulunması veya bulunmaması gereken dava şartlarının, kamu düzeni nedeniyle mahkeme ve taraflarca tetkiki gerekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin (Doktrinde yapılan atıflardan halen güncelliğini koruduğu anlaşılan) kararında<sup>1</sup>, birden fazla kesin yetkinin sözkonusu olduğu iddiaları hakimin hukuk yaratması yoluna gidilerek çözümlenmiştir. Çalışmada bir otelin restore edilmesine bağlı olarak ortaya çıkan taleplerin iş sahibinin iflas etmesinden sonra ileri sürülmesi durumunda, mahkemenin yetkisine ilişkin çıkmış sorunlar ve karardaki ifadeler yorumlanarak tartışılacaktır.

## II. KARARIN ÖZETİ

### A. TARAFLARIN TALEPLERİ

Karara konu olayda, merkezi Zürih'te bulunan W. Fuchs&Co Komandit Şirketi, Lozan'da bir oteli satın aldıktan sonra davacılara restore ettirmiştir. Daha sonra W. Fuchs&Co şirketinin iflası üzerine otel ve otelin üzerinde bulunduğu arazi cebri ihale sonucu satılmıştır. İhale tutarının otelin restorasyon işini yapan yüklenicinin ve alt yüklenicilerin alacağını karşılamaması nedeniyle alt sıradaki

---

<sup>1</sup> BGE 96 III 126 sayı ve 30.10.1970.

ipotekle teminat altına alınmış alacak sahipleri, üst sırada yer alan alacaklılara karşı ZGB Art. 841<sup>2</sup> (karş. TMK m. 897) uyarınca dava açmıştır. Zürih Ticaret Mahkemesi'nde açılan davada davalıların bir kısmı davanın cebri ihalenin yapıldığı Lozan'da görülmesi gerektiğini belirterek yetkisizlik kararı verilmesini talep etmişlerdir.

## B. MAHKEMENİN KARARI

Zürih ticaret mahkemesinin verdiği yetkisizlik kararı kanun yoluna götürülmüştür. Kararın onanma gerekçesi şöyledir: Yapı alacaklısının ön sıradaki ipotek hakkı sahibine açtığı dava, aynı haktan kaynaklanan bir dava değildir. Bu nedenle doğrudan ipoteğin paraya çevrilmesi bakımında yetkiyi belirleyen kurallara gidilemez. Alacaklının talebi doğrudan müflise yöneltilmemiştir. Ayrıca davacının müflisin iflas masasına yönelttiği alacak hakkını kullanmasını engelleyen ön sıradaki alacaklının sırasına bir muhalefet sözkonusu değildir. Daha doğru bir ifadeyle davacının talebinin kabul edilmesi durumunda davalının iflas masasından olan alacağı etkilenmeyeceği gibi sıra cetveli de etkilenmeyecektir. Bu nedenle Zürih mahkemeleri yetkili değildir. Yüksek Mahkeme sözkonusu alacaklar şahsi nitelikte olsa dahi delillere ulaşılmasında kolaylık olacağından taşınmazın bulunduğu yerde bu davaların görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca doğrudan ve maddi vakiayı karşılama dahi kıyasen yetkiye ilişkin ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin uyuşmazlıklarında yetkili mahkemeyi belirleyen hükümlerin (VZG Art. 132 ve VZG Art 117 birlikte değerlendirilerek) uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

## C. KARARDA TARTIŞILAN USULİ SORUN

Karara da yansıtılmış tartışma konusu, birden fazla uyuşmazlık karakterinin kesişim noktası olarak *iflasın açılmasından sonra inşaat ipoteği ile alacağı teminat*

---

<sup>2</sup> Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Schumacher, Reiner; Das Bauhandwerkerpfandrecht Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Schultess 2008, s. 45 N. 131.

*altına alınmış alacağın sahibine karşı, bir tazminat talebi ileri sürülmesi durumunda yetkili mahkemenin nasıl tespit edileceğidir<sup>3</sup>.*

Somutlaştırmak gerekirse cebri ihaleden sonra Taşınmazların Cebri Yollarla Paraya Çevrilmesi Hakkında Yönerge [Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG)]<sup>4</sup>’nin verdiği yetkiye dayanılarak on gün içerisinde müteahhitlerin talebi sözkonusu olduğunda aynı zamanda sıra cetveli de etkilenecektir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte taşınmazın bulunduğu yere göre seçimlik yetki getiren İcra ve İflas Kanunu m. 148 (karş. SchKG Art. 51/2) de konuyu etkileyecektir. ZGB<sup>5</sup> Art. 837/1 ve 3.fıkralarda (karş. Türk Medeni Kanunu m. 895’de) düzenlenen inşaat ipoteği için, Türk hukukundan farklı olarak (TMK m. 897/3 ile birlikte İİK m. 132’nin) ZGB Art. 841 ve SchKG Art. 142’nin yanında VZG m. 117 ile ek bir koruma getirilmiştir. VZG m. 117’ye göre inşaat ipoteğinden kaynaklanan taleplerin –taşınmaz paraya çevrildikten sonra- paraların paylaşılması sırasında karşılanamaması üzerine, icra dairesinin, takibin yapıldığı yer mahkemesinde dava açmak üzere inşaat zanaatkarlarına veya yüklenicilere on günlük süre vermesi gerekmektedir (ZGB m. 841/1). İflâsın açılmasıyla müflisin malvarlığı, bir bütün halinde müflisin yerleşim yerinde iflas masasını oluşturur (İİK m. 184, m. 208 SchKG 197, m. 221).

Davalılardan bir kısmı, uyuşmazlığın konusunun iflâsın açılmasıyla masaya dahil olmuş malvarlığının paraya çevrilmesi sonucu elde edilecek bir hak olduğunu iddia etmektedir. Bu gerekçeyle de müflisin yerleşim yeri olan Zürih’te davanın görülmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

<sup>3</sup> Davacıların bir kısmının SchKG m. 260 (T-İİK m. 245)’a göre alacaklı IBZ iflas masasından aldığı yetkiye göre davayı takip ettikleri anlaşılmaktadır.

<sup>4</sup> Metin içerisinde VZG şeklinde kısaltılacaktır. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nun (SchKG) 15. maddesine göre (kıyaslayınız İİK m. 14) bu kanunun uygulanması için yönetmelikler çıkarılabilmektedir. Bu yönetmeliklerin bir örneği de VZG’dir.

<sup>5</sup> 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) çalışmada bundan sonra ZGB şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

Cebri ihalenin taşınmazın bulunduğu yer olan Lozan'da yapılmış olması nedeniyle salt rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibin, ve takibin devamında – ipotek alacaklılarının kendi arasında- bir talebin sözkonusu olması veya bir tür kanuni ipotek olan inşaat ipoteğiyle ilgili olması nedeniyle Lozan'da gerek icra hukuku gerek maddi hukuk bağlamında devamındaki taleplerin ileri sürülebileceği, tartışılan bir diğer husustur. İnşaat ipoteğinin paraya çevrilmesi bakımından ipoteğin paraya çevrilmesine dair hükümler uygulanacağından taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağı savunulabilecektir. Diğer bir iddia ise alt derecedeki ipotek hakkı sahibinin, üst derecede yer alan ipotek alacaklılarına göre taşınmazın ihalesi sonrasında ikinci derecede tatmin edilmesi ön sorununa dayalı olarak bir tür şahsi hak talebi sözkonusudur ki, bu durumda aynı hakka ilişkin yetki kuralları uygulanamayacak, davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır.

### III. YETKİ KONUSUNU ETKİLEYECEK OLAY ÇERÇEVESİNDE İNŞAATÇI İPOTEĞİ VE TALEP HAKKI

İnceleme konumuz olan kararın anlaşılması bakımından paralel düzenlemeler içeren Türk hukukuna göz atmak yerinde olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun arazi ve yapı malzemeleri hakkındaki hükümlerinde bazı ifadeler dikkat çekmektedir: “Bir kimse kendi arazisindeki yapıda başkasının malzemesini ya da başkasının arazisindeki yapıda kendisinin veya bir başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olur.” (TMK m. 722 – ZGB m. 671). “Malzeme sökülüp alınmazsa arazi maliki, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Yapıyı yaptıran arazi maliki iyiniyetli değilse hakim, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Yapıyı yaptıran arazi maliki iyiniyetli değilse hakim, malzeme sahibinin uğradığı zararın tamamının tazmin edilmesine karar verebilir.” (TMK m. 723/ I-II, ZGB m. 672). “Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesinin isteyebilir” (TMK m. 724, ZGB m. 673 Bu hükümlerin devamı

olarak TMK m. 893 ve m. 897 de değerlendirilmelidir. TMK m. 893 ve m. 897'de yapılan iş ile arazinin değeri artırıldıysa bu değer artışı ile inşaat ipoteği sahibinin tatmin edilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik cebri ihale sonucu tatmin edilen alacaklıya karşı da ileri sürülebilmektedir.

