

PAPER DETAILS

TITLE: GAYRIMENKUL REHNİNDE BÖS DERECEYE İLERLEME HAKKI

AUTHORS: Özer SELİÇİ

PAGES: 427-458

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96619>

GAYRİMENKUL REHNİNDE BOŞ DERECEYE İLERLEME HAKKI

Doç. Dr. Özer SELİÇİ

I — *Giriş* : Gayrimenkul rehni hukukunda, önce gelen gayrimenkul rehninin sona ermesi halinde, sonra gelen rehnin kendiliğinden onun yerine ilerlemesi kuralı kaynağını Roma Hukukunda bulmaktadır.

Roma Hukukunda ipoteğin amacı şahsi krediyi teminat altına almaktan ibaret kalmıştır. Bu amaca uygun olarak, ipotek teminat altına aldığı alacağa mutlak olarak bağlı kabul edilmiş, alacağın sona ermesile ipoteye şekli açıdan olsa da, devam imkânı tanınmamıştır. Yine aynı amaçla ipoteğin gayrimenkul değerinin tamamını kapsadığı kabul edilmiştir; ipoteğin gayrimenkul değerinin bir kısmı üzerinde kurulmasına imkân verilmemiştir.

Tek ve aynı gayrimenkul üzerinde müteaddid ipotek kurabilme imkânından klasik metinler bahsetmektedir (1). Roma Hukukunda, ipoteğin aleniliğini sağlayacak bir sicil olmadığından, müteaddid ipotekli alacaklıları arasında sıra, ipoteği kuran sözleşmenin tarihine göre tespit ediliyordu. Öndeki bir tarihte kurulan ipotek, sonraki tarihliden önce geliyordu (*Prior tempore, potior jure*). Sonradan yapılacak hukuki işlemlerle, önceki ipotekli alacaklının hakları ihlâl edilemezdi. İpoteği paraya çevirme hakkı, (*Ius distrahendi*) aslında tarih itibarıyla en önce lehine ipotek kurulan alacaklının idi. Önce bu alacaklı alacağını tahsil ediyor, daha sonraki tarihte tesis

(1) Monier, R. Manuel de Droit romain, Les Obligations, 5. Bası, Paris 1954, sah. 327.

olunan gayrimenkul rehni sahipleri geriye kalan meblağdan alacaklarını alabiliyorlardı.

Daha önce kurulan ipotek herhangi bir sebeple sona erince, ipoteklerden her biri gayrimenkul değerinin tamamına yönelmiş olduğundan, sonraki tarihli ipotek otomatikman sona eren ipoteğin yerine ilerliyordu.

Böylece Roma hukuku ipoteğin gayrimenkul değerinin tamamını üzerinde kurulabileceği esasını kabul ederek, bir ipoteğin sona ermesi halinde sonraki tarihli ipoteklerin hepsinin bir öne ilerleyeceği kuralını benimsemiştir; bu sistemde gayrimenkul malikinin henüz mevcut olmayan bir ipotek için bir sırayı saklı tutarak, daha alt sırada ipotek kurma imkânı ortadan kaldırılmıştır (2).

Roma Hukukunun kabul ettiği ipoteğin ancak gayrimenkulün değerinin tamamına yönelebileceği prensibi karşısında eski Cermen Hukukunun sistemi yer almaktadır. Cermen Hukukunda, gayrimenkulün farazi olarak değer parçalarına bölünebileceği ve gayrimenkul rehninin, gayrimenkul değerinin bir parçası ile sınırlandırılarak kurulabileceği kabul edilmişti. Böylece bir gayrimenkul üzerinde kurulacak rehnin, mutlaka gayrimenkulün değerinin tamamını kapsamaması gerekli değildir. Alacak, gayrimenkulün tamamının bir değer parçası ile teminat altına alınabilirdi. Gayrimenkul rehni alacağın varlığından bağımsız olarak kurulabilir ve devam edebilirdi; rehni bir aynı yüküm olarak devretme imkânı vardı. Böylece gayrimenkul farazi değer parçalarına bölünüp, her bir değer parçası kendisini temsil edecek bir senede bağlanarak bu değerleri tedavül ettirmek imkânı vardır. Roma Hukukundaki sırf alacağın teminat altına alınması fonksiyonuna ek olarak Cermen hukuku tedavül fonksiyonu da sağlamaktadır.

Cermen Hukukundaki bu esaslar sabit dereceler sistemine götürmektedir; gayrimenkulün bölündüğü değer parçaları derece olarak adlandırılırsa, her derecede, derecenin değerine kadar gayrimenkul rehni kurulabilir. Dereceler birbirinden tamamen bağımsızdır. Bu dereceler 1, 2, 3... diye numaralandırılarak sıralanırsa, gayrimenkul rehninin hangi derecede kurulacağı gayrimenkul maliki ile alacaklının anlaşmaları ile belirebilecektir. Önceki derecedeki gayrimenkul rehni sona ererse, sonraki derecelerdeki gayri-

(2) Bosshard, Das Nachrückungsrecht der Grundpfandgläubiger, Aarau 1948 sah. 10; Gonvers, Le droit de profiter des cases libres, Lausanne 1934 sah. 12.

menkul rehinlerinin ilerlemesi mümkün değildir; bu halde boş bir derece ortaya çıkar. Bu boş dereceye gayrimenkul maliki sona eren gayrimenkul rehni miktarınca yeni bir rehin kurabilir. Gayrimenkul maliki, bir alacaklı lehine, önce gelen derecede bir gayrimenkul rehni kurmaya mecbur olmaksızın, daha sonra gelen derecede, gayrimenkul rehni kurabilir; bu halde önce gelen, üzerinde henüz gayrimenkul rehni kurulmamış derece saklı tutulmuş derecedir.

Bu sistemlerden Roma Hukukunun otomatik ilerleme sistemi rehinli alacaklının yararınadır. Zira önce gelen gayrimenkul rehni sona erince, sonraki rehinli alacaklar ilerleyecek, böylece teminat daha da sağlamlaşacaktır.

Cermen Hukukunun sabit dereceler sistemi ise gayrimenkul malikinin yararınadır. Önce gelen derecedeki rehinli alacağı ödeyen malik, mevcut diğer rehinli alacaklıların muvafakatı gerekli olmadan, boşalan derecede tasarruf edebilecektir. Böylece aynı şartlarla kredi bulma imkânı kolaylaşmaktadır.

İki sistemden birinin tercihi malikin yararının mı, yoksa sonraki rehinli alacaklının yararının mı üstün tutulacağı sorununun çözümüne bağlıdır (3). Gayrimenkul rehni hukukunda modern akımlar gayrimenkul değerinin tedavülü yoluyla malikin kredisinin artırılması eğiliminde görünmektedir (4). Otomatik ilerleme sistemi buna imkân vermemektedir. Yararlar dengesi gözönüne alındığında da yukarıdaki fikrin ağır bastığı kabul edilmektedir. Zira borcu ödeyip fedakârlıkta bulunan maliktir. Ödemeye hiç bir katkısı bulunmayan sonra gelen rehinli alacaklıların otomatik olarak ilerleyerek haksız bir menfaat sağlamaları adil değildir (5).

(3) Fransız Hukukunda ilerleme sistemi kabul edilmiştir. İpotek bölünemez ve gayrimenkulün tamamını kapsar. Fr. MK. m. 2114. İpotekli alacaklıların sırası tescil tarihine göre tespit edilir. Fr. MK. m. 2134. Alman Medeni Kanunu (BGB) sonuç itibarıyla sabit dereceler sistemine yaklaşan bir sistem kabul etmiştir. Alman Medeni Kanunu malik lehine gayrimenkul rehnini kabul etmiştir. (Alm. MK. m. 1163). Teminat altına alınan alacak sona erince, malik lehine bir gayrimenkul rehni doğmakta, sıra itibarıyla sonra gelen rehinli alacaklılar, sona eren gayrimenkul rehninin yerine ilerleyememektedir. Bak Lent-Schwab, Sachenrecht, 13. Bası, München 1972 sah. 245. Malik gayrimenkulünü bir sınırlı ayni hakla yükümlerken, daha ön sırada bir gayrimenkul rehni kurma hakkını saklı tutabilir. Alm. MK § 881.

(4) Gonvers, age sah. 15.

(5) Heck, Grundriss des Sachenrechts, Tübingen 1930, sah. 93.

Kaldı ki malik, üzerinde daha önce gayrimenkul rehni kurulmuş bir gayrimenkulünü teminat göstererek, kredi elde etmeye çalıştığında, kredi verecek olanın şartları da o nispette ağır olacaktır. Böylece önce gelen derecedeki rehinli alacak ödenince, sonra gelen rehinli alacağın, kredi verilirken kararlaştırılan şartlarda hiç bir değişiklik olmadan, ilerleyerek teminatını daha da sağlamlaştırması, gayrimenkul maliki aleyhine yararlar dengesini bozmaktadır (6).

İsviçre - Türk gayrimenkul rehni hukukunda, kanun koyucu daha ziyade, gayrimenkulün değerinin tedavül ettirilmesi fikrinden hareketle kural olarak, sabit dereceler sistemini kabul etmiştir (7). MK m. 785 e göre gayrimenkul rehni, tescil esnasında yazılan derece ile sınırlı olarak teminat teşkil eder. Malik lehine önce gelen derece saklı tutulabilir ve bir alacak için saklı tutulan derecenin ardından ikinci veya istenilen bir derecede gayrimenkul rehni kurulabilir. Dereceler birbirinden tamamen bağımsızdır. Önceki dereceyle ilgili değişiklikler sonra gelen rehinli alacaklıları ilgilendirmez. Bir derecedeki rehin sona erdi mi sonra gelen rehinli alacaklılar, onun yerine ilerlemezler. (MK m. 786/f. 1) Boşalan derecede, silinen teminat miktarınca, gayrimenkul maliki serbestçe tasarruf ederek yeni bir rehin kurabilir. Ancak sabit dereceler sistemi, kanun koyucu tarafından bütün sonuçları ile kabul edilmemiş, bazı hallerde istisnaen, otomatik ilerleme sistemi kanunda yansımaları bulmuştur.

(6) Schneeberger, *Le droit de profiter des cases libres*, Genève 1954; *Semaine judiciaire*'den ayrı bası, sah. 2; Gonvers, *age* sah. 15; Wieland, *Les droits réels dans le code civil suisse*, Bovay terc., Paris 1913, sah. 773.

(7) 1898 tarihli kısmi tasarıda (m. 934) sabit dereceler sistemi bütün gayrimenkul rehni çeşitleri için kabul edilmiş değildi. İpotekte, rehlin teminat fonksiyonu üstün tutularak, ilerleme sistemi öngörülmüş, buna karşılık ipotekli borç senedi ve irad senedinde, rehlin gayrimenkul değerini tedavül ettirme fonksiyonunu ön plana alınarak sabit dereceler sistemi teklif edilmişti. Sonradan, aynı tek bir gayrimenkul üzerinde ipotek, ipotekli borç senedi ve irad senedinin karşılaşması halinde doğabilecek aşırı güçlükler tespit edildi; özellikle ipotekli borç senedi veya irad senedinin, ipotekle karşılaşınca, daha geriye itilmiş olduğundan, 1900 tarihli ön projede her üç çeşit gayrimenkul rehni için de sabit dereceler sistemi kabul edildi. (m. 814). Bak. Vieli, *Das Rechtsverhältnis bei der Grundpfandverschreibung*, Bern 1916, sah. 14; Bosshard, *age* sah. 4.

