

T. C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TAŞINMAZLAR HAKKINDA İHTİYATİ TEDBİR TURLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DERYA CEYHAN

2100001319

Anabilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Program : ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Cemil SİMİL

TEMMUZ 2024

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TAŞINMAZLAR HAKKINDA İHTİYATİ TEDBİR TURLERİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DERYA CEYHAN

2100001319

Anabilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Program : ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Cemil SİMİL

Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL

Dr. Cüneyt BELLİCAN

TEMMUZ 2024

Enstitüsü : Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Programı : Özel Hukuk

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Cemil Simil

Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Temmuz 2024

ÖZET

Bu çalışma taşınmazlar hakkında uygulanabilecek ihtiyati tedbirlerin sınıflandırılmasını amaçlamaktadır. Çalışmada öğreti ve Türk Hukukunda yüksek mahkeme kararlarında yer alan görüşler bir bütün olarak değerlendirilmeye çalışılmıştır. Araştırma neticesinde Türk Medenî Kanunu'nda yer alan ve öğretide ihtiyati tedbir olarak kabul edilen şerhlerin, uygulamada benimsenmediği tespit edilmiştir. Tespitin temelinde Türk Medenî Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında bağlantı kurulmaması eksiklik olarak göze çarpmakta olup bağlantının kurulması yolu ile ihtiyati tedbirlerin etkin kullanımı uygulayıcıların yorumuna bırakılmıştır.

Anahtar Sözcükler : İhtiyati Tedbir, taşınmaz, şerh, beyan.

Institute : Institute Of Graduate Studies
Programme : Private Law
Supervisor : Associate Prof. Dr. Cemil Simil
Degree Awarded and Date : Master's Degree and July 2024

ABSTRACT

This case aims to classify temporary injunctions that can be applied regarding real estate. In the case, the doctrine and the opinions in the Supreme Court decisions in Turkish Law were tried to be evaluated as a whole. As a result of the research, it was determined that the annotations in the Turkish Civil Code, which are accepted as a temporary injunctions in the doctrine, are not adopted in practice. On the basis of the determination, not establishing a connection between the Turkish Civil Code and the Civil Procedure Code stands out as a deficiency, and the effective use of temporary injunctions through the establishment of the connection is left to the interpretation of practitioners.

Key Words : Temporary injunctions, real estate, annotation, declaration.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
KISALTMALAR.....	VI
GİRİŞ.....	1
§ 1. TAŞINMAZ KAVRAMI VE TAŞINMAZLARA İLİŞKİN HÂKİM PRENSİPLER.....	4
A. TAŞINMAZ KAVRAMI.....	4
B. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN HÂKİM PRENSİPLER.....	5
§ 2. ŞERH VE BEYAN KAVRAMI.....	7
A. ŞERH KAVRAMI.....	7
B. BEYAN KAVRAMI.....	9
§ 3. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TÜRLERİ.....	10
A. İHTİYATİ TEDBİR.....	14
B. AMAÇLARINA GÖRE İHTİYATİ TEDBİRLER.....	16
C. İHTİYATİ HACİZ.....	18
D. İHTİYATİ TEDBİR VE İHTİYATİ HACİZ ARASINDAKİ FARKLAR	20
E. KONUSU TAŞINMAZ OLAN İPTAL DAVALARINDA İİK 281/2 GEREĞİ UYGULANAN İHTİYATİ HACİZ.....	23
F. DİĞER GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALAR.....	26
§ 4. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN DAVA TÜRLERİ.....	27
A. TESCİLE ZORLAMA DAVALARI.....	28
B. YOLSUZ TESCİLİN DÜZELTİLMESİ DAVALARI.....	29
C. EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVALARI.....	29
§ 5. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN DAVALARDA İHTİYATİ TEDBİRİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER.....	31
A. İHTİYATİ TEDBİR SEBEBİ BAKIMINDAN.....	31
B. İHTİYATİ TEDBİRE ESAS TEŞKİL EDEN HAKKIN VARLIĞI VE NİTELİĞİ BAKIMINDAN.....	33
§ 6. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN İHTİYATİ TEDBİR TÜRLERİ.....	35
A. ÇEKİŞMELİ HAKLAR ŞERHİ.....	35
1. TANIMI.....	35
2. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	37
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	38
B. GEÇİCİ TESCİL ŞERHİ.....	40

1. TANIMI.....	40
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	42
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	43
C. DAVALIDIR ŞERHİ.....	51
1. TANIMI.....	51
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	53
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	55
D. İİK M. 28 GEREĞİNCE TAPU SİCİLİNE YAPILAN BİLDİRİM	56
1. TANIMI.....	56
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	57
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	58
E. FERAĞDAN MEN	58
1. TANIMI.....	58
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	60
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	61
F. CEBRİ İCRA YOLUYLA TAŞINMAZ SATIŞININ TEDBİREN DÜRDÜRLÜMASI.....	62
1. TANIMI.....	62
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	63
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	63
G. TAŞINMAZIN YEDİEMİNE TEVDİİ	64
1. TANIMI.....	64
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	66
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	66
H. YAPI İNŞASININ DÜRDÜRLÜMASI	67
1. TANIMI.....	67
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	68
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	68
İ. MECRA VE GEÇİT İRTİFAKININ TEDBİREN DÜZENLENMESİ.....	69
1. TANIMI.....	69
2. HUKUKİ NİTELİĞİ	71
3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	72
§ 7. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN İHTİYATİ TEDBİRDE GENEL OLARAK YARGILAMA	72

A. GÖREVLİ MAHKEME	72
B. YETKİLİ MAHKEME	74
C. HUKUKİ DİNLENİLME HAKKININ ERTELENMESİ	76
D. YAKLAŞIK İSPAT	78
E. TEMİNATIN BELİRLENMESİ VE TEMİNATSIZ İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERİLEBİLECEK DURUMLAR.....	82
F. DERDESTLİK	82
§ 8. İHTİYATİ TEDBİR KARARLARININ UYGULANMASI	83
A. GENEL OLARAK	83
B. TAPU SİCİLİNE İŞLENMESİ GEREKEN İHTİYATİ TEDBİRLER.....	85
C. İCRASI GEREKEN İHTİYATİ TEDBİRLER	86
§ 9. İHTİYATİ TEDBİR KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI	86
A. İTİRAZ YOLU.....	86
B. İSTİNAF YOLU	87
C. TEMYİZ YOLU.....	88
SONUÇ	90
KAYNAKÇA.....	95

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
K.	: Karar
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İBBGK	: İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
s.	: Sayfa
TAKBİS	: Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TST	: Tapu Sicili Tüzüğü
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Vd.	: Ve devamı

GİRİŞ

Hukuk yargılamasında çekişmeli yargı işlerinin önemli bir çoğunluğunu, taşınmazlardan kaynaklanan davalar oluşturmaktadır. Taşınmazlardan kaynaklanan davalarda, davanın açılmasından sonra hatta davanın açılmasından önce, uyuşmazlığın nihai çözümü olacak maddî anlamda kesin hükmün tesisine kadar geçecek dönem için taşınmazın mevcut durumunun korunması ve yargılama sırasında ortaya çıkabilecek tehlikelerin bertaraf edilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Taşınmazın mevcut durumunun korunamaması halinde ise; davacının davanın sonunda haklı olduğunu ispat etmesine rağmen davadan amaçladığı sonucun alınamaması riski mevcuttur. Bu nedenle taşınmazlardan kaynaklanan davalarda gerekli ihtiyati tedbirin, mahkemeden talep edilen asıl hukukî koruma ile birlikte talep edilmesi ve verilen ihtiyati tedbir kararının uygulanması gereklidir.

Taşınmazlara ilişkin davalarda işlerlik kazanacak olan geçici hukukî koruma bakımından asıl olan koruma türü, ihtiyati tedbirdir. Bu nedenle para alacaklarının temini işlevini üstlenen ihtiyati haczin, davanın konusunu taşınmazın aynının oluşturduğu davalarda uygulanma olanağı yoktur. Ancak, uygulamada, zaman zaman, taşınmazlara ilişkin davalar bakımından iki farklı geçici hukukî koruma türü olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kurumlarının birbirinden ayırt edilemediği görülmektedir. Çekişmenin niteliğine uygun olan geçici hukukî koruma zamanında talep edilmediği için hak kayıpları yaşanabilmektedir. Üst derece mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri tarafından verilen birtakım kararlarda da bu iki kurumun ayırt edilemediği anlaşılmaktadır. Ayrıca bir taşınmaz üzerinde ihtiyati haciz uygulanması gerekirken ihtiyati tedbir uygulanması nedeniyle bazı hukukî ve fiili sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Taşınmazlar üzerinde uygulanabilecek ihtiyati tedbirler, dava konusu taşınmaza ilişkin talep sonucu ile sınırlanan ve asıl hukukî korumanın gerçekleşmesi amacına hizmet eden bir nitelik taşımaktadır. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesinin kanuni dayanağını, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. ve devamı maddeleri oluşturmaktadır. HMK'da ihtiyati tedbir bakımından getirilen genel düzenlemeler, taşınmazlar hakkında verilecek ihtiyati tedbir kararları bakımından gereken genel

koşulları düzenlemiştir. Bu düzenlemelerin yanında, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1010. ve 1011. maddelerinde düzenlenen şerhler, “geçici tescil şerhi” ile “çekişmeli haklar şerhi” verilmesi şeklindeki olanaklar da mevcuttur. Ayrıca uygulamada “feragdan men” veya “devir yasağı”, şeklinde adlandırılan ihtiyati tedbir türü ile Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemelerinin bazı kararlarında ihtiyati tedbirin bir türü olarak kabul edilmeyen ve tapu sicilinde beyanlar hanesine işlenen “davalıdır” şerhi de dava konusu taşınmazın davanın devamı sürecinde güvence altına alınmasına hizmet eden bir takım hukukî çareler arasında yer almaktadır.

Çalışmamızın temel amacı, taşınmazlar hakkındaki ihtiyati tedbirlerin türlerinin neler olduğunun sınıflandırılması, böylece taşınmazlar hakkında ne şekilde ihtiyati tedbir kararı verilebileceği ve uygulanabileceğinin tespit edilmesi bunların kanuni dayanağı, hukukî niteliği ile uygulanma şartlarının ve dava konusunun devri halinde üçüncü kişilere etkilerinin neler olduğunun tespit belirlenmesidir. Bu bağlamda, ihtiyati tedbir türlerinin tespit edilmesinden önce, ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir kurumlarının birbiri yerine hatalı kullanımları halinde ortaya çıkacak sakıncaların neler olduğu ile iki kurumun birbirinden farkının neler olduğu incelenmiştir. Ayrıca ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz uygulamalarında yüksek mahkemenin, ihtiyati haciz için uyguladığı yaklaşık ispat ölçüsü ile taşınmazlara ilişkin davalarda ihtiyati tedbir kararı için uyguladığı yaklaşık ispat ölçüsü arasında bir fark bulunup bulunmadığı, bulunmakta ise bu farkı ne olduğu ve kaynağının ne olabileceği sorusuna da yanıt aranmıştır. İspatın ölçüsünün yanında hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesinin de taşınmazlar bakımından önem ve etkisinin ne olduğu irdelenmiştir. Devamında verilen ihtiyati tedbir kararının ne şekilde icra edileceği, verilen ihtiyati tedbir kararının tapu siciline güven ilkesi bağlamında değerlendirilmesi incelenmiştir.

Çalışmada yöntem olarak Türk hukuk öğretisinde ve uygulamasında, tespit edilen ihtiyati tedbir türüne gösterilen yaklaşımların neler olduğu ile görüş ayrılığı olup olmadığı karşılaştırmalı olarak ele alınarak bu konudaki yargısal içtihatlarla yer verilmiştir. Çalışmanın kapsamı belirlenirken günümüzde tesis kadastrounun büyük ölçüde tamamlanmış olmasına göre tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinden değerlendirme yapılmıştır. Çalışmanın güncelliğinin sağlanması için 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi' nin yürürlükte olduğu döneme ait düzenlemeler çalışma kapsamının dışında bırakılmıştır.

Çalışma ile amaçlanan, taşınmazlara ilişkin davalarda ihtiyati tedbir kurumunun etkin ve etkili bir biçimde, amacına uygun olarak kullanılması, türlerinin belirlenmesi ve sınıflandırılması, ihtiyati haciz ile aralarındaki farkın belirginleştirilmesi ve buna bağlı olarak iki geçici koruma türünün karıştırılmasından doğan sorunların tespiti ve çözülmesine ilişkin katkıların sağlanmasıdır.



§ 1. TAŞINMAZ KAVRAMI VE TAŞINMAZLARA İLİŞKİN HÂKİM PRENSİPLER

A. TAŞINMAZ KAVRAMI

Taşınmaz mülkiyetinin konusunu, TMK' nın 704. maddesinde sayılan, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler oluşturur. Tesis kadastro¹ tamamlanmış yerler² bakımından taşınmazların hukukî varlığı, tapu sicilinde yer alan tüm kayıt ve tespitlerle sınırlıdır. Tapu sicili, bir kütüğe verilen isimden ziyade, asıl olarak, taşınmazlar hakkında üzerinde bulunan tüm hakların kamuya açıklanmasını sağlamak amacına hizmet eden çeşitli defterlerin bir bütünü olarak tanımlanmıştır³. Bu nedenle, tapuya kayıtlı taşınmazlarda tapu sicilinin en başta gelen işlevi aleniyet işlevidir. Tapuya kayıtlı bir taşınmazın üzerinde mülkiyet ya da diğer ayni hak sahipleri ile her türlü ayni ve şahsi sınırlandırma, üçüncü kişiler yönünden kural olarak tapu siciline işlenmek suretiyle varlık kazanırlar. TMK'nın 1020/3. maddesine göre; kimse, tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez. Bu durum, kanuni karine olarak nitelendirilmiştir⁴.

¹ Tesis kadastro, bir ülkenin topoğrafik kadastral haritasına dayalı olarak taşınmazların hukuki ve geometrik durumlarını tapulama faaliyetine temel teşkil etmek üzere tutanakla tespit ve ilan edilmesi işlemlerini ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Sapanoğlu, Süleyman, 3402 sayılı Kadastro Kanunu Notlu ve İçtihatlı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, sayfa 8 ve devamı.

² 14/05/2020 tarihi itibarıyla Türkiye'de ülke düzeyinde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan faaliyet raporuna göre; tesis kadastro sunun tamamlanma oranı % 98, 48'dir. (Bkz. <https://www.tkgm.gov.tr/teftis-kb/faaliyet-raporlari>)

³ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe- Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016 s. 143. ; Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 s. 282; Sirmen, Lale. Eşya Hukuku, 6. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018 s. 36; Akipek Jale G. , Turgut Akıntürk, Derya Ateş. Eşya Hukuku, C. 1, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2018 s. 252, Ayan Mehmet. Eşya Hukuku: Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. 1, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020 s. 216.

⁴ Öztan, Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 215; Ünal, Başpınar s. 285.

B. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN HÂKİM PRENSİPLER

Ayni haklar, Türk Hukukunda hâkim görüşe göre; “*bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen hak*” olarak tanımlanmıştır⁵. Ayni haklar sınırlı sayıda ve tipe bağlı olup bunlar mülkiyet hakkı ile diğer sınırlı ayni haklar olarak görünüm kazanırlar⁶. Buna karşılık şahsi haklar, sınırlı sayıda ve tipe bağlı olmayan, sadece konusunu teşkil eden borç ilişkisinin tarafları arasında hüküm ifade eden haklardır⁷. Zilyetlik ise konusu olduğu taşınmaz üzerinde hukukî ve fiili bir durumun karşılığı olarak zilyedin fiili hâkimiyetini⁸ ve zilyetlik iradesinin varlığını bir arada gerektirmektedir. Tapuya kayıtlı taşınmazlar bakımından zilyetlikten doğan davaları açma yetkisi ile hak karinesinden yararlanma yetkisi TMK’nın 992. maddesine göre, sicilde zilyet bulunan kişiye ait olup⁹ bu durum “*sicil zilyetliği*” olarak ifade edilmektedir¹⁰.

Ülkemizde tesis kadastro çalışmaları neredeyse bitmiş durumda olduğu gözetildiğinde, taşınmazlar yönünden asıl olan, sicil zilyetliğidir. Taşınmaz mülkiyetinin konularından olan, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler ile tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli hakların tapuya kayıtlı olmaması olanaklı değildir. Buna rağmen, bir arazinin davaya konu edilmesi halinde bu arazinin tapuya kayıtlı olmaması durumu ile karşılaşılabilir. Bu durumda da tapuya kayıtlı olmaması halinde de bir arazi üzerinde ihtiyati tedbir kararı verilmesi ihtiyacı doğabilir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar Yargıtay’ın yerleşik

⁵ Ünal, Başpınar, s. 121.

⁶ Ünal, Başpınar, s. 82; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir s.20.

⁷ Ünal, Başpınar, s. 23. Ünal, Başpınar, s. 255, Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir s.106; Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: Eşya Hukuku, C.1, 5. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989 s. 204.

⁸ Öztan, s. 661.

⁹ Öztan, s. 712.

¹⁰ Ünal, Başpınar, s. 259.

içtihatlarına göre taşınır eşya hükmünde kabul edildiğinden çalışma konusuna dâhil edilmemiştir¹¹.

Tapu siciline kayıtlı bir taşınmazın hukukî durumunun tespiti, sicilde yazılı kayıtlar ile mümkündür. Tapu siciline yazılacak kayıtlar sicilin aleniyet işlevinden kaynaklı olarak sınırlı sayıda olma ilkesine tabidir. Bir taşınmaz hakkında uygulanmasına karar verilen ve öğretide ihtiyati tedbir olarak kabul edilen çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi ile “davalıdır” şerhi adı altında yasal karşılığı olmayan ancak tapu sicilinde de beyanlar hanesine kaydedilen bir uygulamanın varlığı söz konusudur. Bu bağlamda öncelikle, şerh ve beyan kavramlarının neler olduğu ve aralarındaki farklara değinmekte yarar bulunmaktadır.

¹¹ Yargıtay 1. HD 30/ 05/ 2006 tarihli, 2006/1674 E. , 2006/6201 K. sayılı; Yargıtay 14. HD 19/04/2006 tarihli, 2006/3362 E. , 2006/4609 K.sayılı; , Yargıtay 8. HD 15/12/2005 tarihli, 2005/8213 E. , 2005/8611 K. sayılı; Yargıtay 8. HD 22/03/2006 tarihli, 2006/1291 E. 206/1919 K. , Yargıtay 1. HD 12/02/2024 tarihli, 2022/4342 E. , 2024/1043 K. , Yargıtay 1. HD 30/11/2023 tarihli, 2022/3325 E. , 2023/7008 K. , Yargıtay 1. HD 20/06/2023 tarihli, 2022/8494 E. , 2023/3459 K. sayılı kararlarında da belirtildiği üzere tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların taşınır mal hükmünde olduğuna dair içtihatlar istikrar göstermektedir.

§ 2. ŞERH VE BEYAN KAVRAMI

A. ŞERH KAVRAMI

Şerhler TMK'nın 1009. maddesinde ve devamında düzenlenmiştir. Kişisel haklarda şerhler anılan maddeye göre; arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bir hakkın tapu kütüğüne şerh edilebilmesi, hakkın tapuya şerh edilebileceğinin kanunda açıkça öngörülmesine bağlı olduğundan şerhler sınırlı sayıda olma prensibine tabi olup kanunda belirtilenler haricindeki bir hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesi olanaklı değildir¹².