İpotek, alacaklıya rehin konusu olan şeyi, borcun ifa edilmemesi halinde icra vasıtasıyla sattırıp satış değeri üzerinden alacağının öncelikle tahsil etme hakkı veren bir aynı haktır<sup>6</sup>. İnşaat ipoteği, tescile tâbi kanunî ipoteklerdendir (TMK.m.893/III)<sup>7</sup>. İnşaat ipoteklerinin tescilinde tapu kütüğünde rehin haklarına ait düşünceler kısmında "inşaat ipoteği" olduğu belirtilir (Tapu Sicil Tüzüğü m. 35/5)<sup>8</sup>. Yüklenicinin kanunî ipotek hakları, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir. Tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir (TMK. m. 895/1, II). Bu süre, hak düşürücü nitelikte olup, üç ayın sonunda tescil isteme hakkı düşer. Ancak tescilin yapılması için alacağın taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır ( TMK m. 895/ III ).

İşe başlarken genellikle yüklenici alacağının miktarı kesin olarak belli olmaması ve taşınmaz mal sahibince de kabul edilmemesi durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 1011. ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 51 ve 56. maddeleri hükümleri gereğince, inşaat ipoteğinin tescili ile ilgili geçici şerhin verilmesi istemi, mahkemeye yapılır<sup>9</sup>. Mahkeme, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu

<sup>6</sup> Ertaş, Şeref; Eşya Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 615.

<sup>7</sup> Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku 19. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul 2016, s. 977.

<sup>8</sup> Tapu Sicil Tüzüğü RG. 17.08.2013 N. 28738 (Metin içerisinde TST olarak kısaltılacaktır.)

<sup>9</sup> Davanın uzaması halinde, yapı alacaklısının kanuni ipoteğin tesciline ilişkin 3 aylık hak düşürücü süreyi kaçırmaması ve hak kaybına uğraması ihtimali göz önünde bulundurularak, yapı alacaklısının mahkemeden TMK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verilmesini talep edebileceği kabul edilmiş ve uygulama bu yönde şekillenmiştir (Kaçaran, Hümevra; "Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı" MÜHF-HAD Cevdet Yavuz'a Armağan C. II, S. 22 C. 3 2016, s. 1383).

hakkın varlığının kabul edilebileceği kanısına varırsa; şerh kararı verir ve kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenir; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.

Rehnin kesin tescili, terkin olunacak şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ( TST m. 31). Zanaatkârlar ve yüklenicilerin kanunî ipoteklerinin tescilinde, düşünceler sütununa “zanaatkâr ve yüklenici ipoteği” olduğu belirtilir (TST m. 35/5). Türk Medeni Kanunu'nun 1022. maddesi gereğince de, aynî haklar tapu sicil kütüğüne tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Bu yasal sebeplerle, geçici şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 896 ve 897. maddelerine göre yüklenicinin, kanunî ipotekten yararlanma bakımından sıra almasını sağlar.

Yukarıda belirtilen hukuki düzenlemelere göre; inşaat ipoteğinin geçici şerhi de, tescili de, yüklenici ve taşınmaz maliki arasında alacağın varlığı ve miktarı konusunda anlaşma olmasına bağlıdır. Çünkü ipotek hakkı alacak hakkına bağlı bir haktır. Yani ipoteğin varlığı ve geçerliliği, güvencesini oluşturacağı alacağın varlığı ve geçerliliğine bağlıdır<sup>10</sup>. Hukuki ilişkide alacağın asli unsur olması nedeniyle, tescil için TMK m. 851'e göre Türk parası ile gösterilerek alacağın ferdileştirilmesi gerekir<sup>11</sup>. Eğer alacağın varlığı veya miktarı konusunda bir anlaşma yoksa ipoteğin tescili<sup>12</sup> dava yoluyla istenebilir (TMK m. 895). Taraflar, yüklenici alacağının miktarında ve gösterilebilecek teminatta anlaşamazlar ise, yükleniciler ipoteğin tescili davasının görülmesi ve verilecek kararın kesinleşmesi sürecinin uzaması ihtimâlini gözeterek geçici şerh davasını açabilirler. Bu davada geçici şerhe karar verilmesi sonucu tapuya geçici şerh tescil edilir. yukarıda açıklandığı üzere inşaat ipoteğinin mahkemece ya da mal sahibince kabulü hallerinde ipoteğin kesin tescili, geçici tescil tarihinden itibaren terkin olunacak geçici şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ve sıra

<sup>10</sup> Aktepe, Sezin; İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi S. 12 2007/2 s. 180.

<sup>11</sup> Aybay, Rona; Hatemi, Hüseyin; Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 273. Sarı, Suat; Taşınmaz Rehninden Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 964 vd.

<sup>12</sup> Akipek, s. 244.



almasını sağlar. Geçici şerh davası, diğer koşullar bakımından inşaat ipoteğinin tescili davası ile aynı koşulları taşımaktadır<sup>13</sup>.

TMK m. 897/I'de ise satış bedeli zanaatkârlar<sup>14</sup> ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım için satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan paradan tatmin edilmek üzere ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklılara karşı bir hak dermeyanının mümkün olduğundan bahsedilmektedir. Gerçekten inceleme konumuz kararda yetki hususunu belirleyecek maddi hukuk meselesi olarak tartışıldığı üzere yapı alacaklılarının ön sıradaki alacaklılara karşı korunması gerekebilmektedir. Çünkü yapı işlerine başlamadan üçüncü şahıs alacakları lehine kurulan rehinler ile inşaat alacaklılarının taşınmazın değerinden karşılanabilmesinin önüne geçilmek istenmiş olabilir<sup>15</sup>. Böylece inşaat alacaklılarının emekleri ile kazandırdığı değer önceki sıradaki alacaklılara özgülenmiş olacaktır. Bahsi geçen TMK m. 897/I ve ZGB Art. 841'in sağladığı koruma, bu kötüniyetli uygulamayı önlemeye yöneliktir.

#### IV. İFLASIN AÇILMASINDAN SONRA İNŞAAT İPOTEĞİNE DAİR TALEP

İnşaat ipoteğine ilişkin uyuşmazlıklarda hukuki çözüm arayışları çoğu durumda farklı karakterdeki hukuki çarelerle aynı anda ortaya çıkarabilmektedir.

<sup>13</sup> Y. 15.H.D. 18.02.2008 T. ve 2006/6606 E., 2008/960 K, Y. 15. HD E. 2012/4558 K. 2012/7308 T. 21.11.2012 (Kazancı E.T. 05.10.2019).

<sup>14</sup> Madde metninde yer alan zanaatkar ifadesi bilinçli bir tercihtir. Çünkü kanun koyucu bu madde ile taşınmaz malikiyle hizmet sözleşmesi dışında yalnızca taşınmaza yaptığı iş ile bir değer katan kişinin hukuki yararının korunmasını amaçlamaktadır (Duman, İlker Hasan; İnşaatçı İpoteği, Terazi Hukuk Dergisi C. 9 S. 100, 2014, s. 192). Hizmet akdi ile yapı inşaatında çalışanlar yani işçiler yaptıkları işin ücretini günü gününe alırlar. İşçilerin aynı zamanda hacizde ve iş sahibinin iflası halinde alacakları kanunen önceliklidir. Bu nedenle inşaat ipoteğinden faydalanamayacaklardır (Akipek, Jale; Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 240).

Yapılan plan, proje ve benzeri çalışmalar inşaatla bir bütün teşkil etmeyen nitelikte çalışmalardır. Yapılan işin kredi verme vasfı da yoktur. Bu yüzden mimarlar ve mühendisler, yaptıkları işlere ilişkin alacakları bakımından yapı ipoteğinin koruması dışında bırakılmışlardır (Kaçaran, s.1371).

<sup>15</sup> Akipek, s. 249.

Geçici nitelikte olması inşaat ipoteğini diğer ipotek türlerinden ayırmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu, bu farklılığa rağmen mahkeme kararıyla inşaat ipoteğinin tapuya şerh verilebileceğini kabul etmektedir. İsviçre doktrininde inşaat ipoteğinin geçici şerhi hakkında verilen kararın istinaf edilebilmesi onun bir ara karar mı yoksa nihai bir karar mı olması yönüyle tartışılmaktadır. Çünkü inşaat ipoteği bir aynı hak olmasına rağmen, geçici şerhine ihtiyati tedbir karakteri atfedilebilmektedir. Bu yöndeki talebin bir asli talep olduğu yani ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı belirtilmesi durumunda konuyla ilgili istinaf kanun yolu bakımından ara karar mı hüküm mü tartışmaları da inşaat ipoteğinin geçici şerhine farklı bir anlam kazandırmaktadır<sup>16</sup>.

İcra ve İflas Kanunu madde 194'de müflisin dâvacı ve davalı olduğu hukuk davalarının duracağına dair hükme aynı maddede getirilen rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerle ilgili açılmış hukuk davalarına ilişkin istisna ise doğrudan bu davaların durması gerekip gerekmediğini söylemekte zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Aslına bakılırsa henüz bir rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takipten değil de bir aynı hakkın tesisinden bahsedileceğinden bu kategori kapsamında davanın devam edebilmesi mümkün olmayacağı gibi bir ihtiyati tedbir olan geçici tescil talebinin veya bir işçi alacağının<sup>17</sup> aksine<sup>18</sup> acele işlerden de sayılmayacağından davanın ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonraya kadar duracağı iddia edilebilir. Alman

<sup>16</sup> Seiler, Benedikt; Die Berufung nach ZPO, Schulthess, Basel 2013, s. 105; MüKoBGB/Busche BGB § 650e Rn. 37-40, beck-online.