II — Boş dereceye ilerleme hakkının tanındığı haller :

Medeni Kanunumuzda sabit dereceler sisteminin istisnası olarak ilerleme hakkının öngörüldüğü üç durum vardır. Bunlardan ikisinde kanun gereği olarak önce gelen bir derece boşalınca sonra gelen derecedeki gayrimenkul rehni kendiliğinden boşalan dereceye ilerler. Üçüncü istisnada ise ilerleme hakkı ancak gayrimenkul maliki ile sonraki derecedeki rehinli alacaklının anlaşmalarından doğmaktadır.

1 — *Kanundan doğan ilerleme hakkı:* Sabit dereceler sistemine ilk istisna MK m. 787 de düzenlenmiştir. Rehnin paraya çevrilmesinde, rehinli alacaklar ödenirken kullanılmamış (boş veya saklı tutulmuş) derece — tamamı veya eğer o derecede kurulmuş rehin hakkı derecenin teminat miktarını doldurmuyorsa kullanılmamış kısım — veya kullanılmamış bir ipotekli borç senedi veya irad senedi nazara alınmayarak, rehinli alacaklıların sırası bu derece yokmuş gibi belirlenir. Halbuki sabit dereceler sisteminin bütün sonuçlarıyla uygulanması halinde rehnin paraya çevrilmesinde önce gelen boş dereceler varsa, bunlara düşen meblâğın malike verilmesi gerekecekti; iflâs yolu ile takipte boş dereceye düşecek meblâğ iflâs masasına dahil olacak ve böylece teminat altına alınmamış alacaklara tahsis edilebilecekti. Örnek olarak gayrimenkul malikinin 50.000 lira teminat miktarı için birinci dereceyi saklı tuttuğunu, ikinci derecede 30.000 liralık, üçüncü derecede 25.000 liralık bir gayrimenkul rehni kurduğunu farzedelim. Paraya çevirme halinde 80.000 lira elde edildiğini kabul edersek, sabit dereceler sisteminin bütün sonuçlarıyla uygulanması halinde üçüncü rehinli alacaklıya alacağı ödenmeyecekti. Zira 50.000 lira saklı tutulmuş dereceye — yani malike —, 30.000 lira ikinci dereceye tahsis edilecekti. Gayrimenkul maliki 50.000 lira üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğinden, bu meblâğı teminatsız alacaklısı için kullanabilecekti. Medeni Kanunumuz ise bu durumda gayrimenkul rehninde teminat fonksiyonuna daha fazla önem vererek rehinli alacaklının menfaatinin korunmasını daha üstün tutmuş ve boş derecenin paraya çevirme halinde yok sayılmasını kabul etmiştir. Yukarıdaki örnekte kanuna göre ikinci ve üçüncü derecedeki gayrimenkul rehinleri otomatikman birer derece ilerleyecekler ve rehin gediğini dolduracaklardır. İkinci derecedeki rehinli alacaklı birinci derecede kabul edi-

lerek 30.000 lirasını alacak, üçüncü derecedeki rehinli alacaklı ikinci dereceye ilerleyerek 25.000 lirasını elde edecektir (8).

Sabit dereceler sistemine kanundan doğan ikinci istisna tarıma elverişli toprak islahını kolaylaştırmak amacı ile tanınan tescile tabi kanuni ipotekte görülmektedir. Kanun koyucu arazi islahını teşvik etmek için malikin kredi sağlamasını kolaylaştırmak istemiştir. Tarıma elverişli toprağı, devletten yardım görmeksizin, islah eden malike, krediyi sağladığı alacaklı lehine olarak, masraflarının üçte ikisi oranına kadar ipotek kurma imkânı verilmiştir (MK m. 792) İpoteğin kurulması tescile tâbidir; ancak kurulan ipoteğe kanunen bir öncelik tanınmıştır. Bu ipotek, arazi üzerinde o ana kadar kurulmuş olan gayrimenkul rehinlerinden önce gelir. Böylece islah ile gayrimenkulün artan değeri, krediyi vereni teminat altına almak için kullanılmaktadır. Ancak böyle bir ipoteğin tescili ile bir sabit derece doğmaz (9). Nitekim Tapu Sicili Nizamnamesi 48. maddede derece gösterilmesi yerine sicile (T. I) harflerinin kaydedileceğini bildirmektedir.

MK m. 793 e göre bu yolla tescil edilmiş ipotekli borç, en az alacağın % 5 i miktarındaki taksitlerle amorti edilir; böylece borç en geç 20 yılda ödenmiş olacaktır. İpoteğin teminatı, gerek tüm alacak gerekse her taksit için muacceliyet tarihlerinden itibaren üç yıl sonra sona erer. Bu durumda yirmi üç yıl sonra ipotek sona ermiş olacak ve bu anda MK m. 793 e göre diğer rehinli alacaklar buraya ilerleyeceklerdir.

2 — Sözleşmeden doğan boş dereceye ilerleme hakkı :

Medeni Kanunun kabul ettiği üçüncü istisna sözleşmeden doğan ilerleme hakkıdır. Kanun koyucu, malikin alt derecede bir re-

(8) Bu düzenleme adildir. Eğer boş dereceye düşen teminat miktarı gayrimenkul malikine verilmiş olsa idi, teminatsız alacaklılar bundan haksız bir menfaat sağlayabileceklerdi. Zira teminat istemeden kredi verirlerken, büyük ihtimalle ağır kredi şartları kararlaştırmışlardır. Teminat karşılığı olduğu için daha hafif şartlarla kredi vermiş olabilecek alt derecedeki rehinli alacaklıların teminatsız alacaklılardan daha kötü bir duruma düşmeleri adil olmayacaktır. Leemann, Komm. Art. 815 N. 2; Bosshard age sah. 17; Vieli age sah. 72; Wieland, age sah. 785. 1898 tarihli kısmi tasarıda ise ipotekli borç senedi ve irad senesinde paraya çevirme halinde boş üst dereceye düşen meblağ gayrimenkul malikine tahsis ediliyordu (m. 970).

(9) Leemann Art. 820 N. 13; Homberger-Marti, Grundpfandrecht II SJK N. 609, sah. 11.

hin karşılığında daha kolaylıkla kredi bulabilmesini sağlamak (10) düşüncesile, malik ile rehinli alacaklıya, anlaşarak rehinli alacağı ilerde boşalacak üst dereceye ilerletme imkânı tanımıştır (11).

A — Boş dereceye ilerleme hakkının hukukî niteliği ve kuruluşu :

Boş dereceye ilerleme hakkı doğuran sözleşmelerden MK m. 786/f. 2 bahsetmektedir: «Sonradan gelen alacaklılara serbest derecelerden istifade etmek hakkını veren mukavelelerin muteber olması, tapu siciline o yolda şerh verilmelerine bağlıdır.»

Madde metni açıkça boş dereceye ilerleme hakkı veren sözleşmelerin kurulabileceğinden, geçerli olmaları için de tapu siciline şerh verilmeleri gerektiğinden bahsetmektedir.

Sözleşme gayrimenkul maliki ile alt derecedeki bir rehinli alacaklı arasında kurulabilir. Henüz gayrimenkul üzerinde rehin hakkı sahibi olmayan bir alacaklı ile, malik önceden bir boş dereceye ilerleme sözleşmesi yapamaz (12).

Boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile gayrimenkul maliki bir üst derece boşaldımı, boşalan derecede tasarrufla bir yeni rehin kur-

(10) Bosshard, age sah. 19; Gonvers, age sah. 91; Leemann Art. 313/814 N. 41.

(11) Anlaşma ile boş dereceye ilerleme imkânı İsviçre Medeni Kanunu hazırlanırken ilk defa 1899 ön projesine eklenmiştir. (m. 805/f. 3). Uzmanlar komisyonunda bu istisna eleştirilmiş, sabit dereceler sistemini pratik olarak ortadan kaldırabileceği ileri sürülerek yasaklanması için bir önerge dahi verilmiştir; ancak az bir farkla komisyondan geçmiştir. İstisnanın o sırada ilerleme sisteminin uygulandığı romanist batı İsviçre Kantonlarına bir taviz olarak kabul edildiği görüşü yaygındır. Gonvers, age sah. 21; Rossel-Mentha, Manuel de droit civil suisse, 2. Bası, Lausanne, Art. 814 N. 15; Guhl, Über das System der festen Pfandstelle, SJZ 11, sah. 35.

(12) Alman Hukukunda gayrimenkul malikinin ipoteği terkin borcunu yüklenmesi ve bunun şerhi mümkündür. Bu sözleşme yalnız sonraki rehinli alacaklı ile gayrimenkul maliki arasında değil, gayrimenkul üzerinde hak sahibi olmayan herhangi bir kişi ile malik arasında da yapılabilir. Alman MK § 1179.

mamayı ve boşalan dereceye alt sıradaki ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının ilerlemesini sağlamayı borçlanır (13).

Genellikle malik sözleşmede tescile muvafakat beyanında da bulunacağından, boşalan derecede peşinen bir tasarruf söz konusu olabilecektir (14). Ancak malikin tescile muvafakat beyanını taşımayan bir boş dereceye ilerleme sözleşmesi yalnız rehinli alacaklıyı boşalan dereceye ilerletmek hususunda bir borç doğurur; boşalan dereceye alt derecedeki gayrimenkul rehninin ilerlemesi için malikin yazılı tescile muvafakat beyanı şarttır.

Sözleşmeden rehinli alacaklı için doğan boş dereceye ilerlemeyi talep hakkı bir yardımcı hak niteliğindedir (15). Görevi alt derecedeki gayrimenkul rehninin boşalan üst dereceye ilerlemesini sağlamaktır. Yardımcı hak niteliği dolayısıyla varlığı ve devam edebilmesi bağlandığı gayrimenkul rehnine tabidir. Diğer taraftan boş dereceye ilerleme hakkı rehinli alacağa bağlı bir hak olarak gözükmemektedir; ilerleme hakkı rehinli alacağı izler ve rehinli alacağın temlikinde fer'i hak olarak asıl alacakla birlikte alacak temlik edilen kişiye geçer (16). Ancak tek bir belirli rehinli alacaklı lehine olmak üzere boş dereceye ilerleme hakkı tanınmasına da bir engel yoktur; bu halde rehinli alacak temlik edildiğinde, ilerleme hakkı gayrimenkul rehni ile birlikte yeni alacaklıya geçmez ve sona erer.

Boş dereceye ilerleme hakkının belirli bir gayrimenkul rehnine bağlı olarak kurulabilmesi, ilerleme hakkının bir derece lehine kurulamaması sonucunu doğurur (17). Çünkü derece kavramı sabit, farazi bir değer parçasını gösterir ve derecenin ilerlemesi düşünülemez. Bu yüzden de boş veya saklı tutulmuş bir derece lehine ilerleme hakkı söz konusu olamaz.

Normal olarak ilerleme hakkı alt derecedeki bir rehinli alacaklı lehine tanınır. Görevi alt derecede bulunan bir gayrimenkul reh-

(13) Leemann, Art. 814 N. 42; Bosshard age sah. 22; Schneeberger age sah. 4; Gürsoy Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970 sah. 370; Köprülü/Kanetli, Sınırlı aynî haklar, İstanbul 1972 - 1973, sah. 247.

(14) Leemann, Art. 814 N. 42; Gonvers age sah. 17; Bosshard, age sah. 25; Gürsoy age sah. 371.