Şerhin etkisinin ne olduğu TMK'nın 1009. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; kanunlarda tapu kütüğüne şerh edilebileceği açıkça öngörülen hakların şerh edilmesi ile o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında şerhler TMK'nın 1010. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları, haciz, iflâs kararı veya konkordato ile verilen süre, aile yurdu kurulması, art mirasçı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler, tasarruf

¹² Sirmen, Lale. Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019. , s. 35; Ünal, Başpınar s. 354.; Oğuzman, Seliçi- Özdemir s. 189; Akipek, Jale G. ,Akıntürk, s. 347; Tekinay, s. 379.

yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin olarak tapu kütüğüne şerh edilebilir. Bu halde de, şerhten kaynaklanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.

TMK’da tapu kütüğüne şerh edilebilecek kişisel haklar ile tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin şerhlerden sonra sistematik içinde şerh başlığı altında yer alan ancak düzenlenme şekli itibari ile çekişmeli haklar şerhinden farklı bir şekilde düzenlendiği kanunun sözel yorumundan anlaşılan “Geçici Tescil Şerhi” TMK’nın 1011. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iki durumda geçici tescil şerhi verilebilir. Bunlardan ilki, iddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınmasının gerekmesidir. Diğer durum ise tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanun olarak tanınmasıdır. Bu iki durumun seçimlik mi yoksa zorunlu olarak birlikte mi arandığı hususuna yanıt vermek için aynı maddenin ikinci fıkrası değerlendirilmelidir. İkinci fıkranın birinci cümlesinde, geçici tescil şerhinin bütün ilgililerin razı olmasına veya hâkimin karar vermesine bağlı olacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından “veya” bağlacının kullanılması ile ilk fıkra bir bütün olarak incelendiğinde, geçici tescil şerhinin, tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki noksanlıkların sonradan tamamlanmasına kanunun olanak tanınması halinde, bütün ilgililerin razı olması ile verilebileceği ve ayrıca iddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınmasının gerekmesi halinde de hâkimin kararı ile verilebileceği anlaşılmaktadır¹³.

Şerhler munzam ve menfî etkisi nedeniyle maddî hukuk bakımından önemli etkilere sahip kayıtlar olmakla birlikte öğretide ihtiyati tedbirin bir türü olarak kabul edilen çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi, medenî usûl hukuku bakımından da etki doğuran karma karakterli hukukî kurumlardır.

¹³ Ünal, Başpınar s.345; Tekinay, s. 397.

B. BEYAN KAVRAMI

Beyanlar, şerhlerden ayrı olarak TMK'nın 1012. maddesinde düzenlenmiştir¹⁴. Beyan, genellikle taşınmazın fiili veya hukukî durumunu açıklayıcı nitelik taşıyan, ancak taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğini etkilemeyecek şekilde tapu kütüğünün beyanlar hanesine yazılan kayıtlardır¹⁵.

Beyanlar ile şerhler arasındaki konu bakımından farklılık şerhlerin konusunu taşınmaz üzerindeki kişisel haklar, tasarruf kısıtlamaları ile geçici tescilin oluşturması, beyanın konusunu ise taşınmaza ilişkin hukukî ve fiili durumların oluşturmasıdır¹⁶.

Şahsi haklar, çekişmeli haklar ve geçici tescil şerhi niteliği itibariyle, kurucu ve açıklayıcı nitelikte olabilir¹⁷. Örneğin, kişisel hakların şerh edilmesi kurucu değil açıklayıcı niteliktedir¹⁸. Diğer bir deyişle tapu siciline şerh edilebilecek sözleşmelerden taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kuruluş ve geçerliliği resmi şekilde yapılmalarına bağlıdır. Borç ilişkilerinin nisbiliği ilkesine göre de yalnızca tarafları hakkında hüküm ve sonuç doğururlar. Bu tip sözleşmelerin geçerliği tapu siciline şerh edilmelerine bağlı değildir. Sicile şerh edilmeseler dahi geçerliliklerini korurlar. Ancak tapu siciline şerh edilmeleri bu sözleşmelerin taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak sahibi olacak kimselere karşı da ileri sürülebilmesine olanak tanır. Hak sahibine sunduğu bu imkânın hukukî niteliği öğretide hâkim görüşe göre eşyaya bağlı borç oluşturmasıdır¹⁹. Bu durum öğretide etkisi kuvvetlendirilmiş şahsi hak olarak da isimlendirilmiştir²⁰.

¹⁴ Delipınar, Yusuf Can, *Geçici Tescil Şerhi*, Ankara : Yetkin Yayınları, 2022, s. 13.

¹⁵ Ünal, Başpınar s. 347; Sirmen, s. 220; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, s.261; Akipek, Akıntürk, Ateş s. 314; Delipınar s. 13,.

¹⁶ Delipınar s. 13; Oğuzman s. 243, Ünal, Başpınar s. 354; Sirmen, s. 220; Akipek, Akıntürk, Ateş s. 314.

¹⁷ Ünal, Başpınar, s. 410.

¹⁸ Delipınar, s. 14; Nomer Haluk Nami, Mehmet Serkan Ergüne. Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2020, s. 168.

¹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, s. 213 vd.

²⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, s. 214.

Tasarruf yetkisi, hak sahibinin bir şey üzerindeki hakkını başkasına devredip devredemeyeceğini, sınırlandırıp sınırlandıramayacağını, değiştirip değiştiremeyeceğini ya da bu hakka son verip veremeyeceğini karşılayan bir kavramdır²¹.

Tasarruf yetkisinin bazı hallerde üçüncü kişilerin zarar görmesinin engellenmesi amacıyla kısıtlanması öngörülmüştür²².

§ 3. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TÜRLERİ

Maddî hukukun kişilere sağladığı hakların tespiti ile hak sahibine teslimi için kendiliğinden hak almanın yasaklanmış olmasına göre şekli hukuk dalları arasında yer alan medenî usûl hukuku ile icra ve iflâs hukukunun devreye girmesi gerekir²³. *Şekli hukuk, maddî hukukun bahsettiği hakların gerçekleşmesine hizmet eder*²⁴.

Medenî usûl hukukunun, sübjektif hakkın temini için en etkin görünümünden birisi, hak sahibinin hakkını dava yolu ile ileri sürmesidir. Davanın açılmasından maddî anlamda kesin hükmün tesisine kadar olan dönemde geçecek süre pek çok değişene bağlıdır. Davanın süresi, davadaki taraf sayısına, uyuşmazlığın niteliğine,

²¹ Mustafa Dural / Tufan Ögüz, “Kişiler Hukuku”, Türk Özel Hukuku, C.2, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 51. Tasarruf yetkisi ile fiil ehliyetinin bir türü olan ve tasarrufta bulunacak kişinin özellikleri bağlı olan tasarruf ehliyeti aynı kavramı ifade etmez. Tasarruf yetkisi ve tasarruf ehliyetinin karşılaştırması için bkz. Öztan s. 68; Hamamcıoğlu Vardar, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014; Delipınar, s. 19.

²² Doğan, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004, s. 27; Delipınar, s. 19.

²³ Konuralp, Cengiz Serhat, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013, s. 45; Erişir, Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul : On İki Levha Yayınları, Eylül, 2013, s 6 vd; Özkes Muhammet, Evrim Erişir, Konusu Para Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, *Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 2.5 (2006): 1235- 1273. , Özkes, Muhammet. *İcra Ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz* . Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999, s. 16.

²⁴ Özkes s. 19, Erişir s. 137; Konuralp s. 47.

çözümü için yapılması gereken teknik incelemenin kapsamına bağlı olarak uzayabilir²⁵. Bunların yanında, uygulayıcıların deneyim eksikliğine²⁶, adliyelerin fiziki koşulları ile yardımcı personelin nitelik ve nicelik olarak yeterli olmamasına, hâkim başına düşen dosya sayısının insani iş yükünün üzerinde olmasına ve hâkimlerin ihtisaslaşmasına olanak tanınmaması²⁷ gibi birçok etkene bağlı olarak da farklılık göstermektedir.

Taşınmazlardan kaynaklanan davalarda da, tüm dava süreçlerinde olduğu gibi, davanın açılmasından sonra hatta davanın açılmasından önce, uyuşmazlığın nihai çözümü olacak maddî anlamda kesin hükmün tesisine kadar olan dönem, uzun bir süre alabilir ve dava konusunun bu sürede çeşitli tehlikelere açık kalması riski ortaya çıkar²⁸. Bu risk nedeni ile hak sahibine yalnızca dava yolu ile hakkını alabilmesi için bir imkân tanınması tek başına yeterli olmaz çünkü bununla birlikte mahkeme kararının aynen icra edilmesini sağlayacak tedbirlerin de alınması gerekir²⁹.

Maddî hukuk tarafından sağlanan hakların hak sahibine teslimi için yargılama sürecinde ve kararın icra edilmesi aşamasında, önceden belirlenmiş prosedürlere belirli süreler içinde uyulması lazımdır ve bu durum taraflar için bir güvence olup; maddî gerçeğe ulaşmak için kapsamlı bir araştırmaya buna bağlı olarak da zamana ihtiyaç duyulur³⁰. Ancak bu prosedürlerin yerine getirilmesinde harcanan zamanın giderilmesi güç ya da imkânsız zararlara yol açabilme imkânı mevcuttur³¹. *Tabiri*

²⁵ Kuru, Baki. *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı*. Cilt I, II. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 1272.

²⁶ Uygulayıcıların yeterli deneyim sahibi olmadığına ilişkin eleştiriler için bkz. Muhammet Özkes, Adil Yargılamaya Tehdit: Bilgisiz Hâkim ve Avukat, İstanbul Barosu - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojik Bakışlar IV Sempozyumu, İstanbul/25-29 Ağustos 2008 HFSA 21. Kitap (İstanbul Barosu yayını) erişim: <https://ozekesseven.com/tr/Akademik-Eserler/Eser/Adil%20Yarg%C4%B1lanmaya%20Tehdit-%20Bilgisiz%20H%C3%A2kim%20ve%20Avukat/125>

²⁷ Hukuk yargılaması için hâkimlerin çözmekle yükümlü oldukları hukukî uyuşmazlıklar bakımından uzman olmadıklarına, bu sebeple de hukukî problemlerin çözümü için bilirkişiye başvurmanın alışkanlık haline getirildiğine dair eleştiriler için bkz. Hakan Pekcanitez, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci, TBBD, erişim: <https://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1699>, sayfa 239.

²⁸ Kuru, El Kitabı, s. 1263; Erişir, s. 14; Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet,

Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı. Ankara : Yetkin Yayınları, 2014, s. 609; Üstündağ, Saim. *İhtiyati Tedbirler*. İstanbul : Fakülteler Matbaası, 1981 s. 1; TAŞ KORKMAZ, Hülya. «Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler.» *Yüksek Lisans Tezi*. Diyarbakır, 1995, s. 4.

²⁹ Konuralp, s. 46; Üstündağ s. 2; Taş Korkmaz, s. 6 vd; Erişir, s. 137 vd. Kuru El Kitabı, s. 1263; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 610.

³⁰ Konuralp s. 45.

³¹ Konuralp s. 46.

caizse hakkını elde etmek için bu yollara başvuran kimsenin derin bir soluğa ihtiyacı vardır, burada kusur, sadece ağır işleyen adalet mekanizmasında değildir. Belirli bir prosedüre ve sürelerle uyulması, tarafların haklarının korunması için bir güvencedir³².

Yargılamanın sonucunun, yargılamaya başlandığı sırada, hatta ondan da önce güvence altına alınması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu da ancak, kesin hukukî koruma elde edilinceye kadar geçici hukukî korumalar ile sağlanacaktır³³. Özellikle, karşı tarafın ulaşılmak istenen sonucu bertaraf etmek için girişeceği davranışlar nedeni ile yargılamanın sonunda herhangi bir şey elde edilmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda yapılan yargılama ve davacının talebi boşa gitmiş olacak, dava kazanılsa, takip başarı ile sonuçlansa dahi müddeabih kaybedilecektir³⁴.

Geçici hukukî korumanın bizzat ihkak-ı hakla, hakkın devlet kuvveti tarafından sağlanması arasındaki dengeyi koruduğu söylenebilir³⁵. Çünkü, bir yandan hak sahibinin hakkına bir an önce ulaşma isteği, özellikle karşı tarafın üzerinde uyuşmazlık olan hakkı tehlikeye sokan davranışları karşısındaki tedirginliği; öte yandan da devletin hukukî korumayı sağlayıp, uyuşmazlığı kesin olarak sonuçlandırmasında geçen zaman faktörü, geçici hukukî koruma ile dengelenmektedir, böylece hem karşı tarafın uyuşmazlık konusu hakkı tehlikeye sokan davranışının önüne geçilmekte, hem de hak sahibi olduğunu iddia edene hukuk düzeninin hakkını koruduğu teminatı verilerek hukuk dışı davranışlara yönelmesi engellenmiş olmaktadır³⁶.

Geçici hukukî korumalar her şeyden önce yargılamanın veya takibin sonucunun önceden güvence altına alınmasına hizmet eder³⁷. Bununla birlikte geçici hukukî koruma tedbirleri daha sağlıklı bir yargılama sürecinin işlemesinin ve gerçeğe

³² Özekes, s. 36.

³³ Özekes, s. 37; Arslan, Ramazan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici Hukukî Korumalar

Konusunda Getirdiği Yenilikler, *Bankacılar Dergisi* Özel Sayı (2013): 7- 86. s. 7; Taşpolat

Tuğsavul, Melis Taşpolat. “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin

Ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi”. Dokuz Eylül Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi 16, July (July 2014): 2063-2113, s. 2070.

³⁴ Özekes, İhtiyati Haciz, s. 36; Taşpolat Tuğsavul, s. 2069.

³⁵ Özekes, İhtiyati Haciz, s. 37.

³⁶ Özekes, İhtiyati Haciz, s. 37.

³⁷ Konuralp, s. 50; Erişir, s. 50.

ulaşılmasının da güvencedir³⁸. Medenî yargılamanın amacı maddî hukuktan kaynaklanan sübjektif hakların tanınması ve korunması ile gerçekleşmesini sağlamaktır³⁹.

Geçici hukukî korumalar vasıtası ile kesin hukukî korunma talep eden kişi hakkının tehlikede olmadığına duyduğu inanç sayesinde, bütün iddialarını sağlam delillere dayandırmaya çalışacak, zaman baskısı olmaksızın delillerini toplayabilecek ve avantajlı durumunu kaybetmeme gayretiyle yargılamaya yardımcı olacaktır⁴⁰. Karşı taraf yani aleyhine ihtiyati tedbir uygulanan ise dezavantajlı durumu nedeni ile geçici olarak kaybettiği hukukî durumu geri kazanmak çabası ile tahkikatta yer alacak ve yargılamanın uzaması aleyhine olacağı için kötü niyetli davranışlardan kaçınacaktır⁴¹. Aksi bir durumda da ihtiyati tedbir bakımından geçici bir avantaj elde eden tarafın karşı tarafı bu yönde baskı altına almaya yönelik davranışları da ortaya çıkabilir. Örneğin haklılığını tam ispat noktasında güçlük yaşayan davacı ihtiyati tedbir nedeni ile kötü niyetli işlemler yapabilir. Bu halde dava devam ederken davalının ihtiyati tedbir nedeni ile mağdur olmasını engelleyecek ölçüde ihtiyati tedbir şartlarının talep üzerine yeniden değerlendirilmesi gerekir⁴². Ancak uygulamada, delil durumundan bağımsız olarak özellikle devir yasağı şeklinde verilen tedbirlerde ihtiyati tedbirin kesin hüküm verilene kadar kaldırılmamasına yönelik bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür. Üst derece mahkemelerinin kanun yolu aşamasında da dava sonucunu güvence altına almak amacı ile ihtiyati tedbirin devamı için taşınmazın sadece dava konusu edilmesini yeterli bulmaktadır⁴³.

Geçici hukukî korumaların, asıl yargılamayı tamamlayıcı bir işlevi bulunmaktadır ve bunlar yargılama hukukunun bir bölümünü oluşturur; bu korumaların tamamlayıcı işlevi, yargılama hukukunun amacıyla bir bütünlük göstermektedir⁴⁴. Çünkü yalnızca yetkili yargı organı tarafından tespit edilip yerine getirilmesine hükmedilen bir hak,

³⁸ Konuralp, s. 51; Özekes, İhtiyati Haciz, s. 39.

³⁹ Özekes, İhtiyati Haciz, s. 33.

⁴⁰ Özekes, İhtiyati Haciz, s. 34.

⁴¹ Konuralp 51; Özekes 39.

⁴² Özekes, İhtiyati Haciz, s. 40.

⁴³ Bkz. İstanbul BAM 1. HD, 30/01/2023 tarihli, 2023/240 E., 2023/127 K., sayılı kararında “dosya kapsamına göre; davacı vekilince inançlı işlem hukuksal nedenine dayalı olarak tapu iptali ve tescil isteminde bulunulduğu, taşınmazın aynının ihtilaflı hale geldiği, ihtiyati tedbir şerhi işlenmesi istenen dava konusu taşınmazın üçüncü kişilere devri halinde telafisi imkansız zarara yol açılabileceği, mahkemece teminat karşılığında ihtiyati tedbir kararı verildiği gerekçesi ile başvurunun reddine” şeklinde karar verilmiştir.

⁴⁴ Özekes s.13; Arslan s. 7.

ilgilisi tarafından yerine getirilmedikçe gerçek ve etkin bir hukukî korumadan söz edilemez⁴⁵. Geçici hukukî himaye tedbirleri dava ve takip sonucunda varılan kesin hukukî himayenin durumuna göre ya ortadan kalkar ya da geçici hukukî himaye kesin hukukî himayeye dönüşür⁴⁶.

Geçici hukukî koruma, “hakkın elde edilmesine yönelik hukukî süreç öncesinde, sırasında veya sonrasında doğabilecek risklerden tarafları koruyarak elde edilen sonucun aynen gerçekleşebilmesini sağlayan, yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukukî korumadır”⁴⁷.

Geçici hukukî koruma kavramı bazen ihtiyati tedbir ile aynı anlamda kullanılmakta ise de geçici hukukî korumalar, ihtiyati tedbirleri de kapsayan bir üst kavramdır⁴⁸. İhtiyati tedbir kurumu hukukî nitelik itibarıyla geçici hukukî korumadır⁴⁹. Geçici hukukî koruma ile ihtiyati tedbir kavramı da birbirinden ayrı kavramlar olup ihtiyati tedbir geçici hukukî korumanın bir çeşididir, geçici hukukî koruma da daha genel ve üst bir kavramdır⁵⁰.

A. İHTİYATİ TEDBİR

İhtiyati tedbir, HMK’nın onuncu kısmında “Geçici Hukukî Korumalar” başlığı altında birinci bölümde yer alan 389. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. HMK’nın 389/1. maddesine göre; mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında

⁴⁵ Özkes s. 34; Erişir s. 17.

⁴⁶ Konuralp 49.

⁴⁷ Konuralp s. 46; Erişir s.

⁴⁸ Konuralp S. 47, Erişir s. 5, Pekcanıtez, Atalay, Özkes s. 1011, Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1652.,

Taşpolat Tuğsavul s. 2070. Kaplan Mikail Bora, Sınai Mülkiyet Kanununda İhtiyati Tedbirler, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, Ekim 2018, s. 4.,

⁴⁹ Konuralp s. 47; Erişir s. 7; Yılmaz s. 32; Özkes s. 41.