<sup>17</sup> "Dava, ücret alacağı istemine ilişkindir. Davacı, davalı şirket hakkında ödenmeyen ücret alacaklarının tahsili için icra takibi başlattığını, davalının takibe itiraz ettiğini belirterek, itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir. Yargılama devam ederken davalı şirketin iflasına karar verildiği, iflas kararının kesinleştiği anlaşılmaktadır. Mahkemece İİK.194. maddesi gözümlünde bulundurularak, davaya kayıt kabul davası olarak devam edilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilmek suretiyle yargılamaya devam edilerek karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." (13. HD E. 2015/42959 K. 2017/12386). Kaldı ki işçi alacaklarının bile İsviçre doktrininde acil işlerden sayılması gerektiği tartışmalıdır. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs- Wohlfart/Mayer. (2016). Art. 207, 2. Auflage. Helbing Lichtenhahn Verlag Basel. N. 35.

<sup>18</sup> Çabri, s. 383.

hukukunda<sup>19</sup> iflasın açılması durumunda derdest davada hakimin açıkça iflasın açılması nedeniyle davanın durduğuna karar vermesi gerekmektedir<sup>20</sup>. İsviçre doktrininde bir davanın acil işlerden sayılması durumunda genel olarak basit yargılama usulüne tabi olacağı fakat uygulamada bazı istisnaların sözkonusu olduğu bunlardan birisinin de inşaat ipoteği tesciline ilişkin olduğu belirtilmektedir<sup>21</sup>. Zira inşaat ipoteğinin tescili için kesin bir hak düşürücü süre söz konusudur<sup>22</sup>. Bu noktada İİK m. 194/2 ve SchKG m. 207/3'de yer alan davalar durduğu sürece zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği belirtilmelidir. Ancak öncelik hakkının koşulları gerçekleşmesine rağmen hak tapuya tescil ettirilmemişse, bunun ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı dahi ileri sürülmesi mümkün olmaz<sup>23</sup>. Bu durumda öncelik hakkının mükellefiyetler listesinde yer alması gerektiğinden ivedi işlerden olması gerektiği belirtilebilir<sup>24</sup>. Eğer üç aylık (ZGB'de yapılan ve 01.01.2012 tarihinden itibaren yürürlükte olan değişiklikten sonra dört aylık) kayıt süresi sadece iflas açıldıktan sonra sona ererse, geçici olarak tescil edilmiş hak iflasın açıldığı anda kayıtlı olmasa bile inşaat zanaatkarının ve yüklenicisinin iflası tescil edilmemişse

---

<sup>19</sup> Kindler/Nachmann, InsO, 2. Teil: Länderberichte Liechtenstein Rn. 169-173, beck-online.

<sup>20</sup> BSK-Wohlfor/Meyer, SchKG 207 N. 35.

<sup>21</sup> SK-Schulthess Kommentar, Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach, Stefan Bossart, SchKG Art. 297, 4. Auflage N. 14.

<sup>22</sup> Thurnherr, Christoph; Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs / II. Konkurs des Grundeigentümers / 4. - 8. Zürich 2017, s. 72.

<sup>23</sup> Çabri, s. 398.

<sup>24</sup> HE140187 03.07.2014 Zürich Handelsgericht (Swisslex veri tabanı E.T. 11.09.2018).

hala kaydedilebilmelidir<sup>25</sup>. Çünkü tescili talep hakkı aynı bir alacak<sup>26</sup> oluşturduğundan iflas masasına karşı da ileri sürülebilecektir<sup>27</sup>.

Somut olayda bir inşaat ipoteği tescil edilmiştir. Fakat dava yoluyla ipotek borçlusu ve işi yaptıran arsa sahibine karşı değil üst sırada tatmin edilmiş kişiye karşı bir talep ileri sürülmektedir. Ancak taşınmazın sahibi hakkında iflasın açılmış olması ve taşınmazın tasfiyeye konu edilecek olması durumunda husumetin yöneltildiği kişi önem arz etmektedir. Zira iflas masasına karşı yapılacak talebin sıra cetveli özelinde tartışılması gerekmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'na göre muhalefet, bir alacaklının sırasına veya miktarına ait ise bu konuda sıra cetveline karşı itiraz davası açılması gerekmektedir<sup>28</sup>. Fakat inceleme konumuz olan İsviçre Federal Mahkemesi kararında, talep sahiplerinin cebri ihaleden bağımsız olarak şahsi bir hak talebinde bulunduğu iddia edilmektedir. Davacılar davanın tasarrufun iptali davasına kıyasen salt şahsi dava olduğunu aynı zamanda hakkın doğumunun dava ile değil icra takibi (betreibung değil vollstreckung) ile bağlantılı olduğunu ifade etmektedir. Davalılar ise hakkın taşınmaz ipoteğine ilişkin olduğunu ve icra hukuku karakterinin değil usuli karakterinin daha ağır bastığını ifade etmektedir. Her iki taraf da görüşlerinin diğer görüşe göre daha makul olduğu iddiasındadır.

## V. TALEBİN USULİ GÖRÜNTÜSÜ

Hakkın tanımı ve hakkın kazanılması için gerekli objektif şartlar maddi hukuk içerikli mevzuatta ve onun tamamlayıcı hükümlerinde belirlenmiştir. Hakkın

<sup>25</sup> CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Schumacher, ZGB Art. 839 N. 3.

<sup>26</sup> Kazanma sebebi ile temel borç ilişkisinin varlığı birbirine karıştırılmamalıdır. Kazanma sebebi, tescilin sebebe bağlılığı ilkesi gereği, tescilin yapılabilmesi için aranan hukuki sebep iken, kazanma sebebinden bağımsız onun dışındaki bir borç ilişkisi ipoteğin fer'iliği ilkesi gereği rehnin kurulabilmesi için şarttır (Aktepe, s. 181). Yani inşaat ipoteğinin tescilinin hukuki sebebi MK m. 837 iken, bu rehnin kurulabilmesi için borçlunun alacağı kabul etmesi ya da mahkemenin borcun varlığına dair bir kararı ipoteğin kurulabilmesinin şartıdır.

<sup>27</sup> Akipek, s. 238.

<sup>28</sup> Ayrıntılı tartışmalar için bkz. Meriç, Nedim. (2015). Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları. Yekin Yayıncılık Ankara.

mahkeme önünde ileri sürülmesi de bazı kurallara bağlanmıştır<sup>29</sup>. İnşaat ipoteği ile temin edilmiş hakkın mahkemede ileri sürülmesi üzerine hakim bir karar vermesi gerekmektedir. Çünkü maddi hukuk meselesi, dava dilekçesi ile mahkemeye yöneltilen hukuki koruma talebi olarak usuli bir işlem karakterine bürünmektedir<sup>30</sup>. Usuli işlemlere, usul hukuku kendiliğinden doğacak bazı sonuçlar bağlamıştır. Dolayısıyla esasa ilişkin bir hüküm olarak ortaya çıkacak sonuçlara elverişli bir usuli talebin olup olmadığını da yargı merciinin dava şartı olarak önem atfettiği durumlarda kendiliğinden incelemesi gerekmektedir. Mahkeme bu ön meseleyi incelerken de aslında maddi meseleyi vasıflandırmak zorundadır. Zira dava şartları da davanın açıldığı andaki maddi vakialara ve tarafların özelliklerine göre belirlenmektedir. Konumuz bakımından maddi vakianın tartışıldığı dava şartı ise kesin yetkidir. Aşağıda öncelikle genel olarak yetkiden bahsedilecektir.

#### A. GENEL OLARAK YETKİ

Anayasa m. 142'ye göre mahkemelerin görev ve yetkisi (kuruluşu ve işleyişi, yargılama usulleri) kanunla belirlenir. Mahkemelerin belirli davaları görmek bakımından sahip olduğu iktidar coğrafi alan açısından bir yargı çevresi ile sınırlandırılmıştır<sup>31</sup>. Hukuk mahkemelerinin yetkisinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlendiği HMK m. 5'te belirtilirken farklı kanunlardaki istisnalara da işaret edilmiştir. Kanun koyucu yetkili mahkemeyi belirlerken uyuşmazlık konusu hukuki ilişkide yer alan kıstası veya kıstasları gözetmektedir<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Hakkın ileri sürülmesi için Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku 7. Baskı. İstanbul, 2000, s. 7vd. Ansay, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri. Ankara 1954 s. 3. Lüke, Wolfgang. 2006. Zivilprozessrecht 9. Auflage. Verlag C. H. Beck. München, s. 3vd. Postacıoğlu, İlhan; Altay, Sümer. (2015). Medeni Usul Hukuku Dersleri. Vedat Kitapçılık İstanbul, s. 3vd. Kuru, Baki; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık Ankara 2017, s. 65 vd.

<sup>30</sup> Erdönmez, G., Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 437.

<sup>31</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 111.

<sup>32</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 112; Berkin, Necmedddin; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981, s. 310.

Konumuz bakımından önem arzeden seçimlik yetki genel yetkinin alternatifini niteliğinde, kesin yetki ise genel yetkiyi bertaraf eder niteliktedir. Aşağıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, mahkemenin tahkikata girmeden yalnızca usuli bir ön meseleyi halletmek için maddi meseleyi nitelendirmesi gerekebilir. Fakat bu nitelendirmenin yapılması, mahkemenin uyuşmazlığın esasına dair bir karar verdiği anlamına gelmez<sup>33</sup>.