(15) Sungurbey, sah. 72; Köprülü/Kanetli, age. sah. 248.

(16) Bosshard, age sah. 29; Schneeberger age sah. 5; Bak. Sungurbey age sah. 72.

(17) Bosshard, age sah. 28; Gonvers age sah. 18.

nini boşalan üst dereceye iletme olduğundan birinci derecede kurulu bir rehinli alacak lehine ilerleme hakkı tanımak anlamsız görülebilir. Zira birinci derecenin belirlediği birinci sıranın üzerine çıkmak imkânı yoktur. Bu düşünce birinci derecede tek bir rehin kurulduğu hallerde tamamen geçerlidir. Ancak derecenin teminat miktarı ile sınırlı olarak, aynı derece içinde birden fazla gayrimenkul rehni kurulabilir. Bunlara yan derece veya kısmi derece demek mümkündür. Örnek olarak birinci derece için 100.000 liralık bir teminat miktarı kabul edilmişse, malik bu derecede A lehine 30.000 liralık, B lehine 30.000 liralık ve C lehine 40.000 liralık üç ayrı gayrimenkul rehni kurabilir. Bu rehinler aynı sıradadırlar. A lehine gayrimenkul rehni sona erdirilip terkin edilirse, malik 30.000 liralık kısım üzerinde yeni bir alacak için gayrimenkul rehni kurabilir, yoksa terkin edilen kısmın kendiliğinden rehinli alacaklılar B ve C'nin teminatlarını kuvvetlendirici bir görevi yoktur. Ancak açıktır ki malikin terkin edilen bu yan derecede yeni bir gayrimenkul rehni kurmaması, aynı sıradaki rehinli alacaklılar B ve C'nin yararınadır. Zira bir derecedeki rehinli alacaklılar sayısı ne kadar az olursa, rehnin paraya çevrilmesinde paylaşacakları miktarda o kadar fazla olacaktır. Yukarıdaki örnekte rehnin paraya çevrilmesinden 70.000 lira elde edilmişse ve aynı derecede üç rehinli alacaklı varsa, alacakları ile orantılı olarak (MK m. 789/f. 2) A 21.000 lira B 21.000 lira, C 28.000 lira alacaklardır. Eğer A lehine gayrimenkul rehni silinmiş ve yerine yenisi kurulmamışsa B 30.000 lirasını, C de 40.000 lirasını elde edebileceklerdir. Boşalan bir yan derecede yeni bir rehin kurulmamasındaki aynı derecedeki diğer rehinli alacaklıların menfaatlerini emniyet altına almak için malik ile boşalan yan derecede yeni bir rehin hakkı kurmamak hususunda bir sözleşme yapıp yapılamayacağı, bu sözleşmeden doğan hakkın serhedilip edilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. MK m. 786/f. 3 boşalan dereceye ilerleme hakkının «sonradan gelen alacaklılara» tanınacağından söz etmektedir. Ancak yararlar dengesinde aynı derecede yan sıradaki rehinli alacaklı ile alt derecedeki rehinli alacaklının menfaatleri aynı yöndedir. Her ikisinin de menfaati alacağının teminatı olan gayrimenkul rehninin kuvvetlendirilmesindedir. Kanun koyucunun alt derecedeki rehinli alacaklının boşalan üst dereceye ilerlemesine imkân verirken, aynı derecede yan sıradaki rehinli alacaklının aynı nitelikteki menfaatini korumaması, bir yan derecedeki rehnin silinmesiyle boşalan kısımda malikin yeni bir rehin kurmama borcunu yüklenmesine engel olmasına bir sebep yok-

tur. MK m. 786/f. 2 nin amaca uygun yorumu da bu yararın korunmasına imkân verir. İlerleme hakkı, belirli bir rehinli alacaklı lehine olarak sabit dereceler sistemini ortadan kaldırmak rehinli alacaklının ilerlemesini sağlamaktadır. Sabit dereceler sistemi yatay olarak aynı derece içindeki yan dereceler bakımından da geçerli olduğuna göre, belirli bir yan sıradaki rehinli alacaklı lehine, aynı derecede sabit derece sisteminin bertaraf edilmesi, MK m. 786 ya göre imkân dahilinde olmalıdır. Ancak aynı derece içinde ilerleme söz konusu olamayacağından, boşalan yan derece boş kalacaktır. Federal Mahkeme yan derecedeki rehinli alacaklıların malikle yaptıkları bu tür sözleşmeleri geçerli saymış, ve şerh edilmelerine imkân vermiştir (18).

Taraflar boş dereceye ilerleme hakkını, rehin sözleşmesine bir kayıt olarak koyabilecekleri gibi gayrimenkul rehni kurulduktan sonra ayrı bir boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile kararlaştırabilirler. İlerleme hakkı gayrimenkul rehin sözleşmesine bir kayıt olarak konulmuşsa, sözleşmenin bir unsuru olup resmi şekle tabidir. Sonradan bağımsız olarak yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmesi, rehin sözleşmesini değiştiren, malikin rehin kurma borcunu ağırlaştıran bir işlem olması dolayısıyla gayrimenkul rehni sözleşmesinin şekline tabidir (19). Gayrimenkul rehni sözleşmesi resmi şekle tabi olup resmiliği tapu memuru verir (20). Resmi şekil şartı bir sıhhat şartıdır. Tapu Sicili Nizamnamesi 77. maddede boş dereceye ilerleme hakkının şerhi için resmi sened aramaktadır.

MK m. 786/f. 2 açıkça boş dereceye ilerleme sözleşmelerinin geçerli olarak tamamlanmasını hakkın tapu kütüğüne şerhine bağlı kılmıştır. Ancak borç doğurucu bir sözleşmeden doğacak talep hakkının geçerliliğini şerhe bağlı tutmak kişisel hakların şerhi sistemimize yabancıdır. Böyle bir istisnayı gerektirecek özel bir sebep de mevcut değildir. Ne gayrimenkul malikinin ne de rehinli alacaklının yararı sözleşmenin geçerliliğini şerhe bağlamak yönündedir. Sistem içindeki bu uyarsızlığın sebebi kaynak İsv. MK m. 314/f. 3 ün Medeni Kanunumuza alınırken yapılan yanlış çevirisidir. Kaynak

(18) JdT 1946 I 324.

(19) Becker, OR, Komm. Art. 12 N. 5; Özer-Schönenberger, OR Komm. Art. 12 N. 9; Leemann Art. 799 N. 59; Art. 813/814 N. 47; Schneeberger age sah. 7; Gürsoy age sah. 371; Aksi fikir Bosshard age sah. 26.

(20) Tappu K. m. 26; Saymen - Elbir, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, sah. 602; Gürsoy, age. sah. 372; Karş. Esmer, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili Ankara 1967, sah. 583.

kanun boş dereceye ilerleme sözleşmesinin şerh ile aynı etki kazanacağından sözetmektedir. Türk Hukukunda da madde metninin lafzına bağlı kalmayarak, şerhin aynı etki kazandırma açısından düzenlendiği, yoksa sözleşmenin geçerliliği için aranmadığını kabul etmek gerekir (21). Aksi halde malikin borç altına girmesi için önce bir tasarrufi işlem (şerh talebi + şerh) yapması gerekecektir; bu durumda öyle bir borçlandırıcı işlem kurulmaktadır ki bu işlemin kendi içinde kurucu bir unsur tasarruf işlemi olmaktadır. Hukuk sistemimize tamamen yabancı olan böyle bir sonucu önlemek için kaynak kanuna göre yoruma giderek MK m. 786/f. 2 yi İsv. MK. m. 814/f. 3 deki gibi sözleşmenin aynı etki kazanmasının şerhe bağlı olduğunu düzenlediğini kabul etmek gerekir.

Boş dereceye ilerleme hakkı gayrimenkul rehninin her üç şeklinde de (ipotek, ipotekli borç senedi, irad senedi) kararlaştırılabilir.

B — Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin karakter ve muhtevası :

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin karakter ve muhtevası hakkında kanunda bir hüküm yoktur.

Genel olarak borçlu gayrimenkul maliki, rehinli alacaklıyı boşalan üst dereceye ilerletmeyi borçlanmaktadır. Bu halde sözleşme tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Ancak boş dereceye ilerleme sözleşmesi zaruri olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme de değildir. Taraflar BK m. 19 çerçevesinde rehinli alacaklıya da borçlar yükleyebilirler. Özellikle rehinli alacaklının, ilerleme halinde malikin rehin sözleşmesinde kabul ettiği bazı borçlarının (faiz nispetinin indirilmesi, amortismanların kaldırılmasını, borç vadesinin uzatılması v.s.) hafifletilmesini kararlaştırabilirler. Boş dereceye ilerleme sözleşmesi bu halde iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir.

Taraflar sözleşmede ilerlemenin hangi hallerde nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Bu hususta tarafların türlü im-

(21) Sungurbey age sah. 47; Köprülü/Kaneti age sah. 248; Karş. İmre, Aynı hak mefhumu üzerinde düşünceler, Prof. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, sah. 345-346; Gürsoy age sah. 372 de hakkın kütüğe yapılacak bir şerh ile tekemmül edeceğini yazmaktadır.

kânları vardır: ilerlemenin ard arda olacağı kabul edilebilir. İlerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı bu halde ancak bir önceki derece boşaldığında boşalan dereceye ilerletilmeyi talep edebilecektir. Ard arda ilerleme bir tek defaya mûnhasır kılınabilir; bir üst dereceye ilerleme icra edilince artık ilerleme hakkı sona erer. Taraflar ard arda ilerlemenin birden fazla olacağını da kararlaştırabilirler; ilerlemeden yararlanan gayrimenkul rehni bir bir atlayarak birinci dereceye kadar ilerler.

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinde ilerlemenin sıçrama suretiyle olacağı da kararlaştırılabilir. Bu halde ilerlemeden yararlanan gayrimenkul rehni, kendisi ile boşalan derece arasında mevcut olup lehlerine ilerleme hakkı tanınmamış olan gayrimenkul rehinleri nazara alınmaksızın boşalan dereceye ilerler.

Taraflar lehine ilerleme hakkı tanınan gayrimenkul rehninin ancak sözleşme ile belirlenmiş bulunan derece boşaldığı takdirde, boşalan dereceye ilerleyeceğini kararlaştırmış da olabilirler.

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinde ilerlemenin ne tarzda olacağı hakkında açık bir hüküm kararlaştırılmamış ise, yukarıda anılan tarzlardan hangisinin kabul edilmiş sayılacağı tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen katıldığımız görüş ilerlemenin sıçrama suretiyle ilerleme tarzında olacağıdır (22). Çünkü belirli bir rehinli alacaklı lehine sabit dereceler sistemi kaldırılıp, ilerleme sistemi kabul edilirken düşünülen, ilerleme sisteminin bütün sonuçlarıyla rehinli alacaklı lehine uygulanmasıdır. Kanun metni de bu tarz bir yoruma uygun düşecek şekilde yazılmıştır. MK m. 786/f. 2 bir kayıd koymadan «serbest dereceden istifadeden» sözletmektedir; yoksa bir önceki dereceye ilerlenebileceğini hüküm altına almış değildir.

C — Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin hükümleri :

a — Taraflar arasındaki hükmü :

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin kurulmasıyla rehinli alacaklı malike karşı boşalan dereceye ilerlemeyi talep hakkını kazanır. Gayrimenkul malikinin borcu üst derece boşaldığı takdirde le-

(22) Bosshard, age sah. 23; Gonvers age sah. 80; Schneeberger age sah. 16; karşı. Homberger Komm. Art. 959 N. 48; Homberger - Marti, Grundpfandrecht II SJK 609 sah. 5; Gürsoy age sah. 371.

hine ilerleme hakkı tanınan gayrimenkul rehnini boşalan dereceye ilerletmek, yani MK m. 922 ye göre yazılı tescile muvafakat beyanında bulunarak söz konusu rehlin boşalan derecede tescilini sağlamaktır. Malik esasında boşalan derecede tasarruf yetkisini kaybetmediği gibi bu yetki sınırlanmış da değildir. Boşalan derecede malik üçüncü bir alacaklı lehine geçerli olarak bir gayrimenkul rehni kurabilir. Bu halde, kural olarak, ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının tescil olunan üçüncü kişiye karşı herhangi bir talep hakkı yoktur; yapabileceği şey malike müracaatla BK m. 96 ya göre sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla — varsa — uğradığı zararları tazmin ettirmekten ibarettir.

Malik gayrimenkulü temlik ettiği takdirde yeni malik eski malikin yaptığı boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile bağlı değildir (23). Ancak miras yolu ile intikalde mirasçılardan mirasbırakanın yaptığı boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile bağlı olacakları kuşkusuzdur.

Malikin üst derece boşalmasına rağmen borcunu yerine getirmeyerek, yazılı tescile muvafakat beyanında bulunmaması halinde, ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının mahkemeye müracaatla alacağı hükmün niteliği tartışma konusu olacaktır. Kanun koyucu, irtifak ve intifa hakkı (MK m. 704, 713, 748; 753) ve gayrimenkul mükellefiyetinde (MK m. 755) gayrimenkul mülkiyeti hükümlerinin uygulanacağına dair açık atıfta bulunduğu halde, gayrimenkul rehninde böyle bir hüküm getirmiş değildir. Bir görüş bu durumda bir kanun boşluğu görmekte, bu boşluğun diğer sınırlı ayni haklardaki düzen gibi gayrimenkul mülkiyeti hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerektiği fikrini savunmaktadır (24). Bu fikre göre malik ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklıyı boşalan üst dereceye geçirme hususunda tescile muvafakat beyanında bulunmazsa, rehinli alacaklı MK m. 642 nin kıyasen uygulanması üzerine mahkemeye müracaatla, boşalan derecede kendi lehine bir gayrimenkul rehni tanınmasını isteyebilir (25). Hüküm yenilik doğuran bir hüküm niteliğindedir; ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı hükümle tescilden önce boşalan derecede rehin hakkını kazanır. Hüküm üzerine yapılacak tescil açık-

(23) Wieland age sah. 782; Leemann Art. 813/814 N. 48; Bosshard age sah. 80.

(24) Meler - Hayoz Komm - Art. 665 N. 6; BGE 78 I 446.

(25) Bosshard age sah. 31; Gonvers age sah. 63.

layıcı niteliktedir. Ancak, bu hususta gayrimenkul rehni hukukunda bir kanun boşluğu bulunduğundan kolaylıkla sözetmek imkânı yoktur. Zira aleniyet prensibinin özel bir önem kazandığı gayrimenkul rehni hukukunda kanun koyucunun tescilsiz iktisap hallerini mümkün mertebe kısıtlamak istediği, bu yüzden de gayrimenkul mülkiyeti hükümlerinin uygulanmasını engellemek istediği daha kolaylıkla savunulabilecek bir görüştür (26). Bu takdirde ise ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının mahkemeye müracaatla, gayrimenkul malikinin tescile muvafakat beyanında bulunmasına hüküm verilmesi isteyebilmesini kabul etmek mümkündür. Nitekim İsviçre Federal Hukuk Usulü Kanununun 78. maddesindeki «Davalı bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilirse, hüküm beyanın yerine geçer...» hükmünü bizde de uygulanması uygun görülmektedir (27). Hâkim, kararında Tapu Sicili Nizamnamesinin 196 ve 29. maddelerine göre Tapu memurunu tescile yetkili kılacaktır. İlerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı mahkeme hükmünü tapu memuruna ibraz ile boşalan dereceye gayrimenkul rehninin tescilini sağlayacaktır; gayrimenkul rehnini kazanması bu halde tescil ile olacaktır.

Davanın açılması ile rehinli alacaklı hâkimden MK m. 920/f. 1 e göre malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilmesini ve bunun tapu kütüğüne şerhini istiyebilir. Bu yolla dava sonuçlanmadan gayrimenkul malikinin boşalan derecede başka türlü tasarruf ederek üçüncü bir alacaklı lehine gayrimenkul rehni kurması önlenemez.

b — Boş dereceye ilerleme hakkının üçüncü kişilere karşı hükmü :

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinden rehinli alacaklı lehine doğan kişisel talep hakkı, kural olarak, ancak diğer sözleşme tarafı gayrimenkul malikine karşı ileri sürülebilir; gayrimenkulün devri halinde yeni malik, boşalan derecede başka bir rehinli alacaklı lehine gayrimenkul rehni kurduğu takdirde, bu rehinli alacaklıya karşı ilerleme hakkı ileri sürülemez. Kanun koyucu ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklıyı bu kuşkulu durumdan kurtarmak hakkını gayrimenkul üzerinde sonradan aynı hak kazanacak kişile-

(26) Leemann, Art. 799 N. 15; Üstündağ, Tapu Kütüğünün tashih davası, İstanbul, 1959, sah. 3.

(27) Oğuzman, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1965, sah. 168.

re de ileri sürebilmesini sağlamak amacı ile boş dereceye ilerleme hakkının tapuya şerhi imkânını kabul etmiştir.

aa — Şerhin şartları ve muhtevası :

Tapu kütüğüne şerhin nasıl yapılacağı TSN m. 76 vd. düzenlenmiştir. TSN m. 76 ya göre tescille ilgili TSN m. 12 vd. şerhler hakkında da uygulanır.

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin şerhi için gayrimenkul malikinin yazılı talebi (MK m. 922; TSN m. 12), geçerli boş dereceye ilerleme sözleşmesi (TSN m. 77) ve geçerli bir şerh anlaşmasının ibrazı gereklidir. Boş dereceye ilerleme sözleşmesi resmi şekilde yapılmış olmalıdır. Şerh anlaşması, boş dereceye ilerleme hakkında bir yan anlaşma niteliğinde (28) olduğundan, boş dereceye ilerleme sözleşmesinin şekline, yani resmi şekle tabi olup (29), resmiliği tapu memuru verecektir (30).

Şerh anlaşması boş dereceye ilerleme sözleşmesinin içinde bir kayıt olarak konulabileceği gibi, sözleşmeden ayrı olarak da yapılabilir. Taraflar gerek boş dereceye ilerleme hakkını gerekse şerh anlaşmasını gayrimenkul rehin sözleşmesinde bir kayıt olarak kararlaştırabilirler.

Hamiline veya maliki adına yazılı ipotekli borç senedi veya irad senedi lehine boş dereceye ilerleme hakkının şerhi için gerek boş dereceye ilerleme sözleşmesi gerekse şerh anlaşması aranmadan, gayrimenkul malikinin yazılı şerh talebi yeterlidir (31). TSN 21 maddesinin hamiline veya maliki adına yazılı ipotekli borç senedi ve irad senedinin tescili için kabul ettiği hüküm bu senedler için kabul edilen boş dereceye ilerleme hakkının şerhi açısından da kıyasen uygulanmalıdır (32). Boş dereceye ilerleme hakkının ve şerhinin bağlı bulunduğu gayrimenkul rehninin kurulmasından daha ağır şartlara tabi olacağı düşünülmemelidir.

(28) Sungurbey age sah. 49.

(29) Homberger art. 959 N. 7-8; Schneeberger age sah. 8.

(30) Sungurbey age sah. 51.

(31) Bosshard age sah. 46; Schneeberger age sah. 8.

(32) Eidg. Grundbuchamt 11.1.1939, Verwaltungsentscheidungen 1939 N. 27, Bosshard age sah. 47'den naklen; Schneeberger age sah. 9, Homberger Art. 959 N. 51. TSN m. 22'deki ipotekli borç senedi, kaynak İsv. TSN m. 20'deki gibi hamiline veya malik adına yazılı ipotekli borç senedi olarak anlaşılmalıdır.

(32) Kaynak İsv. TSN m. 16/1. 2 de bu husus açıkça düzenlenmiştir.

Talebi yazılı olarak gayrimenkul maliki yapacaktır; malikin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir (MK m. 924). Gayrimenkul maliki rehinli alacaklıya şerhi talep hususunda temsil yetkisi vermişse, rehinli alacaklı da şerh talebinde bulunabilir (TSN m. 17), Temsil yetkisinin şerh anlaşmasında yer almasına bir engel yoktur (33).

Tescil taleplerini düzenleyen TSN m. 13 e göre tescil talebi kayıtsız şartsız olmalıdır. Hüküm TSN m. 76 gereğince şerh talebine de uygulanacaktır. Diğer taraftan TSN m. 77/f. 2 yalnız kişisel hakların şerhinde uygulanmak üzere «şerhin daima hakkın ileri sürülebileceği şartları belirtmesi gerektiğinden» bahsediyor. Her iki hükümdeki şartın aynı anlamı ifade ettiğini düşünen bazı yazarlar (34), TSN m. 77/f. 2 nin, TSN m. 13 e istisna teşkil ettiği, kişisel hakların şerhi taleplerinin şarta bağlanabileceğini savunmaktadır. Halbuki TSN m. 13 ün düzenlediği hal ise TSN m. 77/f. 2 de düzenlenen husus birbirinden farklıdır. TSN m. 13, talebin şarta bağlanamayacağını, yani tescilin belirli veya belirsiz bir olayın vukuunda yapılacağını talepte belirtilemeyeceğini ifade eder. Bu kural şerh talebi açısından da cavidir. TSN m. 77/f.2 ise kişisel hakkın özü ile ilgili olup, hakkın ileri sürülebilme şartlarından bahsetmektedir. Şart sözü burada hukuki teknik anlamda kullanılmış olmayıp, hukuki işlemin belli başlı hükümleri veya hakkın icra edilmesi hususunda tarafların kararlaştırmış olduğu kurallar olarak anlaşılmalıdır (35). Boş dereceye ilerleme hakkının şerhinde, şerhte gösterilebilecek hususların başında tarafların ilerlemenin tarzı hakkındaki anlaşmaları gelir. İlerlemenin ard arda mı, sıçrama suretiyle mi, yalnız bir defaya mahsus mu olduğu gibi vs. hususlarının belirtilmesi taraflar arasında sonradan çıkabilecek anlaşmazlıkları şimdiden önleme bakımından önemlidir (36). Ayrıca boş dereceye ilerleme halinde malik lehine rehinli alacaklının karşı edim olarak borçlanabileceği faiz nispetinin indirilmesi, borcun muacceliyet tarihinin uzatılması vs. gibi hususların şerhte gösterilmesinin mümkün olacağı da kabul edilmektedir (37).

(34) Weber, das System der festen Pfandstelle, Bern 1929, sah. 76.

(35) Homberger Art. 959 N. 11; Sungurbey age sah. 69.