⁵⁰ Özkes s. 40; Erişir s. 53 ; Konuralp s. 47.

ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Kanunda ihtiyati tedbir kararının hangi hallerde verilebileceği düzenlenmiş ise de açık bir tanıma yer verilmemiştir.

İhtiyati tedbir öğretide kanundaki unsurları kapsayan farklı şekillerde tanımlanmıştır⁵¹. İhtiyati tedbir, maddî hukuk isteminin ve gecikmesinde tehlike olan bir durumun yaklaşık ispat ölçüsünde ispat edilmesi şartıyla, gerektiğinde karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı ertelenerek, para alacağı dışında kalan taleplerin teminine; istisna olarak da tüm istemlerin asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet eden geçici hukukî koruma olarak, ifade edilebilir⁵².

Davanın sonuçlanmasının uzunca bir zaman alması, geçen zaman sürecinde dava konusu üzerinde gerçekleşebilecek bazı fiili durumlar, davacının dava sonundaki muhtemel başarısının onun için bir fayda sağlamaz hale gelmesine yol açabilir⁵³. Dava konusu taşınmazın dava sırasında üçüncü bir kişiye devredilmesinde⁵⁴, TMK'nın 1023. maddesine göre iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak iktisabının korunması gerektiği halinde dava konusu hakkın elde edilmesinin imkânsız hale gelmesine yol açabilir. Örneğin, davaya konu taşınmazın davanın devamı sırasında

⁵¹ Erişir s. 133; İhtiyati tedbir hakkında yapılan diğer tanımlar için bkz.

Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.556, Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul: 2001, s. 4290; Üstündağ s. ; Konuralp, s. 8, Özekes, Fikir Ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, s. 91. Taş Korkmaz, s. 4; Tanrıver Süha, *Medeni Usûl Hukuku*, Cilt I, II. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 205; Göksu, Mustafa, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16.Özel Sayı 2014 (2015): 1253- 1273. S. 1256; Özkök, Süleyman. *İhtiyati Tedbirler (HUMK 101- 113/ A)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s.2 ; Yılmaz, Orhan. *İhtiyati Tedbirler*. Konya Ereğlisi: İvriz Matbaası, 1963, s. 15; Arslan s. 35; Yılmaz, s. 37; MİSTAÇOĞLU, Yasemin. *Medeni Usûl Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 15.

⁵² Erişir, s. 124

⁵³ Üstündağ s. 1.

⁵⁴ HUMK'nun yürürlükte iken, taşınmazlar bakımından 101. Maddenin 1. bendinde düzenleme mevcut olup HMK sistematigi içinde taşınmaz mallar hususunda ayrıca düzenleme yapılmaksızın “uyuşmazlık konusu” olarak ihtiyati tedbirin sınırları belirlenmişti. “HUMK 101. Maddesinin 1. Bendinde, taşınmaz mallar hakkında, haciz veya güvenilir kişiye emanet edilme şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini belirtmekle yetinmiş ve bent açık olarak düzenlenmemiş olup; alınacak tedbirlerin şekil ve niteliği hakkında başkaca bir düzenleme HUMK'da bulunmamaktaydı. Ancak bu durum MK'a yollama yapılmadığı için eleştirilmiştir. Çünkü, taşınmaz mallarla ilgili olarak tedbir niteliğinde alınabilecek kararların neler olabileceği; tapu sicili ile olan ilgisi yüzünden doğrudan doğruya MK'nun 920 ve 921. Maddelerinde düzenlenmiş olduğu için bu hususta usul kanunundan atıf yapılması gerektiğine dair eleştiriler için bkz. Üstündağ, Sayfa 10. Taş Korkmaz s. 45. Günümüzde de TMK ile MK arasında bir ilişkilendirme yapılmış değildir. Ancak kanaatimizce, ilişkilendirme için atıf yapılması halinde, ihtiyati tedbirler hakkında genel düzenleme niteliğinde olan HMK'dan atıf yapılması yerine, konu itibarıyla özel kanun niteliğinde bulunan TMK'ndan, HMK'na atıf yapılması, kanun sistematigi açısından daha yerinde olacaktır.

iyiniyetli bir üçüncü devredilmesi halinde, TMK'nın 1023. maddesine göre son alıcının, iyiniyetli üçüncü kişi olarak aynı hak iktisabının korunması gereği ortaya çıkabilir⁵⁵. Bu durum, son alıcı bakımından iyiniyetli olması halinde tapu siciline itimat prensibinin en temel sonucu olmakla birlikte mevcut davacı açısından davanın devamı sırasında ortaya çıkabilecek en önemli tehlikelerin başında gelmektedir. Ayrıca dava konusu taşınmazın, davanın devamı sırasında fiilen bir zarara uğraması, yok edilmesi tehlikeleri de mevcuttur. Yine dava konusu arsanın üzerine bir yapı yapılmasının durdurulması, bir geçit yahut mecra irtifakı kuruluncaya kadar olan dönem içinde taraflar arasındaki hukukî ilişkinin düzenlenmesi ihtiyacı⁵⁶ da ortaya çıkabilir. Yıkılma tehlikesi olan bir duvarın güçlendirilmesi ihtiyacı, kolon veya kirişine zarar verildiği iddiası ile eski hale getirme istemi ile açılan bir davada taşınmazın yıkım tehlikesinin önlenmesi yönünden de tedbir kararı verilmesi gereken haller mevcuttur. Bu gibi durumlarda, uyuşmazlığın esasını çözer mahiyette tedbir kararı verilip verilemeyeceği ile tedbirin sınırlarının belirlenmesi hususundaki tartışmalara tedbir türleri ile alakalı yapılan açıklamalarda yer verilecektir.

İhtiyati tedbirler hemen etki eden bir güce sahip kararlar olup⁵⁷, ihtiyati tedbir kararına verilecek içerik, davanın neticesini etkili bir biçimde güvence altına alırken, esas hakkındaki davanın getireceği neticeyi doğrudan temin etmemekle esas karara ulaşılabilme ihtimalini ortadan kaldırmamalıdır⁵⁸.

B. AMAÇLARINA GÖRE İHTİYATİ TEDBİRLER

İhtiyati tedbirler amaçları itibariyle, kabul gören genel anlayışa göre teminat amaçlı, eda amaçlı ve düzenleme amaçlı, ihtiyati tedbirler olarak sınıflandırılmıştır⁵⁹.

⁵⁵ Taş korkmaz s. 46 vd; Üstündağ, s. 15 vd. ; Erişir, s. 357 vd; Konuralp s. 37.

⁵⁶ Alangoya, Yavuz, Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Kararları Hakkında, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 /2, s. 366.

⁵⁷ Üstündağ, s. 10.

⁵⁸ Üstündağ, s. 10.

⁵⁹ Erişir, s. 350; Özkök, s.11; Tanrıver, s. 205; Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*. Ankara : Yetkin Yayınları, 2014, s. 612; Üstündağ s. 23; Öztekin, Süleyman. İsviçre Medeni Usûl Kanununun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemelerine Genel Bir Bakış, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19.2 (2013): 259-271, s. 260.

İhtiyati tedbirlerin en temel şekli, deyim yerinde ise ortaya çıkış nedeni ile özdeşleşen teminat amaçlı ihtiyati tedbirler; para alacağı dışındaki ihtilaf konusu hakkın icrasını, hakka ulaşılmasının bertaraf edilmesi ihtimali ile hakka ulaşılması yolunda önemli tehlikelere karşı güvence altına almayı amaçlar⁶⁰. Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler ile mal veya hak, ya aynen ya da hukuken korumaya alınır⁶¹.

HMK'nın 391. maddesi, teminat amaçlı ihtiyati tedbir olarak karar verilebilecek tüm ihtimalleri kapsayıcı bir hüküm sevk etmiştir. Buna göre, tedbire konu mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yedimeine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verilebilir.

Teminat amaçlı ihtiyati tedbir ile davanın konusunu oluşturan hakkın davanın sonuna kadar güvence altına alınmasıyla asıl davada verilecek hükmün daha sonra icra edilebilmesini garanti etmeyi üstlenmiştir ve ihtiyati tedbirlerin doğumuna dayanak teşkil eden esas düşünce teminat işlevidir⁶². Taşınmazları konu alan davalar bakımından teminat amaçlı ihtiyati tedbirler, taşınmazın davanın devamı süresince hukukî ve fiili durumunun aynen muhafaza edilmesini, bu suretle de dava sonunda maddî anlamda kesin hükmü lehine elde eden gerçek hak sahibinin, hakkına ulaşma olanağını temin eder.

Eda amaçlı ihtiyati tedbirler, dava konusu edilen hakkı geçici olarak gerçekleştirmeyi ve iddia sahibinin geçici olarak tatminini işlevini üstlenmektedir⁶³. Taşınmazlar bakımından uygulanan ihtiyati tedbir türleri arasında, eda amaçlı ihtiyati tedbir türüne rastlamak, yaygın bir ihtimal dâhilinde değildir.

Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler, uyuşmazlığın konusunu oluşturan ve taraflar arasındaki ilişkinin davanın devamı boyunca geçici olarak belirlenmesini ifade eder⁶⁴. Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler bakımından dikkat çekici olan husus, taraflar arasındaki ilişkinin davanın devamı süresince geçici olarak düzenlenmesi

⁶⁰ Üstündağ s. 10 teminat amaçlı ihtiyati tedbirlere ilişkin diğer tanımlar için bkz. Erişir s. 351; Yılmaz, C. I, s. 171.

⁶¹ Özekes, Pekcanitez Usûl, Sayfa 2503.

⁶² Konuralp, s. 40; Üstündağ, s. 25.

⁶³ Konuralp, s. 42; Erişir, s. 376; Arslan, s. 13.

⁶⁴ Konuralp, s. 41; Üstündağ s. 30; Özekes, s. 57; Taş Korkmaz, s. 33; Tanrıver, s. 206.

hususudur⁶⁵. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından “uyuşmazlığın esasını çözer mahiyette ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğine” dair bir takım içtihatlar ile düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerin uygulanma olanağının azaldığı gözlemlenmiştir⁶⁶.

İhtiyati tedbirlerin amaçlarına göre sınıflandırılmasında, taşınmazlar hakkında verilen ihtiyati tedbirlerin hukukî niteliği incelenirken tedbirin hangi amaca hizmet ettiği hususu çalışmanın devamında ele alınacaktır.

C. İHTİYATİ HACİZ

İhtiyati haciz İcra ve İflas Kanunu’nun 257-268 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İhtiyati haciz, bir para veya teminat alacağının tahsilini garanti altına almak amacıyla, alacaklının talebi üzerine borçlunun bazı mallarına yetkili makam tarafından geçici olarak el konulmasıdır⁶⁷.

İhtiyati haciz kurumunun ortaya çıkış nedeni, alacaklının hakkının ya da hakkına ulaşmasının tehlikeye düşürülmesi olup tehlikenin ne olduğu, ihtiyati haciz sebepleri arasında gösterilmiştir (İİK 257) ⁶⁸.

İhtiyati hacizde amaç, alacaklının borçlunun malvarlığından tatmin edilmesi olmadığı için borçlunun malları ihtiyaten haczedilir, ancak satılamaz. Bu şekilde

⁶⁵ Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerinin, geçici nitelikte olduğu için uyuşmazlığın esasını çözer şekilde bir karar olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Erişir, s. 387; Tanrıver, s. 207.

⁶⁶ Esası çözer şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğine dair bkz. Yargıtay 23. HD, 2013/5372 E., 2013/ 5016 K. sayılı 18/07/2013 tarihli kararında, “*Mahkemece, kural olarak asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte (esas çözer tarzda) ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği, aksi durumda ihtiyati tedbirin davanın yerine geçeceği, böyle bir kararın verilmesinin ise ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı, talep edilen tedbirin niteliği dikkate alındığında dava sonucunu elde edebilecek nitelikte bir tedbir olduğu gerekçesiyle ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmiştir.*” hususlarına yer verilmiştir.

⁶⁷ Konuralp , 52; Berkin, Mehmet Necmeddin, İhtiyati Haciz, İstanbul: Hamle Matbaası, 1962. , s. 9, Özkes İhtiyati haciz- s. 12, Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.592. Tanrıver s. 224. Üstündağ, s 5.

⁶⁸ Özkes s. 20.

borçlunun malvarlığının alacağa yeter ölçüde ihtiyati haciz yolu ile bloke edilmesi, alacaklıya tehlikedeki alacağı (menfaati) bakımından bir teminat oluşturmaktadır⁶⁹.

HMK'nın 406/2. maddesinde, ihtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukukî korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Buna göre ihtiyati haczin hukukî niteliği, kanun koyucu tarafından geçici hukukî korumanın bir türü olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle ihtiyati haczin hukukî niteliği üzerine yapılan tartışmalar geride bırakılmıştır. İhtiyati haczin hukukî niteliğinin, ihtiyati tedbirin şartları ve etkileri icra ve iflâs kanununda düzenlenen özel bir türü olduğu görüşü ile ihtiyati tedbirin özel bir türü değil para alacaklarına ilişkin bir geçici hukukî himaye tedbiri olduğuna dair tartışmalar yapılmıştır. Ancak bu tartışma HMK'nın 406. maddesinin yürürlüğünden sonra ihtiyati haczin ihtiyati tedbirin özel türü olduğunu ileri süren görüşün geçerliliğini yitirmesi ile sonuçlanmıştır⁷⁰.

HUMK'nın yürürlükte olduğu dönem içerisinde de günümüzde olduğu gibi, ihtiyati haczin amacının bir para alacağının temin edilmesi olduğu; ihtiyati tedbirin de bireyselleştirilmiş ve belirli bir talebin teminini amaçladığı kabul edilmiş durumdadır⁷¹.

İhtiyati haczin İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmesi ağırlıklı olarak takip hukuku kurumu olmasının bir neticesidir⁷². İhtiyati haczin ihtiyati tedbirden ayrılarak para alacakları bakımından ayrı bir düzenleme haline getirilmesi, haciz kurumu içinde, onun geçici tedbiri olarak düzenlenmesi ve geçici hukukî koruma olarak takibi tamamlayıcı rol oynaması bu sonucu doğurmaktadır⁷³.

⁶⁹ Özkes, s. 44.

⁷⁰ Tartışmalar için bkz Konuralp, s. 53.

⁷¹ Üstündağ, sayfa 5.

⁷² Özkes, s. 45.

⁷³ Özkes, s. 45

D. İHTİYATİ TEDBİR VE İHTİYATİ HACİZ ARASINDAKİ FARKLAR

İhtiyati Tedbir ile ihtiyati haciz arasındaki temel farklılıklar, öncelikle konusu, amacı, sebepleri ve tamamlayıcı merasimi bakımından ortaya çıkar.⁷⁴

İhtiyati tedbirin konusunu, uyuşmazlık konusu oluşturmakta iken ihtiyati haczin konusunu para veya teminat alacakları oluşturmaktadır. Her iki kurum da bir geçici hukukî koruma olmasına rağmen konuları bakımından ve tabi oldukları yargılama usûlü bakımından aralarında esaslı farklar mevcuttur. İki kurum arasındaki bir diğer esaslı fark amaç yönündendir. İhtiyati tedbirin amacı uyuşmazlık konusunun güvence altına alınması iken ihtiyati hacizde amaç alacaklı tarafından başlatılacak icra takibinin sonucunun güvence altına alınmasıdır⁷⁵.

İhtiyati haczin amacı, bir para alacağının geçici olarak güvence altına alınması iken; ihtiyati tedbir, bireyselleştirilmiş özel nitelikteki belirli bir talebin güvence altına alınması olup bir diğer deyişle; ihtiyati tedbir, para dışındaki bütün başka talepleri temin eder⁷⁶.

İhtiyati tedbir sebepleri ile ihtiyati haciz sebepleri arasındaki temel farklılık, ihtiyati haciz sebeplerinin sınırlı bir biçimde sayılmış olmasına karşın; ihtiyati tedbir sebeplerinin örnekleyici bir biçimde sayılmış olmasından kaynaklanır⁷⁷.

İhtiyati tedbir ile ihtiyati haczi tamamlayan prosedür(merasim) arasındaki farklılık, davanın açılmasından önce ihtiyati tedbir kararı alınması durumunda, tamamlayıcı prosedür bağlamında, sadece dava açma imkanının bulunması; önceden ihtiyati haciz kararı alınmışsa, tamamlayıcı prodedür bağlamında dava açma yahut takip yapma imkanının seçimlik olarak ortaya çıkmasından kaynaklanır⁷⁸.

⁷⁴ Tanrıver, s. 224 vd.

⁷⁵ Özkes, s. 1266.

⁷⁶ Üstündağ, s. 5.

⁷⁷ Tanrıver s. 225; Konuralp s. 40.

⁷⁸ Tanrıver, s. 224-225.

Kural olarak para ve teminat alacaklarında asıl olan geçici hukukî koruma ihtiyati haciz olup⁷⁹ para alacaklarının temini için açılan yahut açılacak olan davalarda ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde mahkemenin vereceği kararın niteliği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre geçici hukukî koruma talep eden kimse, hangi hukukî korumayı tercih ettiği hususunu açıkça bildirmek zorundadır. Buna göre ihtiyati haciz mi yoksa ihtiyati tedbir mi talep edildiği dilekçesinde belirtilmeli, mahkemede talep edilen hukukî koruma türüne göre değerlendirmesini yapmalıdır. İhtiyati tedbir gerektiği halde ihtiyati haciz talep edilmiş yahut ihtiyati haciz uygulanması gerekirken ihtiyati tedbir talep edilmiş ise koşulları oluşmadığı için talep reddedilmelidir. Ancak Yargıtay⁸⁰ ihtiyati haciz talep edilmesi gerekirken ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde mahkeme tarafından davacının amacının değerlendirilmesi suretiyle ihtiyati haciz kararı verilebileceği görüşündedir. Ancak bazı istinaf mahkemelerinin aksi yönde kararları mevcut olup mahkeme tarafından yalnızca bildirilen geçici hukukî koruma türü yönünden değerlendirilme yapılması gerektiği şeklindedir.

Talep sonucu açık değilse de HMK'nın 31. maddesi gereği hâkim talep sonucunu tarafa açıklamalıdır⁸¹.

Uygulamada yaygınlık gösteren yanlış, alacak davalarında davalının tüm malvarlığı değerleri üzerine ihtiyati haciz istenmesi gerekirken ihtiyati tedbir istenmesi şeklinde olmaktadır⁸². Bu durumda davacının amacı dava sonunda alacağını hükme bağladıktan sonra icra aşamasını güvence altına almak olup bunun istenmesi en tabii haklardandır. Ancak yanlış ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbirin uygulanması halinde ileride ortaya çıkacak zararların öngörülememesinden kaynaklanmaktadır. En büyük sakınca da ihtiyati haczin davanın kabulü sonucunda kesin hacze dönüşmesi⁸³ ve hacze iştirak imkânı ile sıra cetvelinde getireceği avantajlı

⁷⁹ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014, s. 436.

⁸⁰ Yargıtay HGK 2017/ (7) 9- 1796 E. , 2021/607 K.

⁸¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 614.

⁸² Dava dilekçesinde, talep edilen geçici hukuki korumanın türünün olaya uygun seçilmemesi öğretide de eleştirilmiştir. Bkz. Özekes, Pekcanitez Usûl s. 2481.