## **B. YETKİYİ BELİRLEYEN HUKUKİ İLİŞKİ OLARAK SOMUT OLAYDAKİ ALACAK HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Örnek olayda Federal mahkeme, uygulanacak usul kuralını belirleyecek maddi vakianın unsurlarını ortaya çıkararak somutlaştırmıştır. Bu anlamda öncelikle uygulanacak hukuk kuralı bakımından korunan yarar, arsa üzerine yapılan inşaat ve zanaat sonucunda esere değer katan tarafın korunmasıdır. Bu bağlamda talep sonucunun iflas masasına değil iflas masasından alacaklı olan ve hatta iflas masasına diğer alacaklılardan bağımsız olarak ileri sürülebilen bir rehin hakkı sahibine yöneltildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sıra cetvelinden kaynaklanan bir uyuşmazlık sözkonusu değildir. Çünkü vakıalar inşaat ipoteği ve iflas merkezli gibi görünse de aslında bu vakıalar talep sonuçlarını haklı kılmaya yarayan koşul vakıalar yani dava sebebidir<sup>34</sup>. Federal Mahkeme kesin yetki ve görev bakımından dava konusunun merkeze alınması gerektiğine işaret etmektedir. Dava konusu ise bir hukuki sonucun kesin biçimde belirlenmesini konu almaktadır. Daha genel çerçevede belirli bir hukuki himayenin sağlanmasını konu alan ve mahkemeye yöneltilmiş bulunan istek şeklinde formüle edilmektedir<sup>35</sup>. Kanaatimizce ilk derece mahkemesi dava sebebine göre mahkemenin yetkisini belirlemişse de Federal Mahkeme dava konusuna göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten de

---

<sup>33</sup> Dava şartı incelemesi bakımından maddi vakianın vasıflanması hakimnin subjektif davrandığını gösteren açık bir vakia sözkonusu olmadıkça hakimnin reddi sebebi olarak değerlendirilemeyecektir (Hakimin reddi bakımından subjektif unsur hakkında bir Basel mahkeme (Appelationsgericht) kararı için bkz. BEZ.2016.45 (AG.2017.78) 27. Januar 2017).

<sup>34</sup> Tanrıver, s. 483; Pekcanitez, C. II, s. 1135

<sup>35</sup> Tanrıver, s. 476.

yetki kuralları belirlenirken dava konusu ve yapılan talebin nasıl dermeyan edildiği mutlaka gözönünde bulundurulmalıdır. Türk hukuk doktrininde Üstündağ bu noktada dava şartının tespiti anlamında dava konusunu şekillendiren vakıaların incelemesi yapılırken hükme de etki edebileceğinden konumuz bakımından sırf yetkinin tespiti bağlamında inceleme yapılması gerektiğine dikkat çekmektedir<sup>36</sup>. İlk bakışta hakkın tapu siciline tescil edilmesi meselesi bağlama kuralı olarak akla gelse de kararda tartışılan olay bakımından bu husus usul kurallarını etkileyecek bir durumdan daha çok talebin maddi hukuk bakımından başarı şartı olarak etki göstermektedir<sup>37</sup>. Daha açık bir ifadeyle eğer tapuya tescil şartı somut olay bakımından aranacaksa bile bu bir talep sonucu değildir. Talep sonucunun başarılı olması için bir koşul vakıadır.

Şu halde olay bakımından dava sebebinin ne olduğu irdelenmelidir. Doktrinde inşaat ipoteği hakkı sahibinin ipoteğin paraya çevrilmesi durumunda hak elde etmiş kişiye karşı ön sırada olması nedeniyle doğan hakkının ya kanundan doğan bir borca dayandığı ya da haksız fiile dayandığı ifade edilmektedir. Borcun haksız fiile dayandığının gerekçesi *kanunun bir konuda bir kişiye getirmiş olduğu yükümlülüğün ihlal edilmesinin haksız fiil niteliğinde olduğu, kanunun belirli şartlarda, yapıdan dolayı meydana gelen kıymet fazlasını yapı alacaklılarına tahsis ettiği, önceki sıradaki alacaklılara, taşınmazı yapısız değerinin üzerinde ipotek ettirmemek yükümlülüğü getirdiği, ön sıradaki rehinli alacaklıların bu yükümlülüğe kusurlarıyla aykırı davranmasının haksız fiil niteliğinde olduğu* şeklinde ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Diğer bir görüş, *TMK m. 897'nin gerekçesine göre burada bir tazminat yükümlülüğü değil, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesinin söz konusu olduğunu, gerekçeden hareketle burada kendine özgü bir davanın bulunduğu kabul*

<sup>36</sup> Aynı doğrultuda Üstündağ, s. 194.

<sup>37</sup> Schumacher, Reiner; Das bauhandwerkerpfandrecht Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Schultess 2008, s. 48 N. 139.

<sup>38</sup> Reisoğlu, s. 208 (Aktaran Çabri, s. 402).

*edilebileceği yönündedir*<sup>39</sup>. Federal Mahkeme kararında, ZGB Art. 841 maddesindeki talebin, iflas işlemlerinin önemli bir parçası değil, yalnızca bunun bir devamı niteliğinde olduğuna dikkat çekmektedir.

Yetki belirlenirken dava sebebinin gözönünde bulundurulduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da yer almaktadır. Gerçekten de HMK m. 7/I'de "... Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. " denilmektedir. Dava sebebine bağlanan bu yetkinin kesin yetki olduğu ifade edilmektedir<sup>40</sup>. HMK m. 11'de terekenin paylaşılmasına ilişkin dava denilmek suretiyle dava sebebinden yola çıkılarak yetkili mahkeme belirlenmektedir. Aynı şekilde dava sebebi bir eşyanın aynından kaynaklandığında da buna göre yetkinin belirlendiği görülmektedir. Ancak davacıların birden fazla olması durumunda olayın mahiyetine göre yetkili mahkemenin belirlendiği bir hüküm doğrudan HMK'da görülmemektedir<sup>41</sup>. Bu konuda belki davaların arasında bağlantı bulunması durumunda davaların aynı mahkemede birleştirilebileceğine dair HMK m. 166 hükmü akla gelebilir. Ancak kanun koyucu bu durumda davaların birinci davanın açıldığı yerde birleştirilebileceğini belirtmiştir (HMK m. 166). Karşı davanın ise ilk davanın açıldığı yerde açılması gerektiği belirtilmektedir (HMK m. 13).

Federal Mahkeme'ye göre talep sahibinin tatmini doğrudan arsa üzerindeki rehin hakkının paraya çevrilmesiyle olmayacaktır. Çünkü alacaklının talebi, kanundan doğan bir şahsi alacaktır.

İsviçre doktrininde konu şöyle açıklanmaktadır<sup>42</sup>: Taşınmazların aynına ilişkin kesin yetki kuralları ZPO Art. 29'da düzenlenirken, yalnızca ipotek hakkının gerçekleştirilmesi için tapuyu etkilemesi de gözönünde bulundurulurak taşınmazın

<sup>39</sup> Ayan, Mehmet; Eşya Hukuku III, 6. Baskı, Konya 2014, s. 239.

<sup>40</sup> Tanrıver, s. 227. Karş. Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 72.

<sup>41</sup> HMK m. 7/2 hakkındaki tartışmalar için bkz. Tanrıver, s. 227-236; Pekcanitez, C. I, s. 300.

<sup>42</sup> ZGB- Schumacher. (2016). Art. 841 N. 13 (swisslex E.T. 15.04.2019).



bulunduğu yerin kesin yetkili olduğu tespit edilmiştir. Bu düzenleme, VZG Art. 117'de yer alan ipoteğin paraya çevrildiği yer olan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesini işaret eden düzenleme ile de paraleldir. Fakat salt ipotek hakkı olarak ileri sürülmeyen zararın değer fazlası ile tazmini amaçlı<sup>43</sup> öncelik hakkına ilişkin farklı bir ifadeyle, taşınmazdan kaynaklanan fakat şahsi hak nitelikli davalar bakımından taşınmazın bulunduğu yerde mi yoksa davalının yerleşim yeri mahkemesinde mi açılması gerektiği hususunda tartışma mevcuttur. Tartışılan hakkın paraya çevrilen taşınmaza kazandırılan değer olduğundan yola çıkıldığında ZPO'da yer alan genel hükümlere göre ya da karşılığı olan HMK m. 6'ya göre belirlenmesi gerekecektir. Fakat İsviçre doktrini bu hususu yetki bakımından haksız fiile kıyasen değerlendirmektedir. İlk bakışta inşaat alacağı sahibinin usulüne göre ipotek ile teminatlandırılmış bir hakka ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ulaşıldığı görünür. Ancak inşaat yapımı sürecinde başta bina yapımı işine dahil olan ve çoğu zaman üst sırada bir ipotekle kendi alacağını teminat altına alabilen alacaklının, alınan inşaat kredisini yanlış kullanması ve meydana getirilecek eseri özen yükümlülüğüne aykırı yapması yani basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kuralara uygun davranmaması (kıyasen TBK m. 471) nedeniyle binadan elde edilecek değer azalması, tazminatın şartını oluşturacaktır. Ön sıraya sonraki tarihli bir alacak için ipotek ihdas edilmesi, sıradaki diğer alacaklıların hakkına zarar vermek kastıyla ise bu talebi tasarrufun iptali davasına yakınlaştıran bir hukuka aykırılığı da içerisinde barındırmaktadır. Bu durumda davacının -yani maddi hukuk bağlamında değerlendirildiğinde zarar görenin- inşaatın yapıldığı veya ihale sonucu zararın meydana geldiği yer mahkemelerinde dava açabileceği belirtilebilir (ZPO Art. 36 karş. HMK m. 16). İnşaat alacağı bakımından taşınmaz değerinin bir parçası olarak binanın değerine ilişkin ayrıcalık için, etkinin ortaya çıktığı dolayısıyla da korunan hakkın doğrudan ihlal edildiği yer taşınmazın bulunduğu yerdir. Aynı şekilde üçüncü kişilerden sağlanacak kredi için taşınmazın gereğinden fazla ipoteğe teminat

<sup>43</sup> Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku 19. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul 2016. s. 991.

oluşturması bakımından da eserin meydana getirildiği yer, yine taşınmazın bulunduğu yerdir. Bu noktada yetkili mahkeme bakımından ön görülmüş seçimlik yetkinin farklı davacılar tarafından farklı yerlerde kullanılması durumunda davaların birleştirilmesi aşamasında çıkacak problemlerin önüne geçmek amacıyla taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde inşaat alacağı ile ilgili şahsi davanın açılması gerektiği kararda ifade edilmektedir.