(36) Kaldı ki TSN m. 77/f. 2 ye göre şerh, kişisel hakkın şerhinde «bu hakların hangi şartlara tevfikân ve ne kadar müddetle istimal edileceği mutlaka gösterilir». Tapu memurunun, ard arda mı yoksa sıçrama suretiyle mi icra edileceği belirtilmeyen ilerleme hakkının şerhinde, taraflara bunu hatırlatarak hakka açıklık kazandırması gerekecektir.

(37) Gonvers age sah. 51; Bosshard age sah. 48.

Geçerli boş dereceye ilerleme sözleşmesi ve şerh anlaşmasına rağmen malik yazılı şerh talebinde bulunmaktan kaçınırsa, rehinli alacaklı MK m. 642 ye kıyasen hâkimden malikin şerhe muvafakat beyanında bulunmasına karar vermesini ister. Verilen hüküm malikin iradesi yerine geçer (38); ilerleme hakkı sahibi tapu memuruna hükmü ibrazla şerhi icra ettirebilir. Şerhin etkisi şerhten itibaren başlar; yoksa ilerleme hakkının şerhedilmeden önce mahkemenin verdiği hükümden itibaren üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine imkân yoktur (39).

bb — Şerhin etkisi :

MK m. 786/f. 2. kabul ettiğimiz biçimde kaynak kanuna göre yorumlanınca boş dereceye ilerleme hakkının şerhi ile aynı tesir kazanacağı hükmünü getirmiştir.

Kişisel hakların şerhinin etkisinin ne olduğu çok tartışmalı bir konudur (40). Tartışmalar esas itibarile: a) şerhin etkisinin ne ifade ettiği, şerh ile kişisel hakkın bir aynı hak mertebesine mi yükseldiği, böyle değilse şerhin yalnız malikin tasarruf yetkisini mi sınırladığı, yoksa buna ilâve olarak malikin borcunu eşyaya bağlı (aynî) borç haline de getirdiği; b) bu etkinin bütün şerhedilmiş kişisel haklar için aynı mı olduğu, yoksa şerhin etkisinin şerhi mümkün çeşitli kişisel haklar açısından ayrı ayrı mı mütalâa edilmesi gerektiği konuları üzerinde toplanmaktadır.

Konusu boş dereceye ilerleme hakkı olan ufak bir etüdde bütün tartışmaların ayrıntıları ile tetkiki mümkün ve yerinde değildir. Ancak doktrinde varılmış sonuçları kısaca belirtmek, boş dereceye ilerleme hakkının şerhinin etkisinin tesbiti açısından gereklidir.

Bazı yazarlar (41) şerhedilen kişisel hakkın gayrimenkul üzerinde sonradan hak kazanan hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi niteliğine ve özellikle MK m. 786/f. 2 de aynı tesirden söz edilmiş olmasına dayanarak, bu özelliğin aynı haklara özgü olduğunu, bu yüzden de şerhedilmiş kişisel hakkın — hiç olmazsa boş dereceye

(38) Ostertag Art. 959 N. 21; Bosshard age sah. 66; Gonvers age sah. 63; Kocayusufpaşaoğlu, Türk Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, sah. 193.

(39) Bak. Not 38 deki yazarlar; Karş. Sungurbey, (age sah. 67), hâkimin kararı ile kişisel hakkın kuvvetlendiğini kabul etmektedir.

(40) Tartışmalar için Bak. Sungurbey age sah. 80 vd.

ilerleme hakkının aynı hak niteliğini kazandığını ileri sürmüşlerdir. Ancak Eşya Hukukumuzda hâkim numerus clausus = belirli sayı prensibi karşısında şerh ile kişisel hakkın aynı hak niteliğini kazanacağını kabul etmek mümkün değildir. Bu gün hâkim görüş kişisel hakların niteliğinde şerh ile bir değişiklik olmayacağını, kişisel hak karakterini koruyacaklarını, şerhin kişisel hakkı yalnız kuvvetlendireceğini kabul etmektedir (42). Kişisel hakların etkisini genel olarak düzenleyen MK m. 919/f. 2 deki, kişisel haklar «tapuya şerh verilmekle o gayrimenkul üzerinde sonradan iktisap edilen hak sahiplerine karşı dermeyeran olunabilir» hükmünün anlamı hususunda başlıca iki fikir ortaya atılmıştır. Bir grup yazar (43) şerhin etkisinin yalnız malikin tasarruf yetkisini sınırlamaktan ibaret olduğunu, mülkiyet el değiştirse dahi, borç ilişkisinin taraflarının eski malikle kişisel hak sahibi kaldığını, talebin bu halde de eski malike karşı ileri sürülmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

Bu fikrin karşısındaki görüş ise kişisel hakların şerhinin hem malikin tasarruf yetkisini sınırlandıracağını hem de kişisel talebin karşısındaki borcu eşyaya bağlı bir borç (44) haline getireceğini kabul etmektedir (45). MK m. 919/f. 2 ele alınarak yapılan bu tar-

(41) Scheidegger, ZSR 28, 304; Gonvers age sah. 35; son olarak Piotet, Les effets typiques des annotations au registre foncier, ZBGR 1969 (50), 43 vd. Şerhin malikin tasarruf yetkisini sınırlandırıcı etkisinin bir aynı hak olarak kabul edilmesi gerekeceğini savunmuştur. Piotet'ye göre şerhin tıpkı ipoteğin alacağı teminat altına almasında olduğu gibi kişisel hakkı teminat altına alma fonksiyonu vardır; ipotekli alacak gibi şerhedilen kişisel hak da bu niteliğini korur; fakat şerhin malikin tasarruf yetkisini sınırlandırması herkese karşı ileri sürülebilen bir aynı haktır.

(42) Guhl, persönliche Rechte mit verstaerkter Wirkung, Festgabe zur Feier des 50 jaehrigen Bestehens des schweiz. Bundesgerichtes, Bern 1924, sah. 93 vd; Ostertag Art. 959 N. 33; Homberger Art. 959 N. 3; Haab, Einleitung, N. 54; Kocayusufpaşaoğlu, age sah. 193 vd.; Sungurbey age sah. 88.

(43) Leemann Art. 681 N. 6; Ostertag Art. 959 N. 4, 10, Oser-Schönenberger Art. 260 N. 4-5; Karş. Sungurbey age sah. 108 vd.

(44) İsviçre Federal Mahkemesi de eşyaya bağlı borç görüşünü kabul etmiştir, BGE 92 II 147.

(45) Jost, Die Realobligation, als Rechtsinstitut, Bern 1956, sah. 86; Homberger Art. 959 N. 3, 22; Haab Art. 681 N. 8; Liver, Komm. Einleitung, N. 152; Meier-Hayoz, Systematischer Teil N. 158; Art. 681 N. 255; Piotet, De quelques effets de l'annotation au registre foncier d'un pacte de preemption, JdT 1967, sah. 162; Piotet, Apropos de l'annotation des droits personnels au registre foncier, JdT 1963, sah. 571; Kocayusufpaşaoğlu, age sah. 196; Oğuzman, Eşya Hukuku Dersleri İstanbul 1965 sah. 13; Tekinay, Eşya Hukuku, İstanbul 1967/1968 sah. 191.

tışmalar MK m. 786/f. 2 nin boş dereceye ilerleme hakkının şerh ile aynı etki kazanacağını hüküm altına alması karşısında bu hak açısından söz konusu edilmemektedir. Şerhin etkisinin bütün kişisel haklarda aynı olduğu, şerh ile malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ile birlikte borcun da eşyaya bağlı borç haline geldiğini savunan yazarların (46) boş dereceye ilerleme hakkının etkisinin de aynı olduğunu, MK m. 786/f. 2 nin bunu ifade ettiğini kabul etmeleri tabiidir. Buna karşılık MK m. 919 da şerhin etkisinin malikin tasarruf yetkisini sınırlamaktan ibaret olduğunu düşünen Deschenaux, MK m. 786/f. 2 deki aynı etkiden, mülkiyetin el değiştirmesi halinde yeni malikin, şerhedilen sözleşmeden doğan borçtan sorumlu olduğunu, böylece borcun rehinle yükümlü gayrimenkulde mülkiyete bağlandığını anlamaktadır (47). Aynı yazara göre, bu anlam MK m. 919 dan çıkmamasına rağmen, münferid kişisel hakların tek tek mütalâa edilerek tâbi olduğu kanuni düzenden böyle bir anlam çıkması mümkündür.

Boş dereceye ilerleme hakkının şerhi böylece genel fikre göre hem malikin tasarruf yetkisini sınırlamakta hem de boş dereceye ilerletme borcunu eşyaya bağlı borç haline getirmektedir (48).

Eşyaya bağlı borç haline gelmesinin anlamı, şerh ile boş dereceye ilerletme borcu rehinle yükümlü gayrimenkul üzerindeki mülkiyete bağlanmakta (49), mülkiyet el değiştirdikçe ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı ile yeni malik arasında doğrudan doğruya bir alacaklılık - borçluluk ilişkisi kurulmaktadır. Yeni malik boşalan derecede ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının tesciline muvafakat borcunun borçlusu haline gelmektedir. Mülkiyete bağlanan bu borç yeni malik üzerinde yeniden doğmakta (50), eski malik bu

(46) Bak. Not 45.

(47) Deschenaux, *Obligations propter Rem. Ius et Lex*, Basel 1939, sah. 735.

(48) Jost age sah. 165; Bosshard age sah. 95; Schneeberger age sah. 10.

(49) Buradaki düşünce bazı borçların mutlaka başlangıçtan itibaren belirli bir borçluya yüklenerek onun üzerinde devam etmesi gerekmeyeceği, borcun belirli bir hukuki durum kazanacak kişilere bağlanabilmesinin mümkün olduğu, bu şekilde borçla mükellef olanın değişebileceği fikrinden hareket etmektedir. Bu fikir eski Cermen hukukunda kabul edilmiş bir fikirdir. Bak. Crome *Die juristische Natur der Miete nach dem Deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Jhering's Jahrbücher 37, 24. Roma Hukuku ise, borcun mutlaka belirli kişileri gerektirdiği fikrini kabul etmiştir.

(50) Deschenaux, *Ius et Lex* sah. 741; Jost age sah. 102.

anda borcundan kurtulmaktadır. Böylece her malik kendi mülkiyeti devam ettiği sürece boş dereceye ilerletme borçlusu olmakta ve ifa sorumluluğunu taşımaktadır. Derecenin boşalması hangi malikin mülkiyet dönemine rastlarsa, o malike karşı, boş dereceye ilerleme hakkı ileri sürülebilir.

MK m. 786/f. 2 deki aynı etkinin anlamının bu şekilde belirlenmesi menfaatler dengesine de en uygun olanıdır. Şerhin aynı etkisinden etkilenecek olan herkesten evvel yeni malik olduğuna göre talebin de ona yöneltilmesi en normal olan yoldur. Esasen şerhin rehinli alacağın teminatını arttırma görevi en iyi bu şekilde talebin yeni malike ileri sürülebilmesi ile elde edilebilir (51). Eski malikin tescile muvafakat beyanında bulunup bulunmamakta hiç bir menfaati kalmamaktadır.

Şerh ile malikin tasarruf yetkisi sınırlanmış olduğundan, malik boşalan derecede borcuna aykırı olarak, bir üçüncü alacaklı lehine rehin hakkı kurarsa, bu tasarruf, boş dereceye ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklıya karşı ileri sürülemez. Hak sahibi, yeni kurulan rehinin kendi şerhedilmiş hakkını izrar ettiğini ve kendisine karşı haklı bir sebebe dayanmadığını ileri sürerek MK m. 933 göre terkin davası açabilir (52); hakkını kullanarak malikten de boşalan dereceye ilerleme için gerekli tescile muvafakat beyanında bulunmasını talep edebilir (53).