⁸³ İhtiyati haczin kesin hacze dönüşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 442 vd.

durumdan, ihtiyati tedbir uygulanması nedeniyle yararlanılamaması halidir. Çünkü ihtiyati tedbir İİK'nın 268. maddesine istinaden hacze iştirak imkânı vermez⁸⁴.

Erişir'e göre de; ihtiyati tedbir yerine ihtiyati haciz talep edilmiş veya ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir talep edilmiş ise ilk durumda ihtiyati tedbire, diğer durumda ihtiyati hacze karar veremez⁸⁵. Hâkimin Türk hukukunu kendiliğinden uygulaması gereği, geçici hukukî koruma türünün taraflarca seçilmesi gerektiği zorunluluğunu ortadan kaldırmaz⁸⁶. Ancak aksi yöndeki kararlara rastlamak da mümkündür. Yargıtay HGK 2017/ (7) 9- 1796 E. , 2021/607 K. ⁸⁷, sayılı kararında uygulanacak normu kendiliğinden tespit etmek görevinin hâkime ait olduğuna hükmedilmiştir.

Geçici hukukî koruma tedbiri talebinde bulunan talep dilekçesinde talebinin ihtiyati tedbire mi yoksa ihtiyati hacze mi ilişkin olduğunu açıkça belirtmek zorundadır⁸⁸. Hâkimin doğru geçici hukukî koruma tedbirinin türünü belirleme görevi yoktur⁸⁹.

Tedbir yargılamasında iddia ve savunmanın genişletilmesi ile değiştirilmesi yasağı geçerli olmadığı için talep eden geçici hukuki korumanın türü bakımından seçimini değiştirme olanağına sahiptir⁹⁰.

⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 635.

⁸⁵ Erişir, s. 453.

⁸⁶ Erişir, s. 453. Aynı görüşteki uygulama için bkz. İstanbul BAM 3. HD, 07/12/2017 tarihli, 2017/1891 Esas, 2017/1476 Karar. “Mahkemece , davacı tarafın ihtiyati tedbir talebi,taşınmazın uyuşmazlık konusu olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir.Ancak ,dava ,alacak talebine ilişkin olup, bu durumda şartları varsa ihtiyati haciz istenmesi mümkün ise de ,davacı tarafın talebi ihtiyati tedbir şeklindedir.Bu halde de ,HMK nun 389 ve 391 maddesindeki tedbir koşullarının mevcut olmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca dava dilekçesindeki ileriye yönelik toplanacak kiralar bakımından tedbir kararı verilmesi talebi , mevcut davadaki talep ile de örtüşmemektedir. Çünkü davadaki talep,harcı yatırılan miktardaki kira parasının/ecrimisilin tahsili talebine ilişkin olmakla ,istinaf konusu ara karar bu itibarla sonucu itibarıyla doğru olduğundan , davacı tarafın istinaf başvurusunun reddine” şeklindedir. Aksi yöndeki uygulama için bkz. İstanbul BAM 18. HD 2022/3358 Esas, 2022/2556 Karar “Bu açıklamalar ışığında davacının dava dilekçesinde ihtiyati haciz niteliğinde ihtiyati tedbir talebi usûl ve yasaya uygun değildir. 6100 s.HMK.nun 389.m.sindeki yasal şartları varsa ya ihtiyati tedbir kararı verilebilir,ya da 2004.s.İİK.nun 257.m.sindeki yasal şartları varsa ihtiyati haciz kararı verilebilir. O nedenle davalı istinaf talebinde haklıdır.”

⁸⁷ Yargıtay HGK 2017/ (7) 9- 1796 E. , 2021/607 K. ‘nın ilgili kısmı, “Davacı vekilinin istemi “ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz” şeklinde ise de, davacının amacının para alacağını teminat altına almak olduğunun anlaşılmasına göre ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesi “uygulanacak hukuk normunun re’sen hâkimce tespit edilmesi ve uygulanması hâkime aittir” ilkesi gereğince talep hakkında ihtiyatî haciz hükümlerinin uygulanması ve bu hükümler çerçevesinde talebin değerlendirilmesi gereklidir.” şeklindedir.

⁸⁸ Erişir, s. 514.

⁸⁹ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2472.

⁹⁰ Özekes, Pekcanitez Usûl, sayfa 2483.

E. KONUSU TAŞINMAZ OLAN İPTAL DAVALARINDA İİK 281/2 GEREĞİ UYGULANAN İHTİYATİ HACİZ

Uygulamada, İİK 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak yahut TBK'nın 19. maddesine dayalı olarak açılan iptal davalarında ihtiyati haciz talep edilmesi gerekirken ihtiyati tedbir talebinde bulunulduğu gözlemlenmektedir⁹¹.

İptal davasında amaç, davacı alacaklının davalı borçlu tarafından diğer davalı üçüncü kişilere yapılan devir işlemlerinden dolayı bu tasarrufların alacaklı yönünden iptali ile alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaktır. Hatta “ihtiyati haciz zımında ihtiyati tedbir” ya da “ihtiyati tedbir zımında ihtiyati haciz” ibareleri ile amacının alacağın tahsilini güvence altına alma imkânı olduğu belli olsa da kanunda karşılığı bulunmayan taleplerle de karşılaşmak mümkündür⁹².

Tasarrufun iptali davalarında uygulanması gereken geçici hukukî korumanın türü İİK'nın 281/2. maddesinde özel olarak düzenlenmiş durumdadır. Kanunda iptal

⁹¹ Bkz. Talepte açıklık olmaması ya da iki geçici hukukî korumanın birbiri yerine yanlış talep edilmesi hallerinde İstanbul BAM 40. HD 09/06/2023 tarihli, 2023/1079 Esas, 2023/975 karar sayılı kararı ile, “... Uygulamada, tasarrufun iptali davalarında alacağın güvence altına alınması amacıyla kural olarak ihtiyati haciz koruma tedbirine başvurulabileceği, bununla birlikte cebri icra yetkisi talep edilen taşınmazların davanın konusunu oluşturmaması nedeniyle ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği, ne var ki bu türden açılan davalarda ihtiyati tedbir/ihtiyati tedbir mahiyetinde ihtiyati haciz ve buna benzer taleplerin, mahkemece hukukî nitelendirilmesinin ihtiyati haciz olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir.

Uygulamada, tasarrufun iptali davalarında alacağın güvence altına alınması amacıyla kural olarak ihtiyati haciz koruma tedbirine başvurulabileceği, bununla birlikte cebri icra yetkisi talep edilen taşınmazların davanın konusunu oluşturmaması nedeniyle ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği, ne var ki bu türden açılan davalarda ihtiyati tedbir/ihtiyati tedbir mahiyetinde ihtiyati haciz ve buna benzer taleplerin, mahkemece hukukî nitelendirilmesinin ihtiyati haciz olarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir.” şeklindeki kararı ile amaca göre hukukî vasıflandırmayı mahkemeye bırakmıştır.” Kanaatimizce ihtiyati tedbir talep edilmişken ihtiyati haciz yahut tam tersinin hukukî nitelendirmenin hâkime ait olduğu gerekçesi ile değerlendirilebileceği görüşü yerinde değildir. Mahkeme ihtiyati tedbirin muhtevası konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip ise de geçici hukukî korumanın hangi türünün talep edildiği konusu tarafların üzerine düşen bir yükümlülüktür. Bu nedenle istinaf kararı yerinde değildir.

⁹² İstanbul BAM 40. HD 15/04/2021 tarihli, 2021/651 Esas, 2021/604 Karar sayılı kararı incelendiğinde dairenin ihtiyati haczi, ihtiyati tedbirin bir türü olarak kabul ettiği görülmektedir. Kararın gerekçesinde “ İlk derece mahkemesince tasarrufun iptaline konu edilen taşınmazların aynının uyuşmazlık konusu olmaması nedeniyle ihtiyati tedbir talebi ile davalıdır şerhi vaz edilmesine ilişkin talebin reddine karar verilmiş olması kural olarak doğrudur.

Maddî vakıaları açıklanan taraflara dava ve talebin nitelendirilmesi görevi ise hâkime aittir. Davacı vekilinin ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir ve davalıdır şerhi konulması talepleri dava neticesinde alacağına kavuşmayı emniyet altına almak amacıyla matuftur. Davacı açtığı dava ile alacağının tahsilini hedeflediğine göre verilmesi muhtemel bir kabul karar tarihine kadar geçecek zaman zarfında alacağın tahsilinin güvence altına alınması ancak bir ihtiyati tedbir türü olan ihtiyati haciz kararıyla mümkün olur.” şeklinde dairenin kanaati görünür hale gelmiştir.

davasının konusu için öngörülen geçici hukukî korumanın türü “ihtiyati haciz” olarak gösterilmiştir. Ancak iptal davasına konu taşınmazın davalı üçüncü kişi tarafından bir başkasına devredilmesi halinde ihtiyati haciz yeterli korumayı sağlamadığı için eleştirilmektedir⁹³. Gerçekten de İİK’nın 281/2. maddesi gereğince ihtiyati haciz şerhi işlenmiş bir taşınmazın tedavülü, bir başkasına devri mümkündür. İhtiyati haciz taşınmazın devrine engel olmaz. Aynı zamanda ihtiyati haczin, taşınmazın devri konusunda yeterli güvenceyi sağlamadığı gibi ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir konulması halinde, alacaklının hacze iştirak edememesinden kaynaklı olarak üstlendiği risk de eleştirilmiştir⁹⁴. Ayrıca bir diğer risk iptal davasından alınacak neticeyi engellemek için borçlunun aleyhine başlatılan ve kasıtlı olarak itiraz edilmeyerek kesinleşen muvazaalı takiplerdir⁹⁵.

İptal davalarında ihtiyati tedbir mi yoksa ihtiyati haciz mi yahut her ikisinin mi uygulanacağı hususu hem yargı kararlarında hem de öğretide tartışmalıdır⁹⁶.

Erişir’e göre; İİK’nın 281/2. maddesinde belirtilen ihtiyati haciz lafzına göre değil amacına göre yorumlanmalı, buna göre de çekişmeli haklar şerhi ve ihtiyati tedbirin bir türü olarak değerlendirilmelidir. Kuru’ya göre⁹⁷, hem ihtiyati tedbir hem de ihtiyati haciz talep edilebilir. Özkes’e göre⁹⁸ iptal davasında uygulanması gereken geçici hukukî korumanın türü ihtiyati hacizdir.

Kanaatimce burada ihtiyati haciz ile kastedilen, kanunun amacı da yorumlandığından davacı alacaklının hem talep sonucu olarak hacze iştirak olanağını korumak hem de dava konusunun devrinden doğacak tehlikelerden korumaktır. Tıpkı HUMK’nın 101. maddesinde “haciz” kelimesinin eski dilde teknik anlamda haczi mi ifade ettiği yoksa fiilen el koyulmasını mı ifade ettiği hususundaki tartışmalarda ileri sürüldüğü gibi, İİK’nın 281/2. maddesinde de ihtiyati haciz ibaresinin her iki amaç yönünden getirildiği düşünülebilir. Bunun aydınlatılması için de alacaklı ihtiyati tedbir mi ihtiyati haciz mi seçeceği konusunda dar bir çerçeveye sıkıştırılmaksızın korunabileceği özel bir geçici hukukî koruma türü ihdas edilmelidir.

⁹³ Erişir, s. 223

⁹⁴ Erişir, s. 223

⁹⁵ Erişir, s. 225

⁹⁶ Tartışmalar için bkz. Erişir, s. 224 vd.

⁹⁷ Kuru, s. 1300.

⁹⁸ Özkes, s. 45. 1274.

Tasarrufun iptali davasının kabulü ile kesin hacze dönüşen ve İİK'nın 281/2. maddesi uyarınca verilmiş bir ihtiyati haciz kararı davacı alacaklı yönünden ihtiyati tedbire göre daha etkili bir geçici hukukî korumadır⁹⁹.

İhtiyati tedbir ile ihtiyati haciz hukuk yargılamasında geçici hukukî koruma çeşitlerinden olup işlerlik kazandığı şartlar ve sağladıkları korumanın mahiyetleri birbirinden farklıdır. Bu nedenle nihai hukukî koruma ile elde edilecek amaca hizmet edecek olanın hangisi olduğunun tespiti zorunludur. Aksi halde iki kurum da kendisinden beklenen amaca hizmet etmeyeceği gibi icrası ile birlikte yeni problemlerin ortaya çıkması söz konusu olacaktır.

Kural olarak ihtiyati haciz konusu para alacağı olan davalarda ihtiyati tedbir ise konusu paradan başka mal, hak veya şeyler üzerinde uygulanabilir¹⁰⁰. İhtiyati tedbir uygulanması gerekirken ihtiyati haciz uygulanması yahut ihtiyati haciz uygulanması gerekirken ihtiyati tedbir uygulanması açık bir hak ihlali niteliğindedir¹⁰¹.

Tasarrufun iptali davalarında iptali istenen tasarrufun konusunu taşınmaz devrinin oluşturduğu davalarda sıklıkla karşılaşılan bu karışıklıkta ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekirken ihtiyati tedbir kararı verilmesi hatalı olup şahsi hakka ilişkin olan tasarrufun iptali davasında uygulanması gereken öncelikli geçici hukukî koruma İİK'nın 281/2. maddesi gereğince ihtiyati hacizdir.

İİK'nın 281/2. maddesinde; hâkimin, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebileceği düzenlenmiştir. İptal davasına konu olan malın, taşınmaz mal olması halinde ihtiyati haczin konusunu, iptali istenen taşınmaz mal oluşturacaktır.

⁹⁹ İstanbul BAM 40. HD 05/10/2024 tarihli 2021/1435 Esas, 2021/1359 Karar sayılı kararında “ Tasarrufun iptali davalarında dava kabulle sonuçlandığı takdirde, alacaklı tarafından başlatılacak yeni bir icra takibi söz konusu olmayıp İİK'nın 281/2. maddesi gereğince uygulanan ihtiyati haciz, tasarrufun iptali davasının kabulü ile kesin hacze dönüşür ve davacı alacaklı verilen ilamı icra dosyasına ibraz ederek cebri icra işlemine devam eder.” Şeklinde bu husus vurgulanmıştır.

¹⁰⁰ Özkes, Pekcanitez Usûl s. 2464.

¹⁰¹ Özkes, Pekcanitez Usûl, sayfa 2464.

F. DİĞER GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALAR

Geçici hukukî korumalar, kavramsal olarak hukukumuzda ilk kez 6100 sayılı HMK ile yer bulmuş ve sınıflandırılmış ise de içeriği itibariyle köklü bir kurumdur¹⁰². Bu başlık altında ihtiyati tedbir, delil tespiti ayrı ayrı gösterilmekle bunların yanında HMK'nın 406. maddesi ile başka geçici hukukî koruma türlerinin bulunabileceğine işaret edilmiştir¹⁰³.

HMK'nın 406. maddesinde; mahkeme tarafından gerekli görülmesi halinde, mal veya haklarla ilgili defter tutulmasına ya da mühürleme işleminin yapılmasına karar verilebileceği ile ihtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümlerin saklı olduğuna yer verilmiştir. Bu suretle geçici hukuki koruma türlerinin çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği vurgulanmıştır. Diğer geçici hukuki korumalar bakımından özel düzenleme bulunmayan hallerde, ihtiyati tedbire ilişkin genel şartların ve teminata ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulanabileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁴.

¹⁰² Erişir, s. 4.

¹⁰³ Konuralp, s. 47.

¹⁰⁴ Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2452.

§ 4. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN DAVA TÜRLERİ

Taşınmazlar hakkında görülebilecek dava türlerinin sınıflandırılabilmesi için öncelikle kanuni dayanaklarının tespiti gereklidir. Tespit edilen kanuni dayanaklarla birlikte özel hukuk ilişkilerinin çok fazla çeşitlilik içermesi, dava türlerinin sayısal olarak tespitine olanak vermez. Ancak belirli benzerliklere göre sınıflandırılması mümkündür.

Taşınmazlara ilişkin olarak görülebilecek hukuk davaları¹⁰⁵

- Kazanmayı sağlayan zilyetlik nedenine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Muris muvazaasına dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Taşınmaz satış vaadine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Önalım hakkına dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Aşırı yararlanma, yanılma, aldatma, korkutma nedenine dayalı dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- İnançlı işleme dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Ehliyetsizlik nedenine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Sahtecilik nedenine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Vekâlet görevinin kötüye kullanılması nedenine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Ketm-i Verese hukuksal nedenine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Yüklenicinin temlik işlemine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- TMK'nın 724. maddesine (arazi mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesi) nedenine dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Mera iddiasına dayanan tapu iptali ve tescil davası,
- Çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi davası
- Paydaşlar arasında el atmanın önlenmesi davası
- Komşuluk hukukundan kaynaklanan el atmanın önlenmesi davası
- Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlere el atmanın önlenmesi davası

¹⁰⁵ Hukuk Davaları Rehberi- Taşınmaz Hukukuna İlişkin Davalar, İlkay Aydın Halil Polat, Ankara: Yetkin Yayınları 3 Cilt, 2015/5, s. 17.

- Yıkım (kâl) davası
- Haksız işgal tazminatı (ecrimisil) davası
- Kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmazın idare adına tescili davası
- Tapu kaydında düzeltim davası

olarak sayılabilir. Bunlar haricinde sayılan dava türleri içinde yer almayan ancak özel hukuk ilişkilerinin çeşitliliğinden doğan başkaca uyuşmazlık niteliklerinin ortaya çıkması mümkündür.

Ancak bununla birlikte, taşınmazlar hakkında görülebilecek davaların temelinde kanuni dayanak olarak TMK 712., 713., TMK 716. ile 1025. maddeleri bulunmaktadır¹⁰⁶.

A. TESCİLE ZORLAMA DAVALARI

“Tescili isteme hakkı” başlıklı TMK’nın 716/1. maddesine göre; mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe istinaden malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin tescilin yapılmasından kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir. Maddenin sözel yorumundan anlaşıldığı üzere uygulamada “ tescile zorlama” eski adıyla “ferağa icbar” davası olarak bilinen bu tip davalarda davacının dayanağını bir şahsi hakkın varlığı oluşturmaktadır. Tescile zorlama davası temeli itibariyle kanundan, sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerinden kaynaklanabilir¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Bilgin Yüce, Melek, Özmen Etem Saba, Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği

Yaratan Davalarda Verilen (TMK m. 1010/b. 1 ve TMK m. 1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi* (2022/4): 332-333., s. 330.

¹⁰⁷ Bilgin Yüce ve Özmen, s. 332; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 468 vd.

B. YOLSUZ TESCİLİN DÜZELTİLMESİ DAVALARI

“Yolsuz Tescilde” başlıklı TMK’nın 1025/1. maddesine göre; tapu sicilinde bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş durumda ise, bu yolsuz tescil nedeni ile aynî hakkının zedelendiğini iddia eden kimse, tapu sicilinin düzeltilmesine yönelik dava açabilir. Yolsuz tescile dayanan ve yolsuz tescilin düzeltilerek gerçek hak sahibinin sicilde gösterilmesini hedefleyen bu davalar “tapu sicilinin düzeltilmesi”, uygulamadaki yaygın adı ile “tapu iptali ve tescil” davası olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁸. Yolsuz tescile dayanan tapu iptali ve tescil davaları sıklıkla mülkiyet hakkına dayalı olarak ortaya çıkmakta ise de mülkiyet dışındaki diğer sınırlı ayni haklara ilişkin olarak da tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılması olanaklıdır. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda tescilin yolsuz olması yani hükümlerini doğurmaması, tescilin yapılmasına dayanak teşkil eden sebebin geçersiz olması halinde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹. Bu tip davalarda davacının dayanağını bir ayni hak iddiası oluşturmaktadır.

C. EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVALARI

TMK 683 ve devamı maddelerinde düzenlenen mülkiyet hakkı kapsamı itibarıyla, sahibine konusu olduğu taşınmaz üzerinde her türlü tasarruf imkânını veren ve haksız saldırıları bertaraf etmeye yarayan bir ayni haktır¹¹⁰. Mülkiyet hakkının niteliğinden

¹⁰⁸ Uygulamada, “tapu iptali ve tescil davası” şeklindeki UYAP dava türü kategorisinin, ayni veya şahsi hakka dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın taşınmazları konu alan tüm davalar açısından birlikte kullanılmasının hatalı olduğu tespit edilmiştir. Bu tespitle bağlantılı olarak da “çekişmeli haklar şerhi” ile “geçici tescil şerhi” kavramlarının ayırt edilemediği, davanın temelinin şahsi hakka dayanan tescili isteme davası mı yoksa ayni hakka dayanan tapu sicilinin düzeltilmesine yönelik mi olduğu tespit edilmeden ayırım yapılmaksızın “davalıdır şerhi” verilmesi şeklindeki uygulamanın kanunun sistematiğine uygun olmadığı eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. Bilgin Yüce, Özmen, s.337 vd.

¹⁰⁹ Bilgin Yüce ve Özmen s.334.

¹¹⁰ Mehmet Ayan, Eşya Hukuku: Zilyetlik Ve Tapu Sicili, C. 1, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 17, Esener, Turhan, Güven, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019,

kaynaklanan, çaplı taşınmaza el atmanın önlemesi davası, paydaşlar arasında el atmanın önlenmesi davası, komşuluk hukukundan kaynaklanan el atmanın önlenmesi davası ve yıkım davası ile devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlere el atmanın önlenmesi davası da taşınmazların konu olduğu davalar arasında yer almaktadır.

Taşınmazları konu alan tescil davalarının aynı hakka yahut şahsi hakka dayalı olarak açılabilmesi ifade edilmişti. Bu açıklamalar ışığında tapu iptali ve tescil istemi içeren dava türlerine bakıldığında, şahsi hak iddiasına dayanan davaların, taşınmaz satış vaadine, önalım hakkına, irade bozuklukları hallerine, inançlı işlem sözleşmesine, vekâlet görevinin kötüye kullanılmasına, ölünceye kadar bakma sözleşmesine, yüklenicinin temlikine dayanan tapu iptali davaları olduğu görülecektir¹¹¹. Aynı hak iddiasına dayananlar ise sicilin gerçek hak sahibini yansıtmadığı durumlarda sicilin gerçek hak sahipliğini göstermesi amacıyla açılan davalardır¹¹². Bu amaca göre tapu iptali ve tescil istemi içeren dava türlerinden, zamanaşımı nedeniyle kazanıma, muris muvazaasına, ehliyetsizlik ya da sahtecilik nedenine, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na, ketm-i vereseye dayanan davaların da yolsuz tescile, aynı hak iddiasına dayandığı sonucuna varılır. Ketm-i verese ve muris muvazaasından kaynaklanan davaların, davacının mirasçılıktan doğan alacak hakkı bakımından nisbi nitelikli, şahsi hak iddiasına dayandığı düşünülebilir. Ancak bu hallerde de tescil muris ve sicilde hak sahibi görünen kimselerin gerçek iradesine uygun olmadığı, hak iddia eden davacının ise bu ilişkide taraf olmadığı gözetildiğinde bu davaların da şahsi hak temelli değil aynı hak temelli davalardır.

Bu sınıflandırmanın uygulamadaki önemi TMK'da şerhlerin aynı hak ve şahsi hak iddialarına göre öngörülmüş olmasında kendisini gösterecektir¹¹³. Şahsi hak iddiasına dayanan tapu iptali ve tescil istemli davalar ile aynı hak iddiasına dayanan tapu iptali ve tescil istemli davalarda TMK “çekişmeli haklar şerhi” ve “geçici tescil şerhi” verilmesine ilişkin olarak iki ayrı şerh öngörmüştür. Şerhlerin isabetli bir biçimde

s. 162, Nomer, Ergüne, s. ; Tekinay s. 327; Akipek, Akıntürk, Ateş, s.16; Sirmen, s. 140 ; Ünal, Başpınar, s. 98, Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 233.

¹¹¹ Bilgin Yüce, Özmen, s. 329.

¹¹² Bilgin Yüce, Özmen, s. 341.

¹¹³ Gümüş, Mustafa Alper, Uygulamada Tapu Kütüğünün veya Kat Mülkiyeti Kütüğünün Beyanlar Sütununa Yapılan ve “Davalıdır Şerhi” Olarak Adlandırılan Kaydın Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu (15-16 Kasım 2019 Makaleler Tebliğler), Ankara: Yetkin Yayınları, 2020. s. 95; Bilgin Yüce, Özmen, s.342

uygulanabilmesi davanın temelinde yatan iddianın niteliğinin doğru bir biçimde saptanmasına bağlıdır¹¹⁴.

§ 5. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN DAVALARDA İHTİYATİ TEDBİRİN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

İhtiyati tedbirin temel şartları HMK’nda düzenlenmiş olup özel kanunlarda öngörülen ihtiyati tedbir türlerinin uygulanabilmesi için öncelikle HMK’nın 406/2. maddesi gereğince özel şartların varlığı; hüküm bulunmayan hallerde ise genel hükümlere başvurulması gerekir¹¹⁵.

İhtiyati tedbirin şartlarını düzenleyen HMK’nın 389. maddesi incelendiğinde, ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için gereken iki koşulun bir ihtiyati tedbir sebebinin varlığı ve ihtiyati tedbire esas teşkil eden bir hakkın bulunması olduğu sonucuna varılır¹¹⁶.

A. İHTİYATİ TEDBİR SEBEBİ BAKIMINDAN

İhtiyati tedbir sebebi, HMK’nın 389/1. maddesine göre; mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması yahut tamamen imkânsız hale gelmesi ya da gecikme nedeni ile bir sakınca veya ciddi bir zararın doğması ihtimalleri olarak öngörülmüştür. Kanunun lafzı dikkate alındığında kastedilenin mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişmeye işaret edildiği için olumsuz ihtimale atıf yaptığı buna bağlı olarak da olası riskleri ortaya

¹¹⁴ Bilgin Yüce, Özmen, s. 344; Gümüş s. 95.

¹¹⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 613.

¹¹⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 614; Erişir, s. 155.

koyduğu görülmektedir. İhtiyati tedbir sebebi her somut olayın özelliğine uygun olarak değerlendirilmelidir.

Dava sırasında mevcut durumdaki değişiklikten dolayı iddia edilen hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması, hakkın elde edilmesi imkânının tamamen ortadan kalkması, gecikmeden kaynaklı bir sakınca ya da ciddi bir zararın doğması endişesinin bulunması halinde ihtiyati tedbir sebebinin bulunduğu kabul edilir¹¹⁷. Kanunun ihtiyati tedbir sebepleri bakımından hâkime tanıdığı takdir yetkisi, hâkimin ihtiyati tedbir talep edenin soyut beyanları ile yaklaşık ispat ölçüsüne yetmeyen delilleri ile tedbir talebini kabul edebileceği anlamına gelmez¹¹⁸. Hâkim ihtiyati tedbir uygulanmasına karar verdiği takdirde kararın gerekçesinde ihtiyati tedbir sebebinin somut olarak hangi ihtimale dayandığını ve ihtiyati tedbir sebebinin varlığının yaklaşık ispatı bakımından hangi delillere dayandığını kararın gerekçesinde göstermek zorundadır.

Taşınmazlar hakkındaki davaların temelinde şahsi hak iddiasının ve ayni hak iddiasının bulunabileceği bakımından dava türlerine ilişkin açıklamalarımız yapmıştık. Buna göre ister ayni ister şahsi hakka dayansın tapu iptali ve tescil talepli olarak ikame edilen tüm davalar bakımından ihtiyati tedbir sebebinin farklılık göstermeyeceğini söylemek mümkündür. Çünkü davanın konusunu oluşturan taşınmazın, dava sonunda kabul kararı verilmesi halinde hükmün icrasını imkânsız kılmamak için en önde gelen husus taşınmazın mevcut durumunun korunmasıdır. Örneğin, davanın devamı sırasında bir taşınmazın dava dışı üçüncü kişiye devredilmesi HMK'nın 125. maddesinin uygulanması bakımından davacının hakkına ulaşma süresini uzatacağı gibi yeni tebligat masraflarına sebebiyet verebilecektir. Hatta üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde de üçüncü kişi kendisine ait kişisel savunmaları davacıya karşı ileri sürebileceği¹¹⁹ için tapu siciline itimat prensibi karşısında davacının taşınmazını kaybetme tehlikesi de ortaya çıkacaktır.

Tapu iptali ve tescil istemi haricinde mülkiyet hakkına dayalı olarak açılan bir el atmanın önlenmesi davasında, davacının arazisi üzerine haksız olarak davalı tarafından yapılan ve yapımına devam edilen inşaatın durdurulması istemi yönünden ihtiyati tedbir sebebi gecikme nedeni ile ciddi bir zararın doğması ihtimalidir. Bu

¹¹⁷ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 615; Erişir, s. 155.

¹¹⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 615

¹¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 354.

zararın illa ki davacı üzerinde doğması ihtimali aranmaz. Somut örnek olan haksız yapı iddiasında davacının haklı olup olmadığı dava tarihine göre mahkeme tarafından tüm deliller toplandıktan sonra tespit edilecektir. Ancak davanın açıldığı tarihte tek kat olan inşaatın durdurulmasına karar verilmediği halde davanın devamı boyunca daha fazla sayıda kat yapıldığında ve haksızlığı dava sonunda ortaya konulduğunda daha ciddi zararlar ortaya çıkacak davalı malzeme sahibi yahut yüklenici ve hatta bu kişilerden temlik alan üçüncü kişiler bile bundan zarar görebilecektir.

B. İHTİYATİ TEDBİRE ESAS TEŞKİL EDEN HAKKIN VARLIĞI VE NİTELİĞİ BAKIMINDAN

Bir taşınmazın uyuşmazlık konusu olması çok çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bu bağlamda davacının davasının dayanağını oluşturan vakianın türüne bağlanan hukukî sonuçların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği maddî hukuk kurallarına göre tayin edilecektir. Hak sahibinin dayandığı vakıalar, taşınmaz üzerinde aynı hak iddiasına yahut şahsi hak iddiasına dayanabilir. HUMK döneminde taşınmazın aynının münazaalı¹²⁰ olması olarak ifade edilen bu kavram, HMK 389 ve devamı maddelerinde lafzını korumamıştır. Ancak taşınmazlar bakımından da geçerli olan, uyuşmazlık konusu üzerinde ihtiyati tedbir uygulanabileceği ifadesi, taşınmazın aynının çekişmeli olması halini de kapsar. Taşınmazın aynının çekişmeli olması kavramını, ihtiyati tedbire esas teşkil eden hak bakımından geniş olarak yorumlamak gerekir¹²¹. Mahkemece ihtiyati tedbire esas teşkil eden hakkın niteliği belirlenmeden önce yapılması gereken aynı çekişmeli taşınmazın tespitidir¹²². Örneğin, aynı ya da şahsi hakka dayalı olarak açılan el atmanın önlenmesi davalarında müdahale iddiası olan taşınmaz, miras sebebiyle istihkak davalarında davanın konusu olan taşınmaz,

¹²⁰ HUMK döneminde kanun lafzında, aynı münazaalı gayrimenkul kavramı geçtiği için şahsi hak iddiaları bakımından ihtiyati tedbire karar verilip verilemeyeceği tartışmalı idi. Bu tartışma kapsamında bir kısım yazarlar, şahsi hak iddiasına dayalı davalarda tedbir kararı verilemeyeceğini ileri sürmüşlerdi. Tartışmalar için bkz (Özkök, 2002, s. 16) Ancak günümüzde HMK'nın 389. maddesinin içeriğinde aynı ve şahsi hakka dayalı bir ayırım yapılması yerine, uyuşmazlık konusu üzerinde ihtiyati tedbir uygulanabileceği belirtilerek kapsayıcı bir hüküm sevk edildiği için bu tartışmalar güncelliğini yitirmiştir.

¹²¹ Yılmaz, Orhan. *İhtiyati Tedbirler*. Konya Ereğlisi: İvriz Matbaası, 1963 , s. 21.

¹²² Yılmaz O. s. 21.

bağışlamanın konusunun taşınmaz olması halinde bağıştan rücu edilmesi istemine konu olan taşınmaz bu kapsamda sayılabilir¹²³. Hak sahibinin davasında aynı ya da şahsi hakka dayanmış olması ihtiyati tedbirin uygulanması bakımından fark yaratmayacaktır. Bu durum aynı çekişmeli mal kavramının geniş yorumlanmasından doğmakla birlikte HMK tarafından yapılan düzenlemenin HUMK ihtiyati tedbir düzenlemelerine göre daha kapsayıcı olmasının bir getiri olmuştur¹²⁴.

İhtiyati tedbirin konusunu, uyuşmazlık konusu olduğu HMK'nın 389/1. maddesinde açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Bu düzenlemeye göre uyuşmazlık konusunu oluşturmayan mal veya hak üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

Taşınmazlara ilişkin davalarda uyuşmazlık konusunu teşkil etmeyen eşyalar üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

¹²³ Yılmaz O. s. 21.

¹²⁴ Bu husustaki eleştirilere yönelik olarak bkz. Üstündağ, s. 18 vd; Taş Korkmaz, s. 39 vd.

§ 6. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN İHTİYATİ TEDBİR TÜRLERİ

A. ÇEKİŞMELİ HAKLAR ŞERHİ

1. TANIMI

Çekişmeli haklar şerhi, TMK 1010. maddesinin 1. fıkrasının 1.bendinde düzenlenmiştir. Buna göre; çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarına dayanan tasarruf yetkisi kısıtlamaları, tapu kütüğüne şerh verilebilir.

Dava konusu taşınmazın tescili yönünden davanın dayanağını davacının şahsi hak iddiasının oluşturduğu hallerde, dava sonucunda verilecek hükmün icra edilmesinin temini için tapu siciline verilmesi gereken şerhin niteliği, çekişmeli haklar şerhidir¹²⁵. Şahsi haklar, taraflar arasındaki borcun kaynağına göre taşınmazlara ilişkin olarak genellikle sözleşmeden kaynaklanan nispi nitelikli, yalnızca borç ilişkisinin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuran bu nedenle de üçüncü kişilere karşı ileri sürülme olanağı bulunmayan haklardır¹²⁶. Çekişmeli haklar şerhinin işlevi, davacının tescil talebini dayandırdığı şahsi hakkın taşınmazı dava devam ederken devralan ve sözleşme ilişkisine karşı üçüncü kişi konumunda bulunan kimselere karşı şahsi hakkın ileri sürülebilmesine olanak tanımaktır¹²⁷.

Çekişmeli haklar şerhi, kanunun lafzından her ne kadar tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh olarak kaleme alınmış ise de bu maddede kısıtlamanın mevcut hak sahibinin devir yetkisinin kısıtlanması şeklinde değil devralan kişinin karşılaşma ihtimali olan kısıtlamalar anlaşılmalıdır. Çünkü çekişmeli haklar şerhi olarak bir mahkeme kararının tapu siciline şerh edilmesi malikin, dava konusu taşınmazı devretmesine engel olan bir nitelik taşımaz. Çekişmeli haklar şerhi tapu siciline şerh edildiğinde, taşınmazın devrine yahut üzerinde sınırlı ayni hak tesisine ya da taşınmazın ipotek

¹²⁵ Erişir, s. 358; Bilgin Yüce, Özmen s. 344.

¹²⁶ Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s. 15.

¹²⁷ Erişir, s. 358 vd.

verilmesine engel olmaz ancak taşınmaz bu şerh ile yüklü iken iyi niyet iddialarının ileri sürülmesine engel olur¹²⁸.

Taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması bakımından çalışmamız için önem taşıyan kısıtlama çekişmeli haklar şerhidir. Çekişmeli haklar şerhinin madde gerekçesine bakıldığında¹²⁹ şahsi hakların şerh verilmesi bakımından aynı etkinin açıklığa kavuşturulduğuna yer verilmektedir. Çekişmeli haklar şerhi ile ilgili TMK'nın 1010. maddesinin gerekçesinde ise kanun metninin eski karşılığında yer alan ve sistematik yönünden anlamlı olmadığı için öğretide varlığı eleştirilen “icrai iddia zımında müttehaz resmi kararlar” ibaresinin kaldırılması gerektiğine yer verilerek “çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları” ifadesinin seçildiği belirtilmektedir. Geçici tescil şerhi hakkındaki TMK'nın 1011. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, eski kanun maddesinde bir değişiklik yapılmadığı sadece, amacın en çabuk şekilde ve sadece dosya üzerinde inceleme yaparak gerektiğinde tarafları dinleyerek şerhe karar verme olduğu göz önünde tutularak ifadenin üçüncü fıkrada düzeltildiği anlatılmıştır. Kanun koyucu, iddia edilen şahsi hakkın bir davaya konu olması halinde en çabuk şekilde ve sadece dosya üzerinden yapılacak inceleme ile şerh kararı verilmesi konusunda, gecikmeden dolayı taşınmazın el değiştirmesi halinde üçüncü kişiler ile şahsi hak iddiası sahibini korumak amacını madde gerekçesinde pekiştirmiştir.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına yönelik şerhler kurucu veya açıklayıcı nitelikte olabilir; çekişmeli hakların korunmasına yönelik mahkeme kararları, nitelik olarak şerhin kurucu nitelikte olduğu ileri sürülmüştür¹³⁰.

Çekişmeli haklar şerhinin verildiği taşınmazın şerhin verilmesinden sonra taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kimselere karşı ileri sürülmesi mümkündür¹³¹.

¹²⁸ Taş Korkmaz, s. 46. Erişir s. 358 vd, Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 189; Yılmaz, C. I, s. 251; Akipek/Akıntürk, s. 325,326; Sirmen, s. 237; Ayan, s. 353; Ünal, Başpınar s. 345.

¹²⁹ [ss723_Madde_Gerekceleri_5.pdf \(tbmm.gov.tr\)](https://www.tbmm.gov.tr/ss723_Madde_Gerekceleri_5.pdf) adresinden erişim sağlanabilmektedir.

¹³⁰ Delipınar, s. 20.

¹³¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 294; Doğan, s.143; Mustafa Serdar Özbek, “Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2017, s. 75; Delipınar, s. 21.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Şerhler, tıpkı ayni haklar gibi tapu sicilinin aleniyet işlevine hizmet eder şekilde sınırlı sayıda olma ilkesine tabidir. TMK’da veya özel kanununda öngörülmeven hiçbir hususun tapu siciline şerh edilmesi olanaklı değildir.

Çekişmeli haklar şerhinin verilmesi teminat amaçlı ihtiyati tedbir türlerindendir. Çekişmeli haklar şerhinin verilmesi ile teminat altına alınan, ihtiyati tedbir talep edenin iddia ettiğı mülkiyetin geçirilmesi talebidir¹³².