### C. BİRDEN FAZLA KESİN YETKİ KURALININ AYNI ANDA ORTAYA ÇIKMASI

Federal Mahkeme kararında incelenen konu, komandit şirket hakkında iflas tasfiyesi sürecinde sıra cetveli yapıldıktan sonra, inşaat ipoteğine dair talebin neredeki mahkemede ileri sürüleceğidir. Talebin mahkemeye başvuru olarak görünmesine kadar ki süreçte meydana gelen maddi hukuk ve şekli hukuk vakıalarındaki değişiklikler, hakkın elde edilmesi sürecinde farklılıklar oluşturabilir. Çünkü dava şartları, davanın açıldığı ana göre belirlenecektir.

Federal Mahkeme kararında dikkat çeken değerlendirme şöyledir: *İpotek alacaklısının, ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu kendinden önceki sıradaki alacaklıların tatmin edilmiş olmasına rağmen kendisinin hiç veya yeteri kadar tatmin edilmemiş olması durumunda ileri sürdüğü talebin muhatabı iflas idaresi olmayacağı için talebin sıra cetveline karşı olduğu kabul edilemeyecektir.* Halbuki kararda tartışılan ZGB Art. 837'ye içerik olarak da karşılık gelen Türk Medeni Kanunu madde 895'e göre taşınmaz malikinin borcunu kabul etmesi veya mahkemece bu yönde karar alınması üzerine tescili yapılan ve böylece doğan aynı hak niteliğindeki inşaat ipoteği sahiplerinin diğer üst derecedeki ipotek alacaklılarının sırasına muhalefet etmesi, sıra cetveline itiraz davası niteliğindedir. İcra ve iflas hukuku bakımından inşaat ipoteğinin de ipotek kapsamında değerlendirilmesine kaynak ise mehz SchKG m. 37 ve hukukumuzdaki karşılığı İİK m. 23'te yer alan "İpotek" tabiri; ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar

üzerindeki hususî imtiyazları ve taşınmaz eklenti üzerine rehin muamelelerini, ... ifade eder cümlesidir. İpotek tabirinin kapsamı bakımından ise İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) taşınmaz rehni başlığının ikinci ayrımı olan ipotek başlıklı m. 824 ile m. 841 ( yine Türk Medeni Kanunu'nun aynı başlıklı m. 891 ile m. 897) arasındaki hükümlerin bu kapsamda değerlendirileceği ve dolayısıyla ZGB m. 839 (TMK m. 895)'da yer alan inşaat ipoteğinin de bu kapsamda bulunduğu belirtilmelidir<sup>44</sup>.

Asliye ticaret mahkemesinin iflasın açılmasına karar vermesi ile borçlunun haczi kabil malvarlığı borçlunun tüm alacaklılarının tatmini amacıyla iflas masasını oluşturacaktır. SchKG m. 199'a<sup>45</sup> göre borçluya ait olup da üzerinde rehin hakkı bulunan malların konumuz bakımından inşaat ipoteği hakkının da, rehin sahibi alacaklının rüçhan hakkı saklı kalmak kaydıyla masaya gireceği belirtilmelidir. İcra ve İflas Kanunu m. 185 ile paralel ve yine m. 185'e atıf yapılan İİK m. 193'de<sup>46</sup> ise, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takiplere iflastan sonra da takip alacaklıları tarafından iflas masasına karşı devam edilir ve satış bedeli 151. maddeye göre rehinli alacaklılara paylaşılır, artan kısım iflas masasına intikal eder ifadeleri yer almaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 96 III 126 30.10.1970 sayılı kararı konunun yetkiye ilişkin problemlerini ele almaktadır. Ancak inşaat ipotek hakkının iflasın açılmasından sonra kullanılması akla iflasın etkileri bakımından da farklı tartışmalar getirmektedir. Zira iflasın açılmasından önce, ipotek borçlusunun rızasıyla değil de bir mahkeme kararıyla ipoteğin tesciline karar verilmesi ile kurulması ihtimali ele alındığında kanun yolu aşamasında dahi derdest olan davanın iflasın açılmasından etkilenmesi de gündeme getirilmelidir.

Yetki bakımından İsviçre ve Türk hukukunda, kanunda mahkemenin açıkça kesin yetkili olduğu belirtilmediği sürece kesin yetkiden bahsedilmez. Yetki

<sup>44</sup> BSK SchKG I- Nordman, Art. 37 N. 1.

<sup>45</sup> Karş. İcra ve İflas Kanunu m. 185.

<sup>46</sup> Karş. SchKG m. 206.

bakımından çıkış noktası olması gereken bu kural İsviçre ZPO Art. 9'da açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca ZPO Art. 29 FORUM REI SITAE eşyanın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması gerektiği ilkesini esas almıştır. Bu gerekçeyle uyuşmazlık konusunun bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin zorunlu değil seçimlik yetki olarak öngörülmesi gerektiği kuralı da gözardı edilmemelidir.

Uyuşmazlık bakımından alacaklıların münferit takip yapmak yerine cebri ihaleye çıkarılan taşınmazda zaten tapuya tescil edilmiş ipotek hakkının karşılama prensibi gereğince (İİK m. 129- SchKG m. 142a atfıyla m. 126 ) teminat altında olduğunu bilerek hareket ettikleri ancak aynı taşınmaz üzerindeki diğer ipotek sahiplerinin haklarını ihlal ettiği iddiaları bulunmaktadır. Alacaklıların rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmaları durumunda SchKG m. 51'de<sup>47</sup> yer alan yetkiye ilişkin hükümler ve devamında da takibe konu taşınmazın paraya çevrilmesi bakımından çıkabilecek uyuşmazlıklarda da taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin kesin yetkili olduğunu belirten hükümler uygulanır<sup>48</sup>. İcra ve İflas Kanunu m. 219'a göre<sup>49</sup> iflas alacaklıları ve aynı hak iddia eden kimseler bu taleplerini bir ay içerisinde bildirmelidirler. Diğer yandan sıra cetveli yapıldıktan sonra İsviçre hukuku bakımından önem arzeden on günlük sürenin<sup>50</sup> usuli hakkın kullanımına

---

<sup>47</sup> Karş. İİK m. 148.

<sup>48</sup> Türk ve İsviçre uygulamalarının kanun yapım teknikleri karşılaştırıldığında yetkiye ilişkin düzenlemelerin SchKG'de toplu halde takip talebinden önce düzenlendiği fakat Türk hukukunda her bir takip türü bakımından ayrı ayrı düzenlendiği yine taşınmazın bulunduğu yerde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip bakımından İsviçre hukukunda taşınmazın bulunduğu yer icra dairesinin yetkisi kesin iken Türk hukukunda İİK m. 148'de yer alan veya bağlacı nedeniyle kesin bir yetkiden bahsedilirken dahi tereddüt yaşandığı oysa kanunun lafzının kesin yetki bakımından bu tür bir tereddüte mahal vermemesi gerektiği belirtilmelidir. Fakat İsviçre hukukunda birden fazla taşınmaz hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla nerede takip yapılacağı hususunda taşınmazlar arasındaki değerlerden hangisinin yüksek olduğunun göz önünde bulundurulacağı belirtilmesi de önemli bir istisna olarak görünmektedir (SchKG Art. 51/2).

<sup>49</sup> Karş. SchKG m. 232.

<sup>50</sup> VZG m. 117: İnşaat ustaları- ve müteahhit alacaklılar rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tatmin edilirken (yani ipotek konusu taşınmazın ihale ile satılması durumunda), taşınmaz bedelinin alt derecedeki (muaccel) ipotek alacaklıların alacaklarını karşılamaması ihtimalinde icra mahkemesi takibin yapıldığı yer mahkemesinde ihale bedelinden (Verwertunganteil) tatmin edilebilmesi için (ZGB mkadde 837

ilişkindir. Sürenin kaçırılması durumunda adeta iflas hukuku bakımından hakkın hüküm doğurma ihtimali sona erdirilmiştir. Hakkın sıra cetveli bağlamında ileri sürülmesi mümkün olmadığından yetkiye ilişkin şekli hukuk bağlamında öngörülmüş kuralların kapsamından talebin kurtulduğu ifade edilmelidir.