Aynı gayrimenkul üzerinde birden fazla boş dereceye ilerleme hakkı şerhedilmişse, bunlar arasında önceliğin şerh tarihine göre tespit edilmesi en uygun çözüm olarak görünmektedir. MK m. 919/f. 2 sonradan iktisap edilen haklardan bahsetmekte, bu hakkın bir aynı hak veya kişisel hak olmasından söz etmemektedir. Önce şerhedilmiş bir kişisel hakkın, sonradan şerhedilen kişisel hak sahiplerine karşı ileri sürülebileceğini savunmak mümkündür (54). Kal-

(51) Deschenaux, *Ius et Lex* sah. 735.

(52) Leemann Art. 813/814 N. 50; Jast age sah. 167; Deschenaux, *Ius et Lex* sah. 735; Schneeberger age sah. 10.

(53) Bir diğer fikir, şerhedilmiş kişisel hak sahibinin hakkını ihlâl eden aynı hakkı (Boş derecede kurulan yeni gayrimenkul rehnini), hak sahibinin terkin borcu ile kazandığını ileri sürmektedir. Bu halde hak sahibi aynı hakkına bağlı bir eşyaya bağlı borcu da birlikte yüklenmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, age sah. 204; Piotet, ZGBR 50, 62. Böylece şerhedilmiş kişisel hak sahibi bizzat terkin talebinde bulunabilir.

(54) Bak. Bosshard age sah. 56; Karş. Guhl SJZ 11, 36 vd. Weber age sah. 78, aynı gayrimenkulde birden fazla boş dereceye ilerleme hakkı

dı ki şerhlere de tescile dair hükümlerin uygulanacağı göz önünde tutulunca sıra problemini de MK m. 930 a uygun olarak çözümlemek ve şerh tarihini esas almak gereklidir (55).

Şerhedilmiş kişisel hakların kazanılmasında, tapu siciline güven prensibinin uygulanamayacağı kuralı (56), şerhedilmiş boş dereceye ilerleme hakkı içinde geçerlidir. Kişisel haklar ancak gerçek hak sahibinden kazanılabilir. Boş dereceye ilerleme sözleşmesinin geçersiz olması dolayısıyla doğmamış bir ilerleme hakkı şerh verilmişse veya sonradan ilerleme hakkı sona ermesine rağmen şerh kütükte gözükmekte ise, rehinli alacağın bir üçüncü kişiye temliki halinde alacağı devralan iyi niyetli olsa da ilerleme hakkını kazanamaz (57).

Tapu sicilinde malik gibi görünmesine rağmen gerçek malik olmayan kişi, iyiniyetli bir rehinli alacaklıya, boş dereceye ilerleme hakkı sağlayıp bu hak tapu kütüğüne şerh verilmişse, şerhin sonuçlarını doğurup doğurmayacağı, yani rehinli alacaklının boş dereceye ilerleme hakkını gerçek malike karşı da ileri sürüp süremeyeceği hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar (58) rehinli alacaklının kütükte görünen bir aynı hakka dayandığından kendisine tanınan hakkın korunmasını, esasen şerh ile kişisel hakkın aynı hakka eşit bir etki kazanmış olduğunu, bu yüzden de bu halde MK m. 931 in uygulanmasının yerinde olacağı fikrindedirler. Tapuda malik görünen adına yolsuz tescil bulunan kişi, iyi niyetli bir alacaklı lehine hem bir gayrimenkul rehni kurmuş, hem de boş dereceye ilerleme hakkı tanımış bunu da şerh verdirmişse, iyiniyetli alacaklı, MK m. 931 gereğince tapu kaydına güveni korunacağından hem rehin hakkını kazanacak hem de boş dereceye ilerleme hakkı

varsa, bunlar arasında sıranın, bu hak gayrimenkul rehninin bir fer'i hakkı olduğundan gayrimenkul rehninin sırasına tabi olacağını kabul etmektedirler.

(55) Leemann Art. 813-814 N. 58; Schneeberger age sah. 10; Bak. Bosshard age sah. 11; Homberger Art. 959 N. 53.

(56) Kocayusufpaşaoğlu age sah. 195.

(57) Homberger Art. 959 N. 18; Schneeberger age sah. 12; Kocayusufpaşaoğlu age sah. 195; Karş. Leemann Art. 813/814 N. 61 de gerekçe göstermeden, boş dereceye ilerleme sözleşmesi sona ermesine rağmen, şerh silinmemişse, alacak kendisine devredilen iyiniyetli üçüncü kişinin rehinle birlikte MK m. 931 gereğince boş dereceye ilerleme hakkını kazanacağını kabul etmektedir.

(58) Homberger Art. 959 N. 18; Bosshard age sah. 71; Gonvers age sah. 65.

korunacaktır (59). Ancak şerhin kişisel hakkı aynı hak derecesine yükseltmediği düşünülür ve MK m. 931 in ancak aynı hakların kazanılmasında tapu kaydına güveni koruduğu gözönüne alınırsa MK m. 931 in kişisel hakkın şerhinde uygulanmasını kabul etmemek gerekir (60). MK m. 931 bu kadar geniş bir yoruma elverişli değildir. Yukarıdaki örnekte bu fikre göre iyiniyetli olan alacaklı gayrimenkul rehnini kazanacak, fakat şerh sonuçlarını doğurmayacağından, gerçek malik, şerhin terkinini isteyebilecektir.

cc — Şerhin terkinini :

Boş dereceye ilerleme hakkı gerçekleşmişse, şerh amacına erişmiş olduğundan terkinini gerekir.

Boş dereceye ilerleme hakkının bağlı olduğu gayrimenkul rehni sona ermişse, ilerleme hakkı da buna bağlı olarak sona ereceğinden, şerhin de re'sen terkinini gerekir.

Boş dereceye ilerleme hakkı devam ederken, hak sahibi rehinli alacaklının tek taraflı yazılı terkin talebi üzerine (MK m. 923/f. 1 e kıyasen) şerh terkin edilebilir.

Şerhin hukuki sebebi geçerli değilse, örnek olarak şerh anlaşması gerekli şekilde yapılmamış veya boş dereceye ilerleme sözleşmesi geçersiz ise, MK m. 933 uyarınca (kıyasen) aynı hakkı haledar olan kimse, özellikle bir diğer rehinli alacaklı terkin davası ile şerhin terkinini sağlayabilir.

Boş dereceye ilerleme hakkının şerhi bir haklı sebep olmadan terkin edilmişse, hak sahibi rehinli alacaklı şerhin tekrar yazılmasını dava yolu ile (MK m. 933 e kıyasen) gerçekleştirebilir (61). Ancak arada boşalan derecede iyi niyetli bir alacaklı lehine yeni bir gayrimenkul rehni kurulmuş veya boşalan dereceye iyiniyetli bir ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı ilerlemişse bunlar o boşalan derecede gayrimenkul rehnini kazanmış olurlar ve güvenleri korunur (62).

(59) Gonvers age sah. 65.

(60) Kocayusufpaşaoğlu age sah. 196; Schneeberger age sah. 13.

(61) Schneeberger age sah. 11; Gonvers age sah. 61; Bosshard age sah. 72.

(62) Bosshard age sah. 71.

D — Boş dereceye ilerlemenin icrası :*a — Üst derecenin boşalması kavramı :*

Boş dereceye ilerlemenin icrası üst derecenin veya yan derecenin boşalmasına yani o derecede tescil edilmiş bulunan gayrimenkul rehninin terkinine bağlıdır. Üst derecedeki gayrimenkul rehni terkin edilmedikçe alt derecedeki ilerleme hakkından yararlanacak gayrimenkul rehninin üst dereceye tescili mümkün olamayacaktır.

Boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile gayrimenkul malikinin yüklendiği borcun, sadece üst derecede müseccel gayrimenkul rehninin terkin edildiği takdirde, ilerlemeyi sağlamak olduğu kabul edilirse, malikin ancak bizzat kendisinin üst derecedeki gayrimenkul rehninin terkinini sağlayabileceği hallerde bundan kaçınarak, boş dereceye ilerlemeyi önlemesi mümkündür. Aşağıda tapuda bir terkin işlemi yapılmayacağından durum böyledir:

aa — Üst derecede bir ipotekli borç senedi veya irad senedi kurulmuşsa, bu senedlerin teminat altına aldığı borç ödendiğinde, gayrimenkul maliki ister bunları iptal ettirerek, gayrimenkul rehninin terkin ettirilmesi yoluna gider, — bu halde ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı hakkını kullanma ve üst dereceye ilerleme imkânına kavuşur — isterse senetleri iptal ettirmeyerek tekrar tedavüle çıkarır. Bu halde tapuda hiç bir işlem yapılmaz. Terkin söz konusu olmayacağından, ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı ilerleme hakkını ileri sürmek imkânına sahip değildir. Fakat malik senetleri tedavüle çıkarmayıp iptal ettirerek gayrimenkul rehnini terkin ettirmeyi bir borç olarak yüklenmiş olabilir. Ancak bu tür bir sözleşme olmadığı takdirde sadece boş dereceye ilerleme hakkını tanımakla malikin senetleri tedavüle çıkarmak hakkından feragat ettiğini söylemek güçtür (63).

bb — İpotekle teminat altına alınmış bir alacağın sona ermesi halinde ipotegin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır.

Bazı yazarlar (64) ipotegin fer'iliğinden hareketle, rehinli alacak sona erince ipotegin de sona ereceğini, tescilin yolsuz hale geleceğini, böylece alt derecedeki ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının tapu kaydının tashihi davası ile ipotegin terkinini sağlayarak, onun yerine ilerleyebileceğini kabul etmektedir. Fakat alt derece-

(63) Bosshard age sah. 59; Gonvers age sah. 45; Schneeberger age sah. 21.

(64) Wieland age I sah. 779, 782; II sah. 539; Gonvers age sah. 61; Bak. Homberger Art. 959 N. 49.

deki ilerleme hakkı sahibinin bu halde bir tashiî davası açabileceği şüphelidir. MK m. 933 metni açıkça aynı hakları ihlâl olan hak sahiplerinin terkinî istiyebileceklerini hüküm altına almıştır. İlerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı, hakkı şerhedilmiş olsa dahi, hakkın niteliği değişmeyeceğinden, tescilin devam etmesile ancak kişisel hakkı ihlâl edilmiş olacaktır (65). Kaldı ki MK m. 773 ve 798 karşısında rehinli alacağın sona ermesile tescilin yolsuz hale geldiğinden söz etmek güçtür. MK m. 773 açıkça gayrimenkul rehninin tescilin terkinî ile sona ereceğini belirtmektedir. MK m. 798 e göre ise ipoteğin teminat altına aldığı alacak sona erince, malike yalnız rehinli alacaklıdan terkine muvafakat etmesini talep hakkı tanınmıştır. Yoksa alacağın sona ermesile ipoteğin de kendiliğinden sona erdiği kabul edilmiş değildir. Tescil mevcut olduğu sürece ipoteğin de şekli açıdan var olduğunu ve hükmünü sürdürdüğü kabul edilmelidir (66). Böylece alacağın sona ermesi, ipoteğin tescilini yolsuz hale getirmez. Alacaklıdan yazılı terkine muvafakat etmesini talep etmek imkânı ancak malike tanınmış olup, sonra gelen ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının bu yönde bir talep hakkı yoktur. Rehinli alacaklının terkine muvafakat beyanında bulunmadığı, malikin de bu hususta rehinli alacaklıyı zorlamadığı hallerde ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının ilerlemesi önlenebilecektir. Bu gibi hallerde malikin hakkını kötüye kullanarak ilerlemeye engel olduğu tesbit ediliyorsa, ilerleme hakkı sahibine MK m2/12 ye dayanarak maliki terkinî talep etmek üzere zorlayabilmesini kabul etmek mümkündür (67). Gayrimenkul maliki sözleşme ile üst derecedeki alacak sona erince, ipoteği terkin ettirme borcu altına girmiş olabilir (68). Bu halde ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı, malikten harekete geçerek terkinî sağlamasını isteyebilir.