İlke olarak TMK’nın taşınmazlar bakımından öngördüğü şerhler bakımından hedeflenen davalının dava konusu edilen taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin davanın devamı boyunca kullanılabilmesinin sağlanmasıdır¹³³. Bu şekilde davalının tasarruf yetkisinin sağladığı imkânları davanın devamı boyunca kullanabilmesi, dava sürecinin uzunluğundan kaynaklanacak ve haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davalarının açılmasını engellediğı gibi tazminat yükümlüsünün durumunun ağırlaşmasının da önüne geçecektir. Şerhlerin usûlüne uygun kullanımı, dava sonunda davacının haklı çıkması halinde, dava konusu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine imkân verecek; davacının haksız çıkması halinde ise davalının tasarruf yetkisi ortadan kaldırılmadığı için tazminat borcunun doğması ile mülkiyet veya diğer ayni hakların sahibine sağladığı yararların etkinliğı sağlanmış olacaktır¹³⁴.

Bir şahsi hakkın dava açılmadan önce de tapu siciline TMK 1009. maddesine yahut buna olanak tanıyan bir başka kanun hükmüne istinaden şerh edilmesi mümkündür. Örneğin, resmi şekilde yapılmış olan taşınmaz satış vaadi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kira sözleşmesi tapuya şerh edilmiş olabilir. Bu halde açılmış ve görülmekte olan bir davadan bağımsız olarak tapu siciline şerh edilmiş şahsi haklar üçüncü kişilere karşı kuvvetlendirilmiş şahsi hak olarak ileri sürülebilir durumdadır. Davacı dayanağı şahsi hakkın daha önce tapu siciline şerh edilip edilmediğinin TMK

¹³² Erişir, s. 361.

¹³³ Bilgin Yüce, Özmen, s. 342.

¹³⁴ Bilgin Yüce, Özmen s. 342.

1010/b. 1'e istinaden çekişmeli haklar şerhi verilebilmesi bakımından bir önemi yoktur¹³⁵.

Geçici tescil şerhinin hükümleri belirlenirken bir grup yazar tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki eksikliğin sonradan giderilmesine dair verilen şerh ile aynı hak iddiasının güvence altına alınmasına ilişkin geçici tescil şerhi ayrımı yaparak iki ayrı başlık halinde hükümleri incelediği görülmektedir¹³⁶. Çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi öğretide ihtiyati tedbir olarak kabul edilmektedir¹³⁷.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Çekişmeli haklar şerhinin hukukî yaptırımının ne olduğu TMK 1010. maddesinin 2. fıkrasında, verilen şerhin taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi olarak öngörülmüştür.

Çekişmeli haklar şerhinin, davacı dayanağı şahsi hakkın niteliğini değiştiren bir etkisi yoktur¹³⁸. İhtiyati tedbir olarak şerhin etkisi, davanın devamı sırasında dava konusunun devri halinde davacının sahip olduğu şahsi hakkın devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürülmesi şeklinde ve bu konuda üçüncü kişinin iyi niyet iddialarının dinlenmemesi şeklinde ortaya çıkar. Çekişmeli haklar şerhi verilen bir taşınmaz davanın açılmasından sonra devredilse de, şahsi hakkını mevcut davalıya karşı ileri sürme olanağına sahip olan davacı hakkını devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürme olanağına sahip olur¹³⁹. Bunun hukukî dayanağını TMK 1010. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme oluşturmaktadır. Çekişmeli haklar şerhinin bu kanuni

¹³⁵ Bilgin Yüce ve Özmen, s. 344.

¹³⁶ Nomer, Ergüne, s. 171-172; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 331; Delipınar, s. 181.

¹³⁷ Peksöz, Vildan, Davalıdır Şerhinin Medeni Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi, *Türk Alman*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (2023): 535- 565; Özbek s. ;Öztekin, s. 262; Bilgin Yüce,

Özmen, s. 356; Erişir, s. 362 vd; Konuralp, s. ; Özkes, Pekcanitez Usûl s. 2572; Üstündağ, s. 18.

¹³⁸ Çekişmeli haklar şerhinin, dayanak şahsi hakkın niteliğine etkisi olup olmayacağı, şahsi hakkı aynileştirip aynileştirmeyeceği hakkındaki tartışmalar için bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* sayfa 213 vd.

¹³⁹ Erişir, s. 311; Üstündağ, s. 19; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.192.

düzenlemeye göre davaya konu taşınmaz hakkında aynı hak değişikliğini gerektirecek türden bir uyuşmazlıkta bu yönde verilecek şerh kararının yalnızca şerhin verilmesinden sonra hak kazanan kimselerin, davayı kazandığı takdirde davacının lehine tescil kararı verilmesinin engellenmemesi şeklinde anlaşılması gerekmektedir¹⁴⁰.

Çekişmeli haklar şerhi işlenmesinden sonra taşınmazın haczedilmesi veya iflâs masasına girmesi durumu ortaya çıkarsa; önce çekişmeli haklar şerhi TMK 1010/2 maddesi gereğince, haciz veya iflâs masasına karşı ileri sürülebileceği için, şahsi hak iddiasında bulunan davacı davasını kazandığı takdirde, alacaklı taşınmazın paraya çevrilmesini talep edemez¹⁴¹. Ancak şerh tapu sicilini tedavüle kapatmadığı için, dava devam ederken ihale ile taşınmaz bir üçüncü kişiye satılabilir. Bu satışa karşı da HMK 125 gereği davacı talebini üçüncü kişiye karşı ileri sürme olanağına sahiptir. Çünkü HMK 125. maddesi dava konusu taşınmaz malın, dava devam ederken üçüncü kişiye cebri icra yoluyla satılması halinde de uygulama alanı bulur¹⁴².

Çekişmeli haklar şerhinin verildiği taşınmaz üzerine daha önceden haciz konulmuş olduğu takdirde haciz şerhi üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği çekişmeli haklar şerhi sahibi mülkiyeti dava sonunda kazansa da haciz şerhi kalkmayacaktır¹⁴³. Burada davanın türü bakımından ikili bir ayrımı gözetmekte yarar mevcuttur. Davanın temelinde mülkiyetin tescilden önce kazanılmasını sağlayan bir sebep mevcut ise yani tapu kaydı yolsuz tescil sonucu oluşmuş ve dava sonunda gerçek hak sahibi adına tescili sağlanmış ise haciz şerhi de temelsiz olacaktır. Bu halde de haciz alacaklısı, geçici tescil şerhi sahibi hak sahibi karşısında haciz alacağını ileri süremez, bu halde davada takyidat alacaklılarının taraf olarak yer alması zorunludur¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 216.

¹⁴¹ Erişir, s. 362.

¹⁴² Kuru, El Kitabı, s. 1164.

¹⁴³ Erişir, s. 363.

¹⁴⁴ İstanbul BAM 2. HD 04/12/2023 tarihli, 2023/50 E. , 2023/2185 K. , sayılı kararında “davacının dava dilekçesinde her türlü haciz ve takyidattan arı şekilde adına tescil talebinde bulunduğu ancak tapu kaydındaki takyidat alacaklarının davada taraf olmadığı, takyidat alacaklarına karşı husumet yöneltilmediği, mahkemece davacı tarafa husumet yöneltmesi için süre verilmediği görülmüştür.

Dava tapu iptali ile davacı adına her türlü haciz ve takyidattan arı olarak tesciline ilişkin olup hacizlerin ve takyidatların kaldırılması talebi yönünden haciz ve takyidat alacaklılarının davada davalı sıfatıyla hasım olarak gösterilmesi gerekmektedir. Taraf teşkili kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gerekir. Haciz ve takyidat alacaklılarının davada taraf olarak yer almadığı anlaşılmaktadır. Haciz ve takyidat şerhlerinin terkinine ilişkin davalarda haciz ve

B. GEÇİCİ TESCİL ŞERHİ

1. TANIMI

Geçici tescil şerhi TMK'nın 1011. maddesinin 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; iddia edilen bir ayni hakkın güvence altına alınması gerekiyor ise tapu siciline geçici tescil şerhi verilebilir. Dava konusu taşınmazın tescili yönünden davanın dayanağını davacının ayni hak iddiasının oluşturduğu hallerde, dava sonucunda verilecek hükmün icra edilmesinin temini için tapu siciline verilmesi gereken şerhin niteliği, geçici tescil şerhidir¹⁴⁵.

TMK'nın 1011. maddesinin 3. Fıkrasında, Geçici tescil şerhi verilmesi istemi üzerine hâkimin, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu olan hakkın varlığının kabul edilebileceği kanaatine varırsa, şerh kararı vereceği, verilecek kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriğinin belirleneceği ve gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verileceği öngörülmüştür. Maddenin lafzi yorumundan, geçici tescil şerhi verilmesi hususunda yaklaşık ispat şartının sağlanması noktasında hâkimin takdir yetkisi bulunduğu ancak bu şart sağlandığında şerh kararı vermesi ile bunun etkisi yönünden içeriği ile süresinin belirlenmesi gerektiğinin emredici bir şekilde öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

takyidat alacaklılarının hakları etkileneceğinden davalı olarak gösterilmeleri gerektiğinden ve davalı ile aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan haciz ve takyidat alacaklılarına karşı dava yöneltilip eldeki dava ile birleştirilerek taraf teşkili sağlanmadan fekki talep edilen takyidatlar yönünden pasif husumet yokluğundan açılan davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.” şeklinde karar verilmiştir.

¹⁴⁵ TMK'nın 1010. maddesinde, ayni hak iddialarının temini yanında tasarruf yetkisine ilişkin belgelerin eksik olması halinde de geçici tescil şerhi verilebileceği düzenlenmiştir. Tasarruf yetkisini belirleyen belgelerin eksik olması halinde verilecek şerh ihtiyati tedbir niteliğinde olmayıp maddi hukuka ait bir durumdur. Örneğin, TST'nün 37. maddesinde, işçi ve müteahhitlerin TMK 893/1 maddesinde düzenlenen kanuni ipotek hakkının şerhi için geçici tescil şerhi verilebileceği düzenlenmiştir. Tasarruf yetkisini belirleyen belgelerdeki eksiklikten dolayı verilen geçici tescil şerhi, iddia edilen bir ayni hakkın temin edilmesine yönelik olmadığı için çalışmanın kapsamı dışındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Başpınar s. 345 vd.

Kanunun gerekçesinde, amacın en çabuk şekilde ve sadece dosya üzerinde inceleme yaparak ve gerektiğinde tarafları dinleyerek şerhe karar verme olduğu göz önünde tutularak 3. Fıkrasının düzenlendiğine yer verilmiştir. Aynı doğrultuda bir hüküm, çekişmeli hakların şerhine ilişkin maddede yer almamaktadır.

Dava konusu taşınmazın mülkiyeti çekişmeli ise ve davacı tarafın dava konusu üzerinde iddia ettiği hakkı aynı hak niteliğinde ise taşınmazın tapu kaydına, geçici tescil şerhi konulmasına karar verilebilir¹⁴⁶.

Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin tüm şerhler geçici tescil şerhine konu olamaz; çekişmeli hak durumunda çekişmeli hakkın temini için geçici tescil şerhinin verilebilmesi, iddianın aynı hakka dayanmasına bağlıdır¹⁴⁷.

Geçici tescil şerhi, uygulanması için gereken koşullar, şerhi talep hakkına sahip kişiler ile şerhin hüküm ve sonuçları bakımından oldukça kapsamlı bir uygulama olanağına sahiptir¹⁴⁸. Bununla birlikte geçici tescil şerhi, taşınmazın tedavül kabiliyetini koruduğu için ticari hayatın sürdürülebilirliği açısından da faydalıdır¹⁴⁹. Böylece, bir taşınmaz üzerinde geçici tescil şerhi verilmesinden sonra, taşınmaz üzerindeki hakların başkasına devredilmesi ya da üçüncü kişilerin taşınmaz üzerinde hak kazanarak gerçek hak sahibinin hakkını kaybetmesi sonucunun ortaya çıkmasını önlemektedir¹⁵⁰. Uygulamada ise mahkemelerce aynı hak iddiasına dayalı olarak verilen ihtiyati tedbir kararlarında tedbirin kanuni dayanağının TMK' nın 1011. maddesi olduğuna ya da tedbirin niteliğinin geçici tescil şerhi olduğuna değinilmemektedir¹⁵¹.

Taşınmazlara ilişkin davalarda, teminat amacıyla çekişmeli haklar şerhi veya geçici tescil şerhi talep edilmesi halinde TMK' nın 1010 ve 1011. maddelerinde tedbir sebebine ilişkin açık bir düzenleme olmasa da, tedbir kararı verilebilmesi için genel tedbir sebebinin gerçekleşmiş olması yani taşınmaz üzerinde tasarruf edilebilecek olma tehlikesinin yaklaşık olarak ispatı aranmalıdır¹⁵².

¹⁴⁶ Taş Korkmaz, s. 46.

¹⁴⁷ Delipınar, s. 212; Ünal, Başpınar s. 344; Bilgin, Yüce Özmen s. 351; Nomer, Ergüne s. 524.

¹⁴⁸ Delipınar, s. 211.

¹⁴⁹ Erişir, s. 374; Delipınar, s. 211.

¹⁵⁰ Erişir, s. 374; Delipınar, s. 211.

¹⁵¹ Delipınar, s. 211; aynı yönde Bilgin Yüce Özmen s. 327; Peksöz, s. 551 ; Gümüş, s. 98.

¹⁵² Özekes, Pekcanitez Usûl, Sayfa 2467; Erişir, s. 206-208.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Geçici tescil şerhi kavramsal olarak bakıldığında lafız itibariyle, geçici olarak bir tescilin yapıldığı şeklinde anlaşılmaya uygun ise de; geçici tescil şerhi teknik anlamda bir tescil değil; ileride tapuya işlenme tarihinden itibaren hüküm doğuracak şerh niteliğindedir¹⁵³.

Geçici tescil şerhine, tapu kaydındaki tescilin gerçek hak sahipliği durumuna uygun olmadığı iddia edilen durumlarda, dava konusunun üçüncü kişiye davanın devamı sırasında devredilmesi halinde iyiniyetle iktisap riskini önlemek amacıyla başvurulur¹⁵⁴.

Geçici tescil şerhi ile çekişmeli haklar şerhinin ihtiyati tedbirin sonucunu doğuran şerhler olmalarına rağmen uygulamada teminat alınmaksızın taşınmazın tapu kaydına şerh konulmasının yaygınlaşması, mülkiyet hakkı yönünden ciddi bir ihlal olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir¹⁵⁵. Çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescil şerhine ilişkin yöneltilen diğer bir eleştiri ise bu şerhlerin diğer bir geçici hukukî koruma türü olan ihtiyati hacizden daha ağır sonuçları olduğuna, ihtiyati haciz alacak miktarı ile sınırlı iken ihtiyati tedbir niteliğinde olan şerhlerin taşınmazın tamamını sirayet ettiğine yöneliktir¹⁵⁶.

¹⁵³ Delipinar s. 211; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 193; Ünal, Başpınar s. 340;

¹⁵⁴ Ünal, Başpınar s. 344; Tekinay, s. 395.

¹⁵⁵ Özdemir, Mehmet. Yargıtay Ve İstinaf Uygulamasında Geçici Hukukî Korumalar. Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2021, s. 309 vd. , Özbek Serdar s. 66. , Bilgin Yüce Özmen s. ; Gümüş s.

¹⁵⁶ Özdemir, s. 311.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Şerhin hukukî yaptırımının ne olduğu TMK'nın 1011. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde, şerhin konusu hakkın sonradan gerçekleşmesi halinde, aynı hakkın şerh tarihinden itibaren üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği şeklinde öngörülmüştür.

Geçici tescil şerhi, üçüncü kişilerin şerhin konusunu teşkil eden aynı hak iddiasının sabit olması halinde, iyi niyet iddialarını kaldıran bir işlevi bulunmaktadır ve bu halde taşınmaz üzerindeki şerhin verilmesinden sonra sicilde hak sahibi olanlar bu aynı hakkı bilmediklerini yahut bilebilecek durumda olmadıklarını davacıya karşı ileri süremezler¹⁵⁷. Geçici tescil şerhi verilmesi tapu siciline tescil ile aleniyet kazanırlar ve dava konusu taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olan kimselerin iyi niyet iddialarını bertaraf etmesine rağmen taşınmazın devredilmesine ya da üzerinde sınırlı aynı hak yahut ipotek tesisine engel olamayacaktır¹⁵⁸.

Türk- İsviçre hukukundaki geçici tescil şerhinin önemli yararları dikkate alınarak kanun koyucu ve uygulayıcılar tarafından kullanımının yaygınlaştırılmasına yönelik adımlar atılmalıdır¹⁵⁹.

Bunun yanında mahkemeler tarafından ihtiyati tedbir kararı verilirken taşınmaza devir yasağı getirilmesi yerine, uyuşmazlığın niteliği tespit edilerek uyuşmazlığın niteliğine uygun düştüğü ölçüde ihtiyati tedbir olarak geçici tescil şerhi verilmelidir¹⁶⁰.

Taşınmazın tapu kaydına geçici tescil şerhi işlenmesinin kural olarak taşınmazın devir kabiliyetini ortadan kaldırmamasına göre herhangi bir zarara yol açmayacağı düşünülebilir¹⁶¹. Ancak bu düşüncenin yerinde olduğunu söylemek güçtür. Çünkü geçici tescil şerhi taşınmazın devir kabiliyetini ortadan kaldırmasa dahi bu şerhi ihtiva eden bir taşınmazın satın alınmasında alıcının her zaman gönüllü olmayacağı ortadadır. Alıcının satın aldığı risk, dava sonunda lehine şerh verilen aynı hak iddiası sahibi karşısında haksız çıkma tehlikesidir. İşte bu tehlikeden dolayı taşınmazın

¹⁵⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 220.

¹⁵⁸ Taş Korkmaz, s. 46.

¹⁵⁹ Delipınar, s. 213.

¹⁶⁰ Delipınar, s. 213; Bilgin Yüce, Özmen, s. 356; Peksöz, s. 553.

¹⁶¹ Delipınar, s. 208

ekonomik değeri şerhten etkilenecektir¹⁶². Sonuç olarak geçici tescil şerhi fiilen bir taşınmazın satılıp satılmayacağını ve satış değerini etkileyecektir.

Geçici tescil şerhinin tapu siciline işlenmesi ile şerh iyiniyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımını önler, tasarruf yasağı getirmediği için tapuda hak sahibi görünen kimse taşınmaz üzerinde tasarruflarda bulunabilir, kesin tescile dönüştüğünde de maddî hukuk bakımından şerh tarihinden itibaren etki doğurur¹⁶³.

Geçici tescil şerhinin esas amacı, tapu sicilinde hak sahibi görünen ancak gerçek anlamda hak sahibi olmayıp, lehine yolsuz tescilin sahibinin yapacağı tasarruflardan dolayı, gerçek hak sahibinin dava yolu ile tapu sicilini düzeltene kadar olan süre içinde iyiniyetli bir üçüncü kişinin tapu siciline itimat prensibi gereğince aynı hak kazanımlarını önlemek, iyiniyeti ortadan kaldırmaktır¹⁶⁴.