İsviçre Medeni Kanunu m. 841 ve Türk hukukundaki karşılığı TMK m. 897 satış bedeli zanaatkarlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanacaktır. Madde gereğince alacakları karşılanmayan yükleniciler ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklılara nisbi bir talepte bulunacaklardır. Burada dikkat edilmesi gereken Medeni Kanun'da "*...artan para ile*" ifadesinden hareketle üst derecedeki ipotek alacaklılarına karşı ileri sürülecek talebin tapuyu etkilemeyecek nitelikte olmasıdır. Gerçekten yapı alacaklısının önceki sırada bulunan rehinli alacaklıya yapıdan kaynaklanan kıymet fazlasının önceki sıradaki rehinli alacaklıya tahsisi durumunda kıymet fazlası nedeniyle bir tazminat talebi sözkonusudur<sup>51</sup>. Burada davacının talebi, ipotek hak sahiplerinin sırası değil binaya kazandırılan değer onlara geçmesi üzerine müteahhitin uğradığı zararın karşılanması şeklinde sözleşmeye bağlı olmayan ve ihale bedelinden karşılanması gerekmeyen kanundan doğan bir ayrıcalıktan kaynaklanır<sup>52</sup>. Maddi hukuk kaynaklı ayrıcalığın sıra cetveline itiraz prosedürü çerçevesinde tartışılmasının istenmemesi durumunda dahi maddi hukuk kaynaklı hak sona ermeyecektir.

Federal Mahkeme'nin dikkat çektiği diğer bir konu ise, tartışılan alacak hakkına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen iptal davasına benzer karakterde bir düzenlemenin sözkonusu olduğudur. İptal davası, icra takibi ile

---

paragraf 1 no. 3) alt sıradaki muaccel ipotek alacaklılarına ön sıradaki (tatmin edilmiş) ipotek sahiplerine karşı dava açması için on günlük süre verir.

<sup>51</sup> Çabri, s. 391.

<sup>52</sup> Handkommentar zum Schweizer- Schumacher, Art. 641-977 2016 N. 1a.

alacaklının tatminini önleyecek borçlunun malvarlığını azaltıcı nitelikteki tasarruf işlemlerinin alacaklıya karşı geçersizliği içerikli şahsi bir taleptir<sup>53</sup>. İptal davasının konusu, iptale tabi tasarrufun konusu olan ve üçüncü kişiye devredilmiş bulunan mal veya hak üzerinde davacının cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisinin verilmesidir. Ancak üçüncü kişi malı elinden çıkarmışsa davanın konusu o malın değeri nispetinde tazminat talebi olacaktır (İİK m. 283)<sup>54</sup>. Kanaatimizce Federal Mahkeme kararına konu olmuş inşaat ipoteği alacaklılarının birbirine karşı açacakları davanın iptal talebi karakterine benzetilmesinden anlaşılması gereken, paraya çevirme ve iflas masasına konu olan tasarruflar kategorisinin tamamen dışında tutulması gerektiğidir. Daha açık bir ifadeyle Türk Medeni Kanunu madde 897/T'de tanınan talep hakkı, yalnızca alacağına kavuşmuş fakat alt derecedeki alacaklılara zarar verme kastı anlaşılan ön sıradaki alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Pek tabii ki bu davanın başarı şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediği maddi hukuka göre yani, TMK m. 897'deki şartların oluşup oluşmadığının tahkikat aşamasında değerlendirilmesi ile anlaşılacaktır.

Federal Mahkeme kararına konu olayda yapılan sıra cetveli yalnızca otelin satışına münhasırdır. Dolayısıyla iflasın tasfiyesine ilişkin değildir. Bu durumda taşınmaz rehninin paraya çevrilmesine dair bir uyumsuzlukta ipoteğe münhasır bir paylaşma sözkonusu olduğundan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilebilir. Ancak talep sonucunun sıra cetveline kabule sebep olacak ihale bedelinden pay alma şeklinde olmadığına ve devamında da yetkili mahkemenin subjektif hak talebinin somutlaştığı talep sonucundan da etkilenmesi gerektiğine dikkat çekilmelidir.

Olayın farklı bir boyutu aksine hüküm olmadığı durumlarda yetkinin kesin olduğunun belirtilmesi doğru olmayacak denilmesine karşın Federal Mahkeme'nin kesin bir yetki ihdas etmiş olmasıdır. Ancak bu noktada da SchKG'nin atıf yapmadığı durumlarda yetkiye ilişkin ZPO'da yer alan genel kuralların uygulanması meselesi

---

<sup>53</sup> Karşı, s. 54L.

<sup>54</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes, İcra Hukuku, 5. Bası, s. 534.

akla gelmektedir. Zira ZPO Art. 46, SchKG'de yetkiye ilişkin bir hüküm bulunmadığında ancak genel yetki kurallarının uygulanabileceğinden bahsetmektedir. Karara konu dava bakımından bir icra takip işleminden dahi bahsedilmediği için aslında SchKG'de yer alan yetki kurallarının gözardı edilmesi gerekmektedir. Kararda İsviçre doktrinine yapılan atıfta yetkiye ilişkin açık bir düzenleme olmamasına rağmen bazı durumlarda uyumsuzluğun özelliğinin yalnızca yetkili organı (icra dairesini) değil mahkemeyi de belirleyeceği ifadeleri üzerine kurulu bir yönelim göze çarpmaktadır<sup>55</sup>.

Kararda üst sıradaki ipotek alacaklılarından talep edilecek tazminatın şahsi bir alacak olduğu ifade edilmektedir (ZGB m. 841/3, karşı. TMK m. 893/3). Fakat taleplerin, borçlunun iflas masasıyla alakasının olmadığı sıra cetvelinde yahut tapuda herhangi bir değişiklik yapmayacağı gerekçesi, iflas hukuku karakterli olmadığına işaret etmektedir. Oysa iflas masasından talep edilecek bir şahsi alacağın dahi sıra cetveline itiraz niteliğinde olacağı ve bu nedenle de iflasın açıldığı Zürih mahkemelerini yetkili hale getireceği gözden kaçırılmamalıdır.

Mahkeme, kararda, açıkça kanunda yer almamasına rağmen SchKG Art. 263 (İİK m. 249)'de yer alan pay miktarının alacaklılara bildirilmesi keyfiyetinin onların şikayet haklarını kullanmasına yönelik olduğunu tespit etmiştir. Ancak buradaki şikayetin konusuna dahi tarafların tartıştıkları maddi hukuk alacaklarının girmeyeceğini ifade etmiştir<sup>56</sup>. Dolayısıyla buradan, yapılan ihalenin yalnızca taraflar arasındaki şahsi alacağın miktarının taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra açıklığa kavuşturulmasına (klarzustellen) zemin hazırladığı ancak hakkın ZGB m. 841/3'den doğduğu çıkarılmaktadır. Ayrıca derdest davanın, kararda sıra cetvelinin kesinleşmesine veya dağıtımına dahi engel olamayacağı da ifade edilmektedir. İflas idaresinin VZG m. 117 gereğince on günlük süre vermesi ve bu süre içerisinde/veya dışında dava açılmasının bu nedenle bir öneminin olmadığı belirtilmektedir. Zira

<sup>55</sup> Guldener, Max; Schweizer Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 1951, s. 64 Ziffer 4.

<sup>56</sup> BGE 96 III 126, N.3.

VZG m. 117’de tarif edilen müteahhitin açacağı dava masaya karşı alacaklı olarak sıraya girme taleplidir.

İsviçre Medeni Kanunu madde 841’deki yetkili mahkeme ifadesi ile VZG Art. 117’de verilen süredeki talep hakkı arasında bağlantı bulunmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle VZG Art. 117’de belirlenen şekle göre hakkın ileri sürülmesi ve başarı sağlanması durumunda, sıra cetveline karşı bir talep hakkının sözkonusu olabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle VZG Art. 117, kararda tartışılan duruma göre daha özel bir sorundur. Davacıların iddia ettikleri gibi bir kısmına somut olay bakımından ilgili maddenin uygulanması görüşü, aslında davalının ikametgahı mahkemesinin yetkili olmasını, diğer yandan da iflasın açıldığı yeri işaret eder.

Olaya dönüldüğünde yapılan satışın ikinci alacaklılar toplantısından önce mi olduğu da farklı bir ihtimaldir. Aslında İcra ve İflas Kanunu madde 224’e ve 229’a göre ikinci alacaklılar toplantısına kadar derdest olan dava var iken böyle bir satışın yapılması da mümkündür. Kaldı ki İİK m. 185’e göre her halde rehin alacaklarının takibi de bir istisna oluşturmaktadır.

İnşaat ipotek sahiplerinden bir tanesi önce rehne müracaat kuralı içerikli bir şikayetle karşılaşmadan takip yapıp taşınmazın cebri ihaleyle satılmasını sağlasa ve tatmin edilemeseydi ZGB Art. 841’de bahsi geçen durum ile VZG Art. 117 bağdaştırılabilecekti.