(65) Karş. Guhl SJZ. 11, 37; Bosshard age sah. 68. Bak. Homberger Art. 975 N. 17.

(66) Vieli age sah. 52; Schneeberger age sah. 22; Guhl SJZ 11, 37; Leemann Art. 801 N. 1; Federal Mahkeme (JdT 1934, 589) açıkça ipotek hukukunda Borçlar Kanunu 113 maddeye bir istisna getirildiğini, alacağın sona ermesile ipoteğin sona ermeyip, ancak gayrimenkul malikin alacaklıdan terkine muvafakat etmesini talep hakkını kazandığını belirtmiştir.

(67) Schneeberger age sah. 15.

(68) Guhl SJZ 11, 37; Leemann Art. 813/814 N. 53; Schneeberger age sah. 15; Karş. Ostertag Art. 959 N. 46; Homberger Art. 959 N. 49 herhalde malike terkinî sağlama borcu yüklemektedir.

Fakat her hal ve kârda, tapu memuru ilerleme hakkının icrasını ancak üst derecedeki ipotek terkin edilmişse yapar; zira tarafların anlaşmasına göre ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının, malike karşı terkinin sağlanmasına yönelen talepleri hakkında karar verecek merci mahkemedir (69).

cc — Bir alacak belirli bir gayrimenkul rehni çeşidi ile teminat altına alınmışken, gayrimenkul rehninin çeşidinin değiştirilmesinde tapu sicilinde teknik anlamda bir terkine gidilmesi gerekmez. Gayrimenkul rehni hangi çeşit olarak (ipotek, ipotekli borç senedi veya irad senedi) ortaya çıkarsa çıksın, bütün görünüşlerinde kavram olarak aynı kalır (70). Bir ipoteğin ipotekli borç senedi veya irad senedi haline değiştirilmesinde borç yenileme suretiyle sona ermekte ve fakat rehnin sağladığı teminat, çeşidi değişmekle beraber, bir an bile sona ermemektedir. İpotekli borç senedi veya irad senedi ipoteğe geçilmesinde de rehnin sağladığı teminat aynı kalmaktadır. Böylece üst derecedeki gayrimenkul rehni terkin edilmeyeceğinden ilerleme hakkı sahibinin hakkını kullanması mümkün olmayacaktır.

dd — Gayrimenkul rehni başlangıçtanberi teminat altına aldığı alacağın yerine geçecek aynı rehinli alacaklının bir başka alacağını teminat altına almak için kullanılabilir. Bu şekilde alacağın ikamesi sabit dereceler sisteminin tanıdığı bir imkândır (71). Malik rehinli alacaklının muvafakatı ile o derecede tasarruf edebileceğine göre, birbirleriyle anlaşarak, o derecede tescil edilmiş bulunan rehnin bundan böyle bir başka borç ilişkisinden doğan alacağı teminat altına alacağını kararlaştırabilirler (72). Gayrimenkul rehninin yeni bir borç ilişkisini teminat altına almaya tahsis edilmesi rehin sözleşmesinin değiştirilmesi niteliğinde (73) olup resmi şekle

(69) Leemann Art. 813-814 N. 54; Guhl SJZ 11, 37.

(70) Bosshard age sah. 60; Weber age sah. 66; Leemann Art. 813/814 N. 53; Schneeberger age sah. 24! Aksi fikir Guhl SJZ, 11, 37; Gonvers age sah. 49.

(71) Bu yüzden de Alman MK § 1180 deki gibi ipoteğin temin ettiği alacak yerine bir başkası ikame edilebilir şeklinde bir hükme yer verilmesine İsviçre Türk Hukukunda lüzum gbrülmemiştir.

(72) Vieli age sah. 116; Weber age sah. 66; Bosshard age sah. 61; Guhl SJZ 11, 38. Bak Gonvers age sah. 47 vd.

(73) Gayrimenkul rehninin yeni bir borç ilişkisini teminat altına almaya tahsisi rehin sözleşmesinin değiştirilmesi niteliğindedir. Guhl SJZ 11, 39, Vieli age sah. 117; Weber age sah. 68. BK m. 12 ye göre bu değişikliğin rehin sözleşmesi şeklinde resmi olarak yapılması gerekir.

tabidir; ancak bu halde gayrimenkul rehninin tapudan terkin edilerek yeniden tescil edilmesi gerekmez (74). Gayrimenkul rehni kapsam itibarıyla bu işlemde, değişmeden aynı kalmaktadır. Üst derecede bir terkin söz konusu olmayacağından alt sıradaki ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklının hakkını kullanmasına imkân yoktur.

ee — Rehinli alacağın temlik halinde, gayrimenkul rehni temlik edilen yeni alacaklıya geçer. (BK m. 168). Alacağın temlik halinde tapu kütüğünde alacağı teminat altına alan rehinde bir değişiklik olmaz; rehnin terkinini söz konusu değildir. Bu halde de boş dereceye ilerleme hakkı sahibi hakkını kullanmak imkânına sahip değildir.

ff — Halefiyet yolu ile de yukarıda alacağın veya alacaklının değişmesine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Borçlar Kanunu değişmesine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Borçlar Kanununun 109. maddesinin birinci bendinden sonraki rehinli alacaklının, malikin üst derecedeki bir rehinli alacaklıya olan borcunu ifa ederek, ödeme oranında onun alacağına ve alacağı teminat altına almış bulunan gayrimenkul rehnine halef olması (=Müşterek Hukuktaki *Ius offerendi*) imkânını düzenlemiştir. Alt sıradaki bir rehinli alacaklı bu hakkını kullanırsa, borcu ödenen alacaklının yerine geçer, ve yeni alacaklı olarak alacağı teminat altına alan üst derecedeki gayrimenkul rehni de kendisine geçer. Halefiyet kanunen vukubulduğundan tapu sicilinde gayrimenkul rehninin terkinini söz konusu olmaz.

Borçlu durumunda olan gayrimenkul maliki BK m. 109/bd. 2'nin tanıdığı imkândan da yararlanabilir. Malik, boş dereceye ilerleme hakkı sahibinin rızasını almaya muhtaç olmadan, üst derecedeki rehinli teminat altına alınmış olan borcu ödeyecek üçüncü kişinin, o derecede kayıtlı rehinli alacaklıya halef olmasını sağlayabilir; malikin rehinli alacaklıya tek taraflı bir irade beyanı ile borcu ödeyen kişinin, onun yerine kaim olacağını beyan etmesi yeterlidir. Halefiyet bu halde de kanun gereği olmaktadır. Tapu sicilinde bir terkin işlemi söz konusu değildir.

Her iki durumda da terkin söz konusu olmayacağından ilerleme

(74) Vieli age sah. 117; Weber age sah. 68; Bosshard age sah. 61; Schneeberger age sah. 23; Leemann Art. 813/814 N. 53.

hakkı sahibi rehinli alacaklıların hakkını kullanmaları imkânı yoktur (75).

Yukarıda anılan durumlarda boş dereceye ilerleme hakkı sahibi hakkını kullanamamaktadır. Ancak gayrimenkul maliki ile boş dereceye ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı anlaşarak rehinli alacağın sona ermesi halinde ipotegİN de malikçe terkin ettirileceğini, malikin borç ödendiği için kendisine iade edilen ipotekli borç senedi veya irad senedini tekrar tedavüle çıkarmayarak, bunları iptal ettireceği ve gayrimenkul rehnini terkin ettireceğini, bir borç olarak malike yükleyebilirler. Veya malik boş dereceye ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklıya karşı BK m. 109/Bd. 2 deki imkânı kullanmayacağını borçlanabilir (76). Böyle boş dereceye ilerleme hakkının yalnız üst derecenin boşalması halinde değil, fakat rehinli alacağın sona erdiği hallerde malike karşı kullanılabilmesi imkânı doğar.

Ancak boş dereceye ilerleme hakkının şerhinin etkisinin terkin borcunu da kapsamına aldığı ileri sürülemez (77). MK m. 786/f. 2 de terkin üzerine boşalan dereceye ilerletme borcu sözkonusudur; malikin ayrıca kararlaştırılan terkin borcu ilerletme borcundan bağımsız bir borçtur ve kanunda şerhi de öngörülmüş değildir. Medeni Kanunumuzda sabit dereceler sistemine bir istisna olarak getirilen boş dereceye ilerleme hakkını geniş olarak yorumlayarak terkin borcunu hakkın kullanılmasının bir şartı olarak görmek ve böylece boş dereceye ilerletme borcunun terkin borcunu da içerdiğini söylemek kanunun amacına uygun düşmez.

Bizce malikin boş dereceye ilerleme hakkı sahibine karşı yüklendiği yukarıdaki hallerde söz konusu olan terkin borcu kişisel bir borç olup şerhi mümkün değildir; bu borç yerine getirilmediği takdirde malik borcul ifa edilmemesinden dolayı BK m. 96 vd. göre sorumlu olacaktır.

b — İlerleme hakkı sahibinin boşalan üst dereceye ilerletilmesi:

Üst derece boşalınca tapu memurunun alt derecedeki ilerleme hakkı sahibini re'sen boşalan dereceye ilerletme yetkisi yoktur (78).

(75) Weber age sah. 69; Viell age sah. 123.

(76) Boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile malikin her hal ve kârda bu borç altına girdiği söylenemez. Schneeberger age. sah. 15; Bosshard age sah. 62; Karş. Ostertag Art. 959 N. 46; Homberger Art. 959 N. 49.

(77) Bosshard age sah. 63.

(78) Schneeberger age sah. 26; Bosshard age sah. 49; Leemann Art. 813/814 N. 551; Guhl SJZ 11, 38; Karş. Wieland age I sah. 782.

Boş dereceye ilerleme sözleşmesinden hak sahibi lehine bir talep hakkı doğmaktadır. Şerh bu hakkı kuvvetlendirmekte ise de, hakkın niteliğinde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Sözleşmenin taraflarını ilgilendiren bu ilişkiye, tapu memuruna re'sen hareket yetkisi vererek, onun müdahalesi imkânına yol açmak gereği yoktur. Kaldı ki tapu memurunun kişisel hakkın halen var olup olmadığını bilmesine de imkân yoktur. Olabilir ki kişisel hak sona ermiş olsun. Veya gayrimenkul malikinin ilerletme borcu karşılığında ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklıya da bazı borçlar yüklenmiş olsun. Bu karşı edimler yerine getirilmediği sürece malike akdin ifa edilmediği def'i tanınarak derece ilerlemesine karşı koyabilmesi imkânı sağlanmalıdır.