Şerhin amacı, üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kaldırılması olmasına rağmen TMK'nın 1011. maddesinde üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırdığına dair hiçbir ifadeye yer verilmemiştir¹⁶⁵. Kanaatimce TMK'nın 3. maddesinin varlığı karşısında şerhlerin içinde bu yönde ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Nitekim anılan maddeye göre; kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. Bu maddeden hareketle tapu siciline kayıtlı bir taşınmazı devralan kimse hayatın olağan akışı içinde, öncelikle taşınmazın şerh, beyan, irtifak ve aynı hakka dair tüm kayıtlarını sicilden incelemek zorundadır. Aksi halde üzerinde geçici tescil şerhi bulunan bir taşınmazı devralan üçüncü kişi, şerh lehtarını hakkını ispat ettiğinde bu kimseye karşı TMK'nın, 1011. Maddesinde düzenleme yapılmamış olsa dahi TMK'nın 3. maddesinin 2. fıkrasının varlığı karşısında iyiniyet iddiasında bulunamaz.

¹⁶² Delipınar, s. 208.

¹⁶³ Delipınar, s. 182.

¹⁶⁴ Delipınar, s. 182; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 252; Nomer, Ergüne, s. 170; Ayan, s. 469; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 331; Sirmen, s. 236; Ünal, Başpınar, s.372; Esener, Güven, s. 88-89; Antalya, O. Gökhan, Topuz, Murat, "Tapu Sicili", Eşya Hukuku, C.3, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018. s. 194.

¹⁶⁵ Delipınar, s. 182; Aybay Aydın, Hatemi Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 s. 65.

Dava devam ederken bir üçüncü kişi geçici tescil şerhi ile yüklü taşınmazı devraldığında, davacının aynı hak iddiasında geçici tescil şerhi vasıtası ile haberdar olduğu ve TMK 1020 de yer alan kanuni karine gereği sicilde yazılı bir hususu bilmediğini ileri süremeyeceği için davacının iddiasını ispat etmesi halinde aynı hak kazanımı korunmayacaktır¹⁶⁶.

Geçici tescil şerhi TMK 712. Maddesinde düzenlenen yolsuz tescile iyiniyetle dayanan zilyedin iyiniyet iddiasına istinaden mülkiyet kazanımı bakımından da zamanaşımını kesen bir sebeptir¹⁶⁷.

Geçici tescil şerhi, tapuyu kitlemediği¹⁶⁸ ve taşınmazın el değiştirmesi ile üzerinde çeşitli tasarruf işlemlerine konu edilebilmesini sağlayabilmekte, bununla birlikte şerh lehtarının taşınmazın el değiştirmesinden kaynaklanan zarara uğramasını engellemektedir¹⁶⁹. Bu yönleri ile geçici tescil şerhi, aynı hak iddiasında bulunan kimsenin hakkını ileri sürebilme imkânını temin ederken aynı anda sicilde hak sahibi görünen kimseye de tasarruf yasağı getirmeyerek ticari hayatın sürdürülebilirliği kapsamında önemli bir işlev üstlenmektedir¹⁷⁰. Uygulamada ise aynı hak iddiasını içeren davalarda geçici tescil şerhi uygulama olanağına rağmen mahkemeler tarafından sicilin kilitlenmesine yönelik ihtiyati tedbir kararları verilmektedir¹⁷¹.

Mahkemelerin bu yolu tercih etmelerinin altında yatan neden, taşınmazı şerhle devralan üçüncü kişilerin ileride mağduriyet yaşamalarının önlenmesi olabilir; ancak üzerinde geçici tescil şerhin görerek ve bilerek taşınmazı devralmak isteyen üçüncü kişinin iyiniyetli olduğundan bahsedilemeyeceği gibi, şerhin konusu nedeni ile olası neticeleri öngörmesi kendisinden beklenir¹⁷². Şerh sahibi iddia ettiği hakkını ispat edemeyecek olursa da aynı hak kazanan üçüncü kişinin kazanımı korunur¹⁷³. İşte bu yüzden, ticari hayatın gelişmesi için sözleşme serbestisini artırmak ve mülkiyet hakkı

¹⁶⁶ Delipınar, s. 183; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 331, Antalya, Topuz, s. 194.

¹⁶⁷ Delipınar, s. 182; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 332.

¹⁶⁸ Oğuzman , Seliçi, Oktay Özdemir, s. 294; Nomer, Ergüne, s. 171; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 331; Ayan, s. 468-469; Aybay, s. 66; Antalya, Topuz, s. 193; Delipınar, s. 185.

¹⁶⁹ Delipınar, s. 185.

¹⁷⁰ Delipınar, s. 185.

¹⁷¹ Delipınar, s. 186, Oğuzman , Seliçi, Oktay Özdemir, s. 294; Aybay; s. 94, Nomer, Ergüne, s. 171; Ayan, s. 468.

¹⁷² Delipınar, s. 186.

¹⁷³ Delipınar s. 186.

üzerindeki kısıtlamaları kaldırmak gerektiği düşüncesinden hareketle, geçici tescil şerhinin uygulanması yaygınlaştırılmalıdır¹⁷⁴ .

Geçici tescil şerhi verilen bir taşınmazın aleyhine ihtiyati tedbire hükmedilen kişi tarafından tedbirin verilmesinden ancak asıl davanın açılmasından önceki dönemde veya davanın açılmasından sonra bir üçüncü kişiye devredilmesi halinde davacı, yeni malike davasını yöneltme imkânına sahiptir¹⁷⁵.

Öğretide devir yasağı getirmeyen geçici tescil şerhi iyiniyeti ortadan kaldırması bakımından faydalı olmasına rağmen dava sırasında dava konusunun devri halinde etkin bir koruma sağlamadığı ve davacının yeni malike karşı davasını yöneltmesi gerektiği için zorluk yaratması yönünden eleştirilmektedir¹⁷⁶. HMK 125 maddesinin varlığına rağmen bu halde davacı tarafça davanın yeni bir kişiye yöneltilmesi usûl hukuku bakımından yeni güçlükler yaratacağı belki peş peşe devirlerden dolayı yargılamanın uzayacağı ve masrafin artacağı yönünde eleştirilmiştir¹⁷⁷.

Aybay¹⁷⁸, geçici tescil şerhinin uygulanması nedeniyle davacı tarafın söz konusu usûli mağduriyeti yaşamaması için Alman usûl hukukunda kabul edilen esas doğrultusunda, iddiasını sicile şerh ettirmiş tarafın açtığı davada, davanın açılış tarihi itibarıyla hak sahibi olan kişilere karşı dava konusu devredilmiş olsa bile devam edilebileceği ve verilen hükmün taşınmazı devralan üçüncü kişileri de bağlayacağı yönündeki ilkenin benimsenmesi önermektedir

Kuru, Aydın'a göre, "... hüküm, (hiç) istinaf (veya temyiz; m. 373/4) edilmeden kesinleşirse, hüküm dava konusunu devralan üçüncü kişi hakkında da kesin hüküm (m. 303) teşkil eder; çünkü üçüncü kişi dava konusunu devraldığı tarafın cüz'i halefidir." denilerek, devreden davalı aleyhine verilmiş kararın taşınmazı devralan üçüncü kişiyi de bağlayacağı savunulmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Delipınar, s. 186.

¹⁷⁵ Delipınar, s. 186; Kuru, Baki, Aydın, Burak, İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 10-2021, s. 424; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 316; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema, Hanağası, Emel, İcra Ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 10-2021, s. 522; Aybay, s. 72.

¹⁷⁶ Delipınar, s. 186; Aybay, s. 72.

¹⁷⁷ Delipınar, s. 187.

¹⁷⁸ Aybay, s. 74.

¹⁷⁹ Kuru, Aydın, s. 424.

Kanaatimce şekli taraf teorisi kapsamında Aybay'ın önerisinin fiilen uygulama olanağı yoktur. Bu halde Alman hukukundaki halefiyet prensibi belirlense dahi halefin kim olduğu problemi ortaya çıkacaktır. İdari işlemin konusunu teşkil eden kat irtifakı kurulması talepleri bakımından dahi mahkemeden muvafakat sorarak¹⁸⁰ görevlerinin gereğini yerine getirmeyen tapu müdürlükleri Alman hukukunda öngörölmüş kesin hükmün halefleri bağlamasına dair HMK'nın 303/4. maddesinin gereklerini yerine getirebilecek nitelikte değildir. Anılan maddede, bir dava dolayısıyla ortaya çıkan hükmün, kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini tarafların birisinden devralan yahut dava konusu şey üzerinde sınırlı bir ayni hak veya fer'î zilyetlik kazanan kişiler hakkında da iyiniyetli kazanım halleri saklı kalmak kaydı ile geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Bu tartışma hakkında Delipınar, ayni hak iddialarının temini bakımından mahkemelerce tercih edilmesi gereken ihtiyati tedbir türünün devir yasağı yerine geçici tescil şerhi olması gerektiğini zira davacının davasını devralan kişiye karşı yöneltme olanağına sahip olduğunu, hâkimin peş peşe devirler olmasına göre davalının kötüniyetli davranışlarının varlığı karşısında da her zaman için tedbiri değiştirme olanağına sahip olduğunu ileri sürmektedir¹⁸¹.

Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop'un savunduğı görüşe göre, mahkeme tarafından geçici tescil şerhinin tapu sicilini kilitleyecek şekilde hüküm doğurması yönünde karar verilmesi de mümkündür¹⁸².

Kanaatimce ardı ardına devirlerin yaratacağı zaman ve masraf kaybı ihtimali başta gözetilerek ferağ yasağı getirmek tebligat ve yargılama süresi dikkate alındığında daha ihtiyatlı bir yaklaşım olur. Aksinin kabulü halinde iş işten geçmiş olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus somut olayın niteliğidir. Örneğin ayni hak iddiasına dayalı açılan bir davada, dava konusu taşınmaz davacının iddiasına göre haline münasip evi, hayattaki tek malvarlığı olabilir. Bu halde hâkimin değerlendirmesi gereken yaklaşık ispat ölçüsünde davacı iddiasını ispat edebiliyor ise ferağ yasağı vermek olmalıdır. Ancak diğer yandan bir yüklenici firmadan yatırım amacıyla 30 adet daire alarak satış vaadi sözleşmesine dayalı şahsi hak iddiasına

¹⁸⁰Özbek M. Serdar, s. 87.

¹⁸¹ Delipınar, s. 187.

¹⁸² Delipınar, s. 188; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 402.

konu olay bakımından, bu tip bir davada davacının ticari hayatın içinde olan biri olacağını söylemek hayatın olağan akışına uygun düşecektir. Bu halde davanın şahsi hak iddiasına dayanmasına göre ferağ yasağı verilmesine göre çekişmeli haklar şerhi verilmesi olayın özelliğine uygun düşebilir.

Özkök'e göre de taşınmaza geçici tescil şerhi verilmesi iyiniyetli hak kazanımı iddialarına yönelik koruyucu nitelikte ise de dava konusunun devri ihtimalinin yarattığı sakıncaları önlemekte yetersizdir¹⁸³. Geçici tescil şerhi verilmiş bir taşınmaz hakkında hüküm verilmesinden sonra ancak hükmün kesinleşmesinden önce dava dışı üçüncü kişiye devredilirse HMK 125 hükmünün uygulanması gerekir¹⁸⁴.

Her ne kadar geçici tescil şerhine ilişkin ihtiyati tedbir kararı taşınmazın devrinin yasaklanmasına ilişkin değilse de tapuya bildirimle uygulanabilecek nitelikte olduğundan geçici tescil şerhinin de mahkeme tarafından doğrudan tapuya bildirimle gerçekleştirilebileceği söylenebilecektir¹⁸⁵.

İnşaatçı ipoteği verilmesine ilişkin davalarda “geçici tescil şerhi” verilmesi maddi hukuk karakterli bir talep olup ihtiyati tedbir yolu ile değil dava yolu ile kullanılır¹⁸⁶.

¹⁸³ Özkök, s. 16.

¹⁸⁴ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 316; Kuru, Aydın, s. 423. , Delipınar, s. 188

¹⁸⁵ Delipınar, 2022, s. 178; Aybay, s. 63, tapuya yazı yazılmasının yeterli olduğuna dair kaynaklar Nomer, Ergüne, s. 170; Uygulamada müzekkere yazılması şeklinde yaygınlık görüldüğüne dair kaynaklar :Aybay, s. 63; Nomer, Ergüne, s. 170; Özekes, Pekcanitez, Usûl, s. 2485.

¹⁸⁶ Buna ilişkin Yargıtay 15. HD 2020/1844 Esas, 2021/ 2753 Karar sayılı kararında da “Yüklenici ipoteği, tescile tabi kanuni ipoteklerdendir (TMY md. 893/III). Yüklenici ipoteklerinin tescilinde tapu kütüğünün rehin haklarına ait düşünceler kısmında “inşaatçı ipoteği olduğu belirtilmektedir (TST md. 35). Yüklenicinin kanuni ipotek hakları, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir.

Tescil talebinde de yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir (TMK md. 895/I,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 Md. 895/III).

İşe başlarken genellikle yüklenici alacağının miktarı kesin olarak belli olmaması ve taşınmaz mal sahibince de kabul edilmemesi durumunda TMK'nın 1011 ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 48 ve 50. maddeleri hükümleri gereğince, inşaatçı ipoteğinin tescili ile ilgili geçici şerhin verilmesi istemi mahkemeye yapılır. Mahkeme, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinden inceleme yaparak şerhe konu hakkın varlığının kabul edilebileceği kanısına varırsa; şerh kararı verir ve kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenip; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.

TMK'nın 1022. maddesi uyarınca da aynı haklar tapu sicil kütüğüne tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Bu yasal nedenlerle geçici şerh, TMK'nın 896 ve 897. maddelerine göre yüklenicinin, kanuni ipotekten yararlanma bakımından sıra almasını sağlar.

Açıklanan nedenlerle yüklenici ipoteğinin geçici şerhi de tescili de yüklenici ve taşınmaz maliki arasında anlaşma olmadıkça dava yoluyla istenebilir. Taraflar yüklenici alacağının miktarında ve gösterilebilecek teminata anlaşamazlar ise, yüklenici ipoteğinin tescili davasının görülmesi ve

Tescil talebinde de yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir (TMK md. 895/I,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 Md. 895/III).

İşe başlarken genellikle yüklenici alacağının miktarı kesin olarak belli olmaması ve taşınmaz mal sahibince de kabul edilmemesi durumunda TMK'nın 1011 ve Tapu Sicil Tüzüğü'nün 48 ve 50. maddeleri hükümleri gereğince, inşaatçı ipoteğinin tescili ile ilgili geçici şerhin verilmesi istemi mahkemeye yapılır. Mahkeme, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinden inceleme yaparak şerhe konu hakkın varlığının kabul edilebileceği kanısına varırsa; şerh kararı verir ve kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenip; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.

TMK'nın 1022. maddesi uyarınca da aynı haklar tapu sicil kütüğüne tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Bu yasal nedenlerle geçici şerh, TMK'nın 896 ve 897. maddelerine göre yüklenicinin, kanuni ipotekten yararlanma bakımından sıra almasını sağlar.

Açıklanan nedenlerle yüklenici ipoteğinin geçici şerhi de tescili de yüklenici ve taşınmaz maliki arasında anlaşma olmadıkça dava yoluyla istenebilir. Taraflar yüklenici alacağının miktarında ve gösterilebilecek teminatta anlaşamazlar ise, yüklenici ipoteğinin tescili davasının görülmesi ve verilecek kararın kesinleşmesi sürecinin uzaması ihtimalini gözeterek geçici şerh davasını açabilirler ve bu davada geçici şerhe karar verilmesi sonucu yapılan geçici şerh, yukarıda açıklandığı üzere yüklenici ipoteğinin mahkemece ya da mal sahibince kabulü hallerinde geçici tescil tarihinden itibaren varlık kazanan ipoteğin kesin tescili, terkin olunacak geçici şerhin

verilecek kararın kesinleşmesi sürecinin uzaması ihtimalini gözeterek geçici şerh davasını açabilirler ve bu davada geçici şerhe karar verilmesi sonucu yapılan geçici şerh, yukarıda açıklandığı üzere yüklenici ipoteğinin mahkemece ya da mal sahibince kabulü hallerinde geçici tescil tarihinden itibaren varlık kazanan ipoteğin kesin tescili, terkin olunacak geçici şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ve sıra almasını sağlar. O halde geçici şerh davası, diğer koşullar bakımından yüklenici ipoteğinin tescili davası ile aynı koşulları taşımaktadır.” Şeklinde karar verilmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 31. HD 2024/330 Esas 2024/461 Karar sayılı kararı, “Yüklenici ipoteği, tescile tabi kanuni ipoteklerdendir (TMY md. 893/III). Yüklenici ipoteklerinin tescilinde tapu kütüğünün rehin haklarına ait düşünceler kısmında “inşaatçı ipoteği olduğu belirtilmektedir (TST md. 35). Yüklenicinin kanuni ipotek hakları, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir.” şeklindedir.

tarikh ve yevmiye numarası ile yapılırve sıra almasını sağlar. O halde geçici şerh davası, diğer koşullar bakımından yüklenici ipoteğinin tescili davası ile aynı koşulları taşımaktadır.” Şeklinde karar verilmiştir. Gösterilen kararlara göre üst derece mahkemeleri geçici tescil şerhini maddî hukuk karakteri ile uygulamakta olup yapılan taramalarda ihtiyati tedbir kararı olarak uygulanmasına rastlanmamıştır.

Şerhin tescile dönüşmesinin, şerhin konusu olan aynı hak iddiası bakımından üçüncü kişinin iyi niyetini ortadan kaldıracığı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak hakkını üçüncü kişiye karşı nasıl ileri sürüleceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁸⁷; geçici tescilin şerhi ile kesin tescil yapılana kadar geçen sürede, tapu sicilinde hak sahibi gözüken kişi tarafından üçüncü kişilere yapılan kazandırmaların tapu sicilinden terkin edilebilmesi için yeniden dava açılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bir diğer görüşe¹⁸⁸ göre ise; kesinleşen hüküm geçici tescil şerhinden sonra aynı hak kazanan üçüncü kişilere karşı da icra edilebilecektir¹⁸⁹.

Delipınar’a göre hükmün verilmesi ve İİK28 şerhinin işlenmesinden sonra aynı hak kazanan üçüncü kişiye karşı da hüküm İİK 29 maddesi kapsamında icra edilebilir ve aynı hak sicilden terkin edilebilir¹⁹⁰.

Geçici tescil şerhinin, kesin tescile dönüşmesinin üçüncü kişilere etkileri kapsamında geçici tescil şerhi ile yüklü taşınmazı cebri icra yolu ile satıştan elde eden üçüncü kişinin durumunu da değerlendirilmelidir¹⁹¹. Dava dışı alacaklının, tapu sicilinde hak sahibi görünen kimsenin borcundan kaynaklanan icra takibinde geçici tescil şerhi ile yüklü taşınmaz üzerine icrai haciz koydurması ve taşınmazın cebri icra yolu ile satışını istemesi olasıdır¹⁹². Bu durumda, geçici tescil şerhine rağmen dava konusu taşınmaz cebri icra yoluyla satılsa dahi, taşınmaz üzerinde gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kimse hakkını ispatlamış ve geçici tescil şerhi kesin tescile dönüşmüşse, bu hakkını cebri icra yolu ile taşınmazı satın alan ihale alıcısı konumundaki üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilecektir¹⁹³.

¹⁸⁷ Ayan, s. 469; Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 332.

¹⁸⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay - Özdemir, Eşya Hukuku, s. 252; Nomer, Ergüne, s.170; Sirmen, s. 236; Antalya / Topuz, s. 192.