## VI. USULİ HÜKÜMLER BAKIMINDAN YORUM KAİDELERİ

Somut uyuşmazlıkta İsviçre Federal Mahkemesi’nin Medeni Kanun madde 1’in (ZGB m. 1) Usul Hukukuna uygulaması ve devamında da usuli hükümler için de hukuk yaratması şeklinde bir yol izlediği fark edilmektedir. Kanaatimizce Federal Mahkeme, doğrudan maddeye vurgu yapılmasa da usul ekonomisi ilkesini gözönünde bulundurarak bir hukuk yaratma yoluna gitmeyi kendisi için zorunlu görmüştür. Zira kararda ön sorun olarak görünen arazi değerinin tespitinin her bir davacı için önem arzettiği birkaç yerde ifade edilmiştir. Usul hukuku kaidelerinin



kamu hukukundan oluşu, usul hükümlerinin yorumunda da ağırlığını hissettirir<sup>57</sup>. Gerçekten maddi hukuk, haklar ve mükellefiyetler tesis ettiği halde, bu hakların tespiti ve temini işi ile uğraşmaz iken, usul hukuku hukuki himayenin tarzı, şekli ve tesirlerini konu almıştır<sup>58</sup>. Aslında tartışmaya konu medeni hukuk kaidesi olan Türk Medeni Kanunu madde 1, mahkemenin hukuku uygularken yani hakkı tespit ederken topluluk üzerinde adalet işini üzerine almış yargının mümessilinin<sup>59</sup> uygulayacağı yolu gösterdiğinden maddi hukukla şekli hukuk arasındaki farkın en önemli sonucu olan tarafların tasarrufuna ilişkin bir sonuç oluşturmayacaktır<sup>60</sup>. Şekli hukukun kendi kendine yettiği ve kıyas götürmeyeceği görüşünün karşısında doktrindeki bazı yazarlar kanunun tatbikinin kötürümleşmemesi için nisbeten kıyasın ve boşluğu doldurmanın mümkün olduğunu düşünmektedir<sup>61</sup>. Nitekim 7.6.1935 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da usul hukukunda boşluk doldurma yolunun açık olduğu *Medeni usul kanununun gayesi, özel hukukun tespiti ve nihayet yerine getirilmesi olduğundan tefsirde başlıca nazara alınacak nokta, usul kaidelerinin maddi iddiaların takibini lüzumsuz surette güçleştirmeğe salih bir manayı haiz olmadığı ve usulün de bir ekonomisi bulunduğu ve maddi hukuk vaziyetini tatmin eden bir hükme en sade ve en kısa ve en az masraflı yolda varmağı mahkemeye mümkün kılacak bir şeklin, usul kanununa en ziyade uygun olacağı keyfiyetidir. İşte böylece medeni usul kanunundaki boşluklar da MK m. 1 f. 2 ve 3 dairesinde doldurmak lazım gelir* şeklinde gerekçelendirilmiştir<sup>62</sup>. İsviçre doktrininde de Medeni Kanun'un usul hukukunun maddi karakterli kaynaklarından biri olduğu belirtilmekte ve hakimın hukuku resen uygulaması kapsamında ZGB hükümleri de değerlendirilmektedir<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Üstündağ, s. 41.

<sup>58</sup> Üstündağ, s. 41.

<sup>59</sup> Ansay, s. 5.

<sup>60</sup> Ansay, s. 4.

<sup>61</sup> Ansay, s. 9.

<sup>62</sup> Ansay, s. 10.

<sup>63</sup> ZPO-Glasl, Art. 57 N. 11.

Hem mukayeseli hukukta hem Alman hukukunda, usuli kaidelere ilişkin boşluk veya kıyas konusundaki tartışmaların başında yetki sözleşmesi gelmektedir. Gerçekten yetki sözleşmesinde, boşluğun tarafların iradelerinin uyuşmasına ilişkin maddi hukuk kaideleriyle doldurulması gerekmektedir<sup>64</sup>. Yine maddi hukuk muamelelerine ilişkin olsa da iflas hukukunda da Alman doktrini boşluk doldurmanın mümkün olduğunu belirtmektedir<sup>65</sup>. Fakat Alman hukuku bakımından söylenenlerin aslında bir kanun boşluğu doldurma faaliyeti olduğuna dikkat çekilmelidir.

## VII. KARARIN YORUMU

İsviçre Federal Mahkemesi'nin uyuşmazlık konusu olayda yetkili mahkemeyi belirlerken izlediği yol, mahkemelerin görev ve yetkisinin kanunla belirlenmesi ilkesi karşısında istisna bir yöntem olarak göze çarpmaktadır. Karar metnine bakıldığında Federal Mahkeme'nin öncelikle olayın tahlilini ve somut normların yorumunu yaptıktan sonra İsviçre Medeni Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiyi kullanarak boşluğu doldurma yolunu seçtiği görülmektedir. İsviçre ZGB m. 1 f.2'yi karşılayan TMK m. 1 f. 2 hatırlanacağı üzere şöyledir: Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Somut olayda Federal Mahkeme mevcut hükümlerin yorumlanması sonucunda hukuki soruna cevap veren olaya uygulanabilir bir hüküm bulamamıştır<sup>66</sup>. Kaldı ki HMK'da yetki hükümlerinin uygulanmasını hakimın takdirine bırakan bu yönde bir yetki tanıdığı gösteren bir hüküm yoktur. Ancak yetki kurallarının hukuki uyuşmazlıkları kapsar şekilde gerek İsviçre gerek Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer aldığı belirtilmelidir. Zira HMK m. 6'ya karşılık gelen ZPO m. 9 özel bir hüküm bulunmadığında genel yetkili mahkemenin, yani davalının yerleşim yeri mahkemesi olduğunu belirtmektedir.

<sup>64</sup> BeckOK ZPO/Toussaint ZPO § 38 Rn. 1, beck-online.

<sup>65</sup> Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, Kapitel VII. Besonderheiten der Gesellschaftsinsolvenz § 92. Die GmbH in der Insolvenz Rn. 371, beck-online.

<sup>66</sup> Oğuzman/Barlas, s. 95.

Burada Federal Mahkeme'nin boşluk kavramını daha ayrıntılı ele aldığı, tek başına genel bir yetki normunun somut olayın özellikleri bakımından yeterli olmadığından hareket ederek yola devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu bakış açısı ise kanunda lafzı ile ruhu bağdaşan, eşdeğerdeki başka bir hükümle çatışmayan ve uygulanması dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğurmayan bir hüküm olsa dahi eğer tatminkar sayılmıyorsa buna gerçek olmayan boşluk denilmekte ve yine bir kanun boşluğu addedilmektedir<sup>67</sup>. Somut olayın özelliğine göre hakkın tespitine elverişli olmadığı durumlarda davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin de geçerli olmayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle yetki hususunda bir hukuki boşluk doldurulması yoluna gidildiğinde davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisine dair hükümlerin<sup>68</sup> yeterli gelmediğine veya korunmak istenen yararı tam karşılayamadığına dikkat çekilmelidir.

Taşınmazın paraya çevrilip, elde edilen miktarın ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsis edilmesi halinde davalının yerleşim yerinde bu davanın görülmesi gerektiği yönündeki kararda yer alan görüş yerindedir. Çünkü paraya çevirme sonucu elde edilen miktarın ön sıradaki alacaklıya tahsis edilmesi halinde yapı alacaklısının ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı açabileceği dava tazminatla sınırlı olacak, taşınmazın paraya çevrilmesine rağmen elde edilen miktarın ön sıradaki alacaklıya tahsis edilmediği hallerde kanaatimizce açılacak dava tazminat değil, sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurma niteliğinde olacaktır<sup>69</sup>. İpoteğin paraya çevrilmesinden dolayı elde edilen miktar paylaşılmadığı sürece önceki sıradaki alacaklının yapının taşınmaza kattığı değerden faydalanması söz konusu olmayacaktır. Ancak paraların paylaşılınmaması öncelik hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Bu halde yapı alacaklısı, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurabilecektir.

<sup>67</sup> Oğuzman/Barlas, s. 103

<sup>68</sup> Karş. Pekcanitez-Akkan, C. 1 s. 285.

<sup>69</sup> Çabri, s. 391.

Doktrinde yapı alacaklısının öncelik hakkı talebinin nitelemesi ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı dava haksız fiil niteliğinde alacak davası olduğu, İİK m. 151 ve 142 hükümlerine göre sıra cetveline itiraz niteliğinde olduğu İİK m. 280 ile benzerlik gösteren tasarrufun iptali davası sayılabileceği, TMK m. 897'nin gerekçesinde ise burada bir tazminat yükümlülüğü değil, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir<sup>70</sup>. Hakkın türü vasıflanırken hükme rağmen borçlunun edimi ifa etmeme rizikosu düşünülmeden hareket edilir. Tartışılan bu alacak davasında ön sıradaki ipotek sahibi kanunen sahip olduğu hakkı kullanmıştır. Bu nedenle hukuka aykırı bir fiil ile haksız fiilin ortaya çıktığı düşünülmemelidir. Dolayısıyla olsa olsa kanundan kaynaklanan denkleştirici adalet gereği bir alacak hakkının sözkonusu olması gerekmektedir. Ancak öğretilde çoğunluk görüşü talebin haksız fiilden kaynaklandığı yönündedir. Zira bu davada yapı alacaklısı, öncelik hakkından yararlanamamaktan dolayı uğramış olduğu zararın tazminini ister<sup>71</sup>. Bu görüşlerin her biri yetki kaidelerine de şüphesiz yön verecektir. Ancak şöyle bir fark ortaya çıkacaktır: Örneğin yapı alacaklılarının arasındaki uyumsuzluğun haksız fiilden kaynaklandığı belirtildiğinde HMK m. 16'ya göre taşınmazın değerini kendi emeğiyle artıran kişi taşınmazın paraya çevrilmesi ile zarara uğrayacaktır. Bu nedenle de yetkili mahkemenin taşınmazın paraya çevrildiği yer mahkemesi olması gerekir. Gerçi iptal davası bir icra hukuku enstrümanı<sup>72</sup> olsa da karakter olarak hukuki işlemin ayakta tutulduğu fakat hak sahibinin yine de işlemin tarafı olan kişinin malvarlığından tatmin edilmesinin sözkonusu olduğu iptal davasına da öncelik hakkına dayanan davanın benzediği belirtilmektedir. Bu haliyle tasarrufun iptali davasına ilişkin yetki kuralları atfı yalnızca HMK'da davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılacaktır. Ayrıca alacaklının yine de davaya konu taşınmaz üzerinde cebri icra yolu ile tatmini sözkonusu değildir<sup>73</sup>. Ancak kanundan

---

<sup>70</sup> Çabri, s. 402.