Ancak boş dereceye ilerleme hakkının tapu memuru tarafından gözetilmesi Tapu Sicili Nizamnamesinin 69 m. ce sağlanmıştır. Normal olarak üst derecedeki bir gayrimenkul rehni terkin edilince tapu memuru terkinle birlikte re'sen, dereceyi boş derece olarak tescil eder (79). Bu işleme malikin veya alt derecedeki ilerleme hakkı sahiplerinin muvafakatı gerekmez. Fakat alt derecede ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı varsa, tapu memuru, gayrimenkul rehnini terkin etmekle beraber dereceyi boş derece olarak kayıddan kaçınacaktır. Genellikle kabul edildiğine göre gayrimenkul, maliki şerh edilmiş ilerletme borcuna aykırı olarak terkin edilen gayrimenkul rehninin yerine o derecede bir üçüncü alacaklı lehine gayrimenkul rehni kurmak isterse, tapu memuru tescil talebini reddetmelidir (80). Bu fikre dayanak olarak denilebilir ki, esasen terkin edilen derecede yeni bir gayrimenkul rehni kurulması halinde, şerhin etkisi dolayısıyla, ilerleme hakkı sahibi, bu gayrimenkul rehnini terkin ettirerek, kendisinin tescilini sağlayabilecektir. Tapu kütüğünün düzenli ve basit tutulması gereğince, tapu memuru, malikin böyle bir talebini reddetmelidir. Dikkat edilmelidir ki şerh tapu kütüğünü kilitlemez, yani kütüğe kayıt yapılmasını önlemez. Bu bakımdan malikin talebinin reddinin dayanağı kayıt yasağı olmayıp, yapılacak yeni tescilin mevcut kayıtlara aykırı olmaması gereğidir (81).

(79) TSN m. 47 e göre boş derecenin kaydı, alacaklı sütununa boş derece ibaresi yazılarak sağlanır. Mahiyet ve faiz sütunlarına hiç bir kayıt yapılmaz.

(80) Bosshard age sah. 49; Weber age sah. 83; Leemann Art. 813/814 N. 56; Schneeberger age sah. 27; Homberger Art. 959 N. 55.

(81) Homberger Art. 959 N. 55.

Terkin üzerine tapu memuru ilerleme hakkı sahibini, hakkını, kullanmasını sağlamak üzere, terkinden haberdar eder. (MK m. 927).

Tapu memurunun boş dereceye ilerleyecek rehni boşalan dereceye tescili için gayrimenkul malikinin yazılı tescil talebi (=tescile muvafakat beyanı) gereklidir. (MK m. 922). Genellikle, tapu kütüğünün muntazam işlemesi gereğini gözönünde tutan tapu memuru, terkin talebi üzerine, maliki alt derecedeki ilerleme hakkından yararlanacak rehni, boşalan dereceye tescil için talepte bulunmaya davet edecektir.

Gayrimenkul maliki boş dereceye ilerleme sözleşmesinin kurulması veya şerhi sırasında önceden tescili talep (=tescile muvafakat beyanı) etmişse, tapu memuru tekrar malike müracaat etmeden ilerlemeyi yapabilir (82). Bu halde ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı da tapu memurunu harekete geçirmek üzere ilerlemeyi talep edebilir alacaklıya tescili talep hususunda temsil yetkisi vermiş olabilir; bu durumda rehinli alacaklı, malik adına boşalan dereceye tescilini talep eder.

Gayrimenkul malikinin yazılı talepte bulunarak derece ilerletmesini sağlaması, boş dereceye ilerleme sözleşmesinde yüklenildiği ilerletme borcunu yerine getirmek içindir; ilerlemenin sağlanması ifa işleminin bir veçhesidir. Söz konusu ifa işlemine rehinli alacaklının katılması gerekip gerekmediği düşündürücüdür. Schneeberger (84) ve Homberger (85) ilerlemenin malikin yazılı tescil talebi ve ilerleme hakkı sahibinin, hakkını kullandığını belirten beyanı üzerine yapılacağını kabul etmektedirler. Bu görüş alacaklının rızası hilâfına hak kazanmasını önlemektedir. Uygulamada çoğu zaman hak sahibinin ilerleme hakkını kullanacağı kuşkusuzdur. Ancak gayrimenkul malikinin boşalan derece alt derecedeki rehnin tescilini talep etmesi halinde, tapu memurunun ayrıca hak sahibinin hakkını kullanmasını beklemesi istenirse, bundan malik için önemli bir mahzur da doğacaktır: üst derecedeki rehin terkin edilince bir boş derece tescil edilmeyecek (TSN m. 69) ve bu derecede bir gayri-

(82) Guhl SJZ 11, 38; Gonvers age sah. 51; Bosshard age sah. 52.

(83) Schneeberger age sah. 29.

(84) Schneeberger age sah. 28. Yazar ilerleme hakkı sahibinin ifa işlemine katılması gerektiğini, hakkını kullandığını beyan etmeyen hak sahibinin hakkını kötüye kullanmış sayılacağını ifade etmekte ve malike ilerleme hakkının düştüğü hususunda bir dava hakkı tanımaktadır.

(85) Homberger Art. 959 N. 54.

menkul rehni tescili talebi reddedilecektir. Alt derecede de henüz ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklı tescil edilmiş olarak bulunduğundan bu derecede malikin tasarrufla bir rehin kurmak imkânı olmayacaktır. Bizce ifa işlemine ilerleme hakkı sahibinin katılmasını aramak gerekli olmamalıdır. Nasıl ki bir gayrimenkul satımında mülkiyeti nakil borcunun ifası için malikin tek taraflı tescil talebi yeterli görülüyorsa, burada da malik yüklendiği ilerletme borcunu tapu memuruna yapacağı tek taraflı bir tescil talebi ile ifa edebilmelidir. Rehinli alacaklının, kendi rızası hilâfına hak iktisap ettiği de söylenemez; zira denebilir ki boş dereceye ilerleme sözleşmesine ve şerh ile kendisi hak iktisabına önceden muvafakat etmiştir (86). Rehinli alacaklı hakkını kullanmak istemiyorsa malikle yapacağı bir anlaşma ile boş dereceye ilerleme sözleşmesini sona erdirebilir.

İlerleme hakkı sahibinin alt derecedeki rehminin ilerletilmesi, terkin edilen rehin derecesinin tekrar kurularak, ilerleme hakkı sahibine tahsisi suretiyle yapılır. İlerleme hakkı sahibinden boşalan derece, malikin tasarruf edebileceği boş derece olarak kaydedilir.

Üst derecedeki rehmin terkinini haklı sebebe dayanmıyorsa, ilerleyen iyi niyetli ilerleme hakkı sahibi, üst derecede korunacaktır. Derece aynı hakkın bir unsuru olduğundan (87), MK m. 931 e göre iyiniyetle iktisabı mümkündür (88).

Boş dereceye ilerleme hakkı, hak sahibi rehinli alacaklıya, boş dereceden münhasıran faydalanma yetkisi verir (89).

İlerleme ancak boşalan derecede kurulabilecek teminat miktarınca olabilir. İlerleyecek rehinli alacakla terkin olunan üst derecedeki teminat miktarları aynı ise problem yoktur; alt derecedeki gayrimenkul rehni boşalan üst derecedeki aynı miktardaki teminatla temin edilmiş olur.

İlerleyecek rehinli alacağın miktarı boşalan derecedeki teminat miktarından az ise, ilerleme hakkı sahibinin boş dereceden münhasır faydalanma yetkisi vardır. Bu bakımdan açık kalan kısım o derece içinde bir «yan derece» teşkil etmez. Örnek olarak 1 derecede terkin olunan 50.000 liralık bir gayrimenkul rehni yerine iler-

(86) Homberger Art. 963 N. 4; Bak. Kocayusufpaşaoğlu age sah. 26.

(87) Schneeberger age sah. 30.

(88) Bosshard age sah. 71; Leemann Art. 813/814 N. 52; Gonvers age sah. 67; Schneeberger age sah. 30.

(89) Schneeberger age sah. 30.

leyen ikinci derecedeki 40.000 liralık rehinli alacak, birinci dereceden münhasıran tek başına yararlanır; birinci derecede 10.000 liralık bir yan derece doğmaz. Fakat 10.000 liralık birinci dereceye sıra itibarile, ilerleyen rehinli alacaklıdan sonra gelecek, fakat ikinci derecedeki rehinli alacaklıdan daha önce gelecek, bir ara derece kurmak imkânı vardır.

İlerleyecek gayrimenkul rehnin teminatı boşalan derecedeki teminat miktarından fazla ise, ancak boşalan derecedeki teminat miktarınca ilerleme icra edilebilecektir. Üst derecedeki teminat kapsamına girmeyen kısım yine eski alt derecede kalacaktır (90).

Yan dereceye ilerleme hakkı söz konusu ise bunun anlamı boşalan yan dereceye yeni bir gayrimenkul rehni kurulmasını önlemekten ibarettir (91). Bu halde boşalan yan derece, sıra itibariyle yan dereceye ilerleme hakkı sahibi rehinli alacakları hemen takip eden bir ara derece olarak kurulacaktır. Bu halde aynı derecedeki yan dereceye ilerleme hakkı sahibi rehinli alacaklılar ara derecede tescil edilebilecek rehinli alacaklıdan önce gelecekler; ara derecede müseccel rehinli alacaklıda alt derecedeki rehinli alacaklılardan sıra itibariyle daha önce gelecektir.

Sonuç: Kanun koyucunun sözleşme ile rehinli alacağın boşalacak üst dereceye ilerletme imkânını tanıması, gayrimenkul malikini, alt derecedeki bir gayrimenkul rehni karşılığında daha kolaylıkla kredi bulabilmesini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Bu faydasına rağmen, istisna olarak tanınan bu yolun ifrat derecede uygulanması sabit dereceler sisteminin kabulü ile borçlunun menfaatinin koruma amacını tehlikeye düşürecek niteliktedir. Kanun boş dereceye ilerleme hakkının kurulmasında bir herhangi bir şart veya kayıt aramadığından kredi veren durumunu sağlamlaştırmak için bu yola başvuracaktır. Özellikle teminat karşılığı kredi veren kurumların genel şartnamelerine bu kaydı koymaları, sabit dereceler sisteminden beklenen faydaları önemli ölçüde zayıflatacaktır (92). Ancak şuna işaret edilmelidir ki MK m. 786/f. 2 deki istisna ile sabit dereceler sistemi tamamen bertaraf edilemez; yalnız

(90) Leemann Art. 813/814 N. 57; Weber age sah. 83; Bosshard age sah. 38; Gonvers age sah. 54; aksi fikir Schneeberger age sah. 32.

(91) Bosshard age sah. 43; Gonvers age sah. 76; Schneeberger age sah. 30.

(92) Bosshard age sah. 19; Gonvers age sah. 92.

sistemin sonuçları süre ve etki bakımından sınırlandırılabilir. Boş dereceye ilerleme hakkının bağlı olduğu gayrimenkul rehni açısından sabit dereceler sisteminin etkisi sınırlanacaktır; fakat diğer rehinli alacaklar açısından sabit dereceler sistemi geçerli olmakta devam edecektir.

Genel olarak, ifrat derecede uygulanmasını önlemek şartı ile, boş dereceye ilerleme hakkının sabit dereceler sisteminin katılığına belirli bir esneklik sağladığı söylenebilir.