<sup>71</sup> Çabri, s. 409.

<sup>72</sup> BSK-Staehelin, SchKG Art. 285 N. 8.

<sup>73</sup> Tasarrufun iptaline ilişkin karış. 13. HD 2.6.1980 (Üstündağ, İflas Hukuku, s. 242).

doğan bir denkleştirmenin sözkonusu olduğu durumda yetkiye ilişkin kıyas sözkonusu olacaktır.

## SONUÇ

Federal Mahkeme kararında, ZGB m. 841'e atıfla davanın sadece aynı mülk üzerinde bir ipotek sahibi olmaları nedeniyle ortak yetkili mahkemenin belirlendiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla tarafların aynı iflas işlemlerine katılmaları tek başına vakıayı ve dolayısıyla da yetkili mahkemeyi etkilememiştir. Kanaatimizce iflasın açıldığı yer mahkemesinin yetkisi ile kıyaslandığında, ipotekli taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi de üstün tutulmayı hak ediyor. Çünkü bu yerdeki hakimin halihazırda aynı hakları gözetebilmesi ve uyumsuzluğun çözümü bakımından arazinin değerini belirleyebilmesi mümkün olacaktır. Davalının ikametgah yeri mahkemesi birden fazla davacının subjektif hakkının tespiti bakımından somut olay bakımından elverişli olmayacaktır. Bu durumda iflasın açıldığı yer mahkemesi ve taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi arasında bir seçim yapılması gerektiğinde alacaklı müteahhitlerin hakları da gözetilerek taşınmazın bulunduğu yere yakınlığına tercih bakımından önem atfedilmelidir. Dolayısıyla VZG m. 132'de uygun düştüğü ölçüde *mutatis mutandis*<sup>74</sup> VZG m. 117'deki yetkili yer mahkemesinin belirleneceğinden anlaşılması gereken, ayrıcalık hakkı bakımından taşınmazın paraya çevrildiği dolayısıyla taşınmazın bulunduğu yer olmalıdır.

Federal Mahkeme belirtilen gerekçelerle Lozan mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkeme bu kararıyla maddi hakikatin tespiti ve inşası uğruna devlete ilişkin kanunkoyuculuk yanında, hukuk kaynağı olarak, hakim ve mahkemelere de Usul Hukuku bakımından geniş bir yetki alanı tanınabilmesi gerektiği izlenimi vermiştir<sup>75</sup>. Subjektif maddi hakların korunması tek başına

<sup>74</sup> Somut olaya göre değişiklik gösterebilir= Nach Änderung des zu Verändernden: mit den nötigen Änderungen (Bruß, Jochen; Lateinische Rechtsbegriffe, 1. Auflage, Rudolf Haufe Verlag Freiburg 1997, s. 104)

<sup>75</sup> Üstündağ, s. 7.

yetmeyip, sulhün ve kesinliğin yanında etkin bir yargılamanın da kamu menfaatine hizmet edeceği düşünceleri<sup>76</sup> ile mahkemenin usuli kaidelere ilişkin de hukuk yaratabilmeleri sözkonusu olabilecektir. Federal Mahkeme'nin verdiği bu kararın üzerinden uzun bir süre geçmesine ve hatta 2008 yılında yeni bir usul kanunu yapılmış olmasına rağmen taşınmaza ilişkin şahsi haklar bakımından yetkiye ilişkin özel bir düzenleme yapılmaksızın karardaki uygulama halen devam etmektedir. Yargılamanın konusu olan hakkın tespiti bakımından yorum veya kıyas –şartları varsa- mümkün olsa da, kanaatimizce usul hukuku normları açık hüküm bulunmadıkça daraltılmaya veya genişletilmeye mahal bırakmayacak kesinlikte anlaşılmalıdır. Federal Mahkeme'nin tercih ettiği aksi bir anlayış en azından Kıta Avrupası usul hukuku sisteminde telafi edilemeyecek hak kayıplarına sebep olabilecektir. Bu gerekçelerle Federal Mahkeme'nin yetki konusunda kıyas yolunu seçmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Türk hukuku bakımından da içtihadı birleştirme kararları dışında usulün genişletilmesinin mümkün olmadığı yukarıdaki gerekçelerle bir kez daha ifade edilmelidir.

---

<sup>76</sup> Üstündağ, s. 8.

## KAYNAKÇA

**Akipek, Jale;** Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Sevinç Matbaası, Ankara 1974.

**Aktepe, Sezin;** “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikler” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi S. 12 2007/2, s. 177-193.

**Alexandra; Müller-Chen, Markus; Roberto, Vito; Schnyder, Anton K.; Trüeb, Hans Rudolf ;** CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 3. Auflage, Schultess Verlag 2016.

**Amstutz, Marc; Breitschmid, Peter; Furrer, Andreas; Girsberger, Daniel; Huguenin, Claire; Jungo,**

**Annen, Philipp; Häberlin, Walter ; Kren Kostkiewicz , Jolanta; Kuhn, Gerhard; Schober, Roger; Zopfi, Markus** Kurz-Kommentar VZG, Schultess, Wadenswill 2011.

**Ansay, Sabri Şakir;** Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1954.

**Ayan, Mehmet;** Eşya Hukuku III, 6. Baskı, Konya 2014.

**Aybay, Rona; Hatemi, Hüseyin;** Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

**BeckOK ZPO/Toussaint ZPO § 38 Rn. 1,** beck-online.

**Berkin, Necmedddin;** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981.

**Breitschmid, Peter; Jungo, Alexandra;** Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 3. Auflage, Schulthess AG Zürich 2015 (swisslex E.T. 15.04.2019).

**Bruner, Alexander; Gasser, Dominik; Schwander, Ivo;** Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar 2. Auflage, Dike Verlag 2016.

**Bruß, Jochen;** Lateinische Rechtsbegriffe, 1. Auflage, Rudolf Haufe Verlag Freiburg 1997.

**Çabri, Sezer;** “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş Armağanı*, C. 19 Özel Sayı 2017, s. 377-413.

**Duman, İlker Hasan;** İnşaatçı İpoteği, *Terazi Hukuk Dergisi* C. 9 S. 100, 2014: s. 189-200.

**Ertaş, Şeref;** Eşya Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

**Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch,** Kapitel VII. Besonderheiten der Gesellschaftsinsolvenz, beck-online.

Handkommentar zum Schweizer- Schumacher, Art. 641-977 2016.

HE140187 03.07.2014 Zürich Handelsgericht (Swisslex veri tabanı E.T. 11.09.2018).

**Kaçaran, Hümeysra;** “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı” MÜHF-HAD Cevdet Yavuz’a Armağan C. II, S. 22 C. 3 2016, s. 1363-1398.

**Karlı, Abdurrahim;** Medeni Usul Hukuku, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2015.

**Kindler/Nachmann,** InsO, 2. Teil: Länderberichte Liechtenstein, beck-online.

**Kuru, Baki;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık Ankara 2017.

**Lüke, Wolfgang.** 2006. Zivilprozessrecht 9. Auflage. Verlag C. H. Beck. München.

**Meriç, Nedim;** Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları, Yekin Yayıncılık, Ankara 2015.

MüKoBGB/Busche BGB § 650e Rn. 37-40, beck-online.

**Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Oğuzman;** Medeni Hukuk, 19. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013.



**Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku 19.** Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul 2016.

**Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral; Özekes, Muhammet; İcra İflas Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2018.**

**Pekcanitez, Hakan; Medeni Usul Hukuku C. I. 15. Bası Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.**

**Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.**

**Postacıoğlu, İlhan; Altay, Sümer; Medeni Usul Hukuku Dersleri. Vedat Kitapçılık İstanbul 2015.**

**Reisoğlu, Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.**

**Sarı, Suat; “Taşınmaz Rehninden Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 963-1011.**

**Schumacher, Reiner; Das Bauhandwerkerpfandrecht Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Schultess 2008.**

**Seiler, Benedikt; Die Berufung nach ZPO, Schulthess, Basel 2013.**

**SK-Schulthess Kommentar, Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach, Stefan Bossart, SchKG, 4. Auflage.**

**Stahelin, Adrian; Bauer, Thomas; Stahelin Daniel; Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel 2017.**

**Sutter-Somm Thomas, Hasenböhler Franz, Leuenberger Christoph; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) 3. Auflage Basel 2016.**

**Tanrıver, Süha; Medeni Usul Hukuku C. I, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.**

**Thurnherr, Christoph;** Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs / II. Konkurs des Grundeigentümers / 4. - 8. Zürich 2017.

**Üstündağ, Saim;** Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.

**Üstündağ, Saim;** İflas Hukuku, 6. Bası İstanbul 2002.