¹⁸⁹ Delipınar 190.

¹⁹⁰ Delipınar 191.

¹⁹¹ Delipınar, s. 192.

¹⁹² Delipınar, s. 192; Aybay, s. 80.

¹⁹³ Delipınar, s. 192; Aybay, s. 80.

Geçici tescil şerhi ile yüklü taşınmaz, yolsuz tescil sahibinin borcundan kaynaklı olarak hacze konu olmuş ise bu halde davacı davasını kazandığı takdirde, mülkiyetin başından itibaren davacıya ait olduğu sabit olacağı için haciz de kalkacaktır¹⁹⁴. Bu durumda geçici tescil şerhi ile haciz şerhi arasında zaman bakımından oluşan sıranın bir önemi yoktur çünkü geçici tescil şerhi hacizden sonra işlenmiş olsa dahi tapu sicilini gerçeğe uygun hale getiren davacı, ayni hakkını haciz alacaklısına ve paraya çevirme işlemi yapılmış ise ihale alıcısına karşı da ileri sürebilecektir¹⁹⁵.

C. DAVALIDIR ŞERHİ

1. TANIMI

“Davalıdır şerhi” uygulamada kendisine mahkeme kararlarının özellikle tensip tutanaklarında bir bent halinde kendisine yer bulan, ilgili tapu müdürlüğü tarafından da beyanlar hanesine kaydedilen, ancak açık kanuni dayanağı bulunmayan bir ifadedir¹⁹⁶. Bu ifade ile amaçlanan, davalıdır şerhine konu olan taşınmazın hakkında bir dava açıldığının, malikin tasarruf yetkisini hukuken ortadan kaldırmayacak surette ancak üçüncü kişilerin de açılan davadan haberdar edilmesini sağlamaktır. Her ne kadar uygulamada adına şerh denilmiş ise de davalıdır şerhi teknik anlamda bir şerh değildir. Çünkü şerhler sınırlı sayıda olma prensibine tabi olup, davalıdır adı altında bir şerh türü TMK 1009. maddesi ve devamında açıkça belirtilmediği gibi özel kanunlarda yahut HMK’nda da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

Davalıdır şerhi uygulaması teknik anlamda bir şerh olmadığı ve açık bir kanuni dayanağa sahip olmadığı gibi, üst derece mahkemesi kararları arasında da bu şerhin hukukî niteliğinin ne olduğu hususunda uygulama birliği sağlanamamıştır. Bu

¹⁹⁴ Erişir, s. 316.

¹⁹⁵ Erişir, s. 316.

¹⁹⁶ Peksöz, s. 550.

nedenle davalıdır şerhinin hukukî niteliğinin ne olduğu yargı kararlarında ve öğretide tartışmalıdır¹⁹⁷.

Görüşlerden biri, davalıdır şerhinin, çekişmeli haklar şerhi niteliğinde olduğunu savunmaktadır¹⁹⁸. Bir diğer görüş ise; uygulamada geçici tescil şerhi ve çekişmeli haklar şerhinin birbirine karıştırıldığı ve bunların ayrı ayrı uygulanması yerine tek bir isim altında davalıdır şerhi uygulandığını ve bu uygulamanın hatalı olduğunu savunmaktadır¹⁹⁹.

Davalıdır şerhinin tapu kütüğünün şerhler hanesine değil; beyanlar hanesine kaydedildiği, beyanların mevzuatın izin verdiği hâllerde tapu siciline işleneceğinden beyan olarak dahi davalıdır şerhinin verilemeyeceği yönünden de uygulama kanuni dayanağı olmadığı için eleştirilmiştir²⁰⁰.

Zira davalıdır şerhinin tek yasal dayanağının Kadastro mevzuatında bulunduğu, kadastro uygulaması dışında taşınmazla ilgili bir dava hakkında davalıdır şerhinin tapuya kaydedilemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla davalıdır şerhi kayıtlarının hukuken bir anlamı olmadığı savunulmuştur²⁰¹.

Öğretide davalıdır şerhi ile teminat yatırma zorunluluğu bertaraf edilerek ihtiyatî tedbirin sonucunun sağlandığı ve bunun kanuna karşı hile oluşturduğu ileri sürülmüştür²⁰².

Tapu sicilinde beyanlar hanesi, TMK 1012. maddesinde düzenlenmiştir. Beyanlar hanesine yazılabilecek hususlar arasında ortak bir prensip belirlenmesi hemen hemen imkânsız olup bunlardan bazıları üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf eden, bazıları bir karine yaratan, bazıları taşınmaza bağlı aynı bir hakkı açıklayan niteliktedir²⁰³.

¹⁹⁷ Peksöz s. 550 vd.

¹⁹⁸ Özbek, s. 84; Davalıdır şerhine çekişmeli haklar şerhi olarak yer verilmesi yönünde bkz. Antalya, Topuz, s. 2884.

¹⁹⁹ Bilgin Yüce/Özmen, s. 349, 351-352. Aynı yönde bkz. Taşatan, Caner, Kişisel Nitelik Taşıyan Tescili İsteme Hakkı (TMK m. 716/1), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 256-257.)

²⁰⁰ Gümüş, s. 93-94., Peksöz s. 553.

²⁰¹ Bkz. dip not: 197.

²⁰² Peksöz, s. 550; Gümüş, s. 100.

²⁰³ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 221.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Davalıdır şerhinin hukukî niteliği öğretide ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Davalıdır şerhi adı altında tapuya şerh verilebileceğine ilişkin olarak açık bir kanuni düzenleme de mevcut değildir. Davalıdır şerhi bakımından yaygınlık göstermeyen bir isimlendirme “iyiniyet şerhi” olarak yapılmıştır²⁰⁴.

Yargıtay 12. HD’nin istikrarlı kararlarında davalıdır şerhinin ihtiyati tedbirin bir türü olmadığına hükmedilmektedir. Örneğin anılan dairenin 2016/28553 E. , 2017/10126 K. sayılı kararında “tapu kaydına düşülen "davalıdır" şerhi, tedbir niteliğinde olmayıp, cebri icra yolu ile yapılacak satışa engel olmayacağından, mahkemenin, aksi yöndeki yazı cevabının sonuca etkisi bulunmamaktadır.” şeklinde bu husus ifade edilmiştir.

Yargıtay 12. HD 2009/8408 E. , 2009/17394 K. sayılı kararından, “Şikayetçi borçluya satış ilanının tebliğ edilmemesi ihale fesih nedeni olarak belirtilmiş ise de, bu usûlsüzlük ilgilisi tarafından dava dilekçesinde ileri sürülmediğinden mahkemece resen nazara alınamaz. Öte yandan taşınmaz kayıtlarındaki "davalıdır" şerhinin satış ilanında belirtilmemesi talebi ve talibi artıracak bir husus olup, borçlu tarafından fesih nedeni olarak ileri sürülemez. Ayrıca ihale bedelinin süresi içerisinde yatırılmaması İİK.nun 133.maddesine dayalı fesih sebebi olup, İİK.nun 134.maddesine göre açılan ihalenin feshi davasında dikkate alınamaz. Çünkü İİK.nun 133.ve 134. maddelerinde yazılı ihalenin feshi koşulları ve doğurduğu sonuçlar birbirinden farklıdır.” İlgili dairenin, bir taşınmaz üzerindeki davalıdır şerhinin taşınmaz için yapılan açık artırmaya olan ilgiyi düşürdüğü kanaatine varıldığı görülmektedir.

Yargıtay 1. HD’nin 29/02/2012 tarihli, 2012/2886 Esas, 2012/2157 Karar sayılı kararı ile 24/05/2012 tarihli, 2012/6976 Esas 2012/6023 Karar sayılı kararlarının

²⁰⁴ Gümüş s. 83.

incelenmesinde de 1. HD'nin davalıdır şerhinin ihtiyati tedbirin bir türü olduğu kanaatinde olduğu görülmektedir.

2012/6976 Esas 2012/6023 Karar sayılı kararda “...gerekçesi ile tedbir talebinin şimdilik reddine karar verilmişse de, dosya kapsamına göre, şufa davasının redle sonuçlandığı, Yargıtay incelemesi sırasında da yalnızca vekalet ücreti yönünden bozulduğu anlaşılmaktadır. Bu kararın kesinleşmesi ile HMK'nun 397/2 bendi gereğince bu dosya üzerine konulan "davalıdır" şerhinin bir hükmünün kalmayacağı gibi, bu şerhin taşınmazın devir ve temlikini önleyici bir fonksiyonunun da olmayacağı açıktır.” Bu kararın incelemesinden davalıdır şerhinin devre engel olmadığı görüşünün Yargıtay tarafından da benimsendiği sonucuna varılmaktadır.

İstanbul BAM 8. HD davalıdır şerhinin bir geçici hukukî koruma kararı olmasına rağmen bir ihtiyati tedbir olmadığı kanaatindedir. Bu ayrımın, davalıdır şerhinin hukukî niteliğinin ne olduğu en önemli fiili etkisinin kanun yolu denetiminde göstermektedir. Çünkü davalıdır şerhinin ihtiyati tedbir olduğu kabul edilir ise ilk derece mahkemesinin bu konudaki vermiş olduğu kararlar istinaf denetimine açık olacaktır. Aksi kabul edilirse istinaf denetimine tabi kararlardan sayılamayacaktır. İstanbul BAM 8. HD 2023/2461 Esas, 2023/2006 karar sayılı ilamında “Tapu kaydı üzerine davalıdır şerhi konulması, geçici bir hukukî koruma tedbiri niteliğinde olduğu kabul edilebilir ise de, 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 389 ve devamı madde hükümlerinde düzenlenen ihtiyati tedbir niteliğinde bir koruma tedbiri değildir.

Mahkemenin istinafa konu kararının bir bölümü tapu kaydı üzerine davalıdır şerhi konulması talebinin reddine ilişkin bulunduğu ve HMK'nın 341/1.maddesi uyarınca bu gibi bir koruma tedbirine karşı istinaf yasa yoluna başvurulabileceğine ilişkin herhangi bir açık düzenleme olmadığından, diğer bir ifade ile istinafa tabi nitelikte bir karar niteliği taşımadığından, davacı vekilinin istinaf isteğine konu ara kararın; " taşınmazın tapu kaydına davalıdır şerhi konulması yönündeki taleplerinin REDDİNE," dair hüküm bölümüne yönelik, ilişkin istinaf isteğinin de HMK'nın 341/1 ve 352.maddesi uyarınca usûlden reddine karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılarak” şeklindeki ifadeleri ile davalıdır şerhinin bir ihtiyati tedbir türü olmadığı için kanun yolu denetimi yapılamayacağına hükmetmiştir.

İstanbul BAM 40. HD 2022/1618 Esas 2022/1556 Karar sayılı kararında da davalıdır şerhinin bir ihtiyati tedbir olmadığına hükmedilmiştir. Kararın gerekçesi “davacı vekilinin, ihtiyati tedbir talebinin reddine dair kesinleşen ara karardan sonra yeniden ihtiyati tedbir ve "davalıdır" şerhi talebinde bulunması üzerine Mahkemece talebin reddine dair 18/05/2022 tarihli ara kararının kesin nitelikte olduğu kanısına varılmıştır. Ayrıca, Mahkemece kanun yolunun istinaf olarak gösterilmiş olması da sonuca etkili bulunmamaktadır. Bu durumda, HMK'nın 352/1-ç maddesi gereğince davacı vekilinin istinaf başvuru dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmiştir” şeklindedir.

Ankara BAM 31. HD 2023/669 Esas, 2023/876 Karar sayılı kararında davalıdır şerhinin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğuna hükmedilmiştir. Anılan kararda “mahkemece ihtiyati tedbir niteliğindeki "davalıdır" şerhi konulması talebinin kabulüne karar verilmesi gerekli iken, reddine ilişkin olarak verilen kararın doğru ve yasal olduğu söylenemez.” şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Davalıdır şerhinin üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf edip etmediği tartışmalıdır²⁰⁵. Bu tartışmanın sebebi de davalıdır şerhinin bir kanuni dayanağı bulunmamasıdır²⁰⁶. Hukukî niteliği itibarıyla teknik anlamda şerh olmayan ve beyanlar hanesine işlenen davalıdır beyanı, şerhin müspet ve menfi etkisinden faydalanamazlar ancak bu maddî hukuka ilişkin bir problem olup çalışmamız kapsamı dışındadır. Ancak medeni usûl hukuku bakımından önemli olan davanın devamı sırasında dava konusunun devri halinde devralan üçüncü kişinin iyi niyet iddiasında bulunup bulunamayacağı ve buna bağlı olarak da dava konusunun korunmasına hizmet edip etmediğinin tespit edilmesidir.

²⁰⁵ Peksöz, s. 550 vd.; Gümüş s. 100.

²⁰⁶ Peksöz, s. 540.; Gümüş 84.

Öğretide bir görüşe göre beyanlar hanesine işlenen davalıdır şerhinin kanuni bir dayanağı olmadığı için yolsuz tescil teşkil edeceği, yolsuz tescil olması nedeni ile de üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmektedir²⁰⁷.

TMK'nun 3. maddesinde, kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olanının iyiniyetin varlığı olduğu; ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre tapu sicilinde taşınmazın fiili durumlarının yazılı olduğu beyanlar hanesindeki kayıtları okumayan üçüncü kişi, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermemiş durumdadır. Nitekim TMK 1020/3 maddesinde de belirtildiği üzere kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez. Yargıtay uygulaması da davalıdır şerhinin iyiniyet iddialarını ortadan kaldıracağı yönündedir²⁰⁸.

Bu halde üzerinde aynı veya şahsi hak iddia eden bir kimsenin davası, tapu siciline işlendikten sonra iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Bu halde davalıdır şerhinin dava konusu taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarına karşı koruduğu ve kendine özgü bir geçici hukuki koruma olduğu sonucuna varılır.

D. İİK M. 28 GEREĞİNCE TAPU SİCİLİNE YAPILAN BİLDİRİM

1. TANIMI

İİK 28/1 maddesinde, taşınmazlara ilişkin davalarda, davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebi gerekmezsin hükmün tefhimi ile beraber özetini, tapu siciline bildirileceği düzenlenmiştir.

²⁰⁷ Gümüş s. 96.

²⁰⁸ Yargıtay 1. HD 2008/135 E., 2010/11608 K. sayılı kararı, “ *"davalıdır" şerhi mevcut bulunduğuna göre adı geçen bu davalıların şerhi bilmediklerini savunmalarına olarak yoktur ve sicilin aleniyeti ilkesi gözetildiğinde de bu savunmaya değer verilemeyeceği açıktır.*” şeklindedir. Aynı yönde: İzmir BAM 14. HD 04/11/2022 tarihli, 2020/ 1407 E., 2022/ 1451 K.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

İİK'nın 28/1 maddesinin ikinci cümlesinde, ilgili tapu müdürlüğünün kendisine gönderilen ve davacının lehine bir hak tesisini içeren hüküm özetini, hükmolunan taşınmazın kaydına şerh vereceği, verilen şerhin, TMK'nın 1010 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbi olduğuna yer verilmiştir.

İİK'nın 28. Maddesine istinaden verilen şerh, kanunda yapılan atıftan dolayı hukukî niteliği itibariyle bir çekişmeli haklar şerhidir²⁰⁹. Yalnızca burada kanunen, dava sonunda verilen hükmün dayanağının aynı hakka ilişkin bir karar mı yoksa şahsi hakka ilişkin bir karar mı olduğu konusunda herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Çekişmeli haklar şerhinin şahsi hak iddialarını temin, geçici tescil şerhinin aynı hak iddialarını temin etmeye yönelik olduğuna daha önce değinilmişti. Bu açıdan bakıldığında bir tapu iptali ve tescil istemli davada davacı lehine verilecek tescile dair hükmün sicilde aynı hak değişikliğine yol açacağı ve davacı lehine kesinleştiğinde davacının aynı hak sahibi olacağı dikkate alınmalıdır. Bu halde de Medeni Kanun ile İİK'nın 28. maddesi arasında sağlıklı bir bağlantı kurulabilmesi için İİK'nın 28. maddesinde yapılan atfın çekişmeli haklar şerhi değil; geçici tescil şerhi olarak yapılması daha isabetli olacaktır. İçerdiği dil ve anlatım bakımından günümüzden oldukça uzak kalan, sayısız değişiklikle orijinal halinden uzaklaşmış İİK yeniden düzenlendiği takdirde bu husus kanunkoyucu tarafından dikkate alınmalıdır.

Talep sonucu itibariyle aynı hak değişikliğine yönelik olan kişisel talep haklarına yönelik dava süresince çekişmeli haklar şerhi konulmasa dahi davacının lehine aynı hak tesisine yönelik karar verilmesi ile birlikte mahkeme, ilamı tapu dairesine bildirecek, tapu dairesi, de sicile şerh verecektir; İİK 28. maddesinde ifadesini bulan bu şerhin hukukî niteliği, Kanunun TMK 1010. maddesinin 2. bendine atıf yapması nedeniyle çekişmeli haklar şerhidir²¹⁰. İlk derece mahkemesinin kararından sonra, hükmün kesinleşmesinden önce vaki olacak tasarruflara karşı şerhin munzam etkisi devreye girecektir. (İİK 29)²¹¹.

²⁰⁹ Erişir, s. 312.

²¹⁰ Erişir, s. 312.

²¹¹ Erişir, s. 312.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Tapu siciline itimat prensibinin bir gereği olarak üçüncü kişiler İİK 28 şerhinin verilmesi ile birlikte hükümden haberdar olacaktır. Şerhin niteliği ile üçüncü kişilere etkisi bakımından çekişmeli haklar şerhi için geçerli olan hususlar özdeştir.

E. FERAĞDAN MEN

1. TANIMI

Taşınmazlar bakımından yedimeine tevdiî şeklindeki ihtiyati tedbirin incelenmesinden bu tür bir tedbirin taşınmazın fiili durumunun korunmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Taşınmazın tapu kaydına, TMK'nın 1010. ve 1011. maddelerine dayalı olarak çekişmeli haklar şerhi veya geçici tescil şerhinin yazılması da tek başına dava konusu taşınmazın üçüncü kişiye devrine yahut üzerinde üçüncü kişi lehine tesis edilecek sınırlı ayni hakka yahut ipoteğe engel olacak nitelikte değildir²¹². Tapu iptali ve tescil davalarında, bu nedenle ve HMK'nın 125. Maddesinin uygulanması ihtimali ile bunun getireceği zorluklar da dikkate alındığında, dava konusu taşınmazın “*elden ele dolaşmasının*”²¹³ yani sürekli olarak davalıdan bir başka üçüncü kişiye hatta ondan da başkalarına devredilmesinin engellenmesi ihtiyacı duyulmuştur.

Ferağdan men, devir yasağı, şeklindeki bir ihtiyati tedbir türünün ortaya çıkmasında, şerhlerin hak sahibinin çıkarlarını koruyuculukta yeterli olmadığı düşüncesi etkili olmuştur²¹⁴. Taşınmazın başkasına devrinin önlenmesine dair ferağdan men

²¹² Taş Korkmaz, s. 47; Erişir, s. 310, Yılmaz, s. 250.

²¹³ Yılmaz, s. 254.

²¹⁴ Erişir, s. 311.

şeklindeki ihtiyati tedbir, dava konusu taşınmazın devrinin yarattığı sakıncaları bertaraf ettiği için taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun bulunmuştur²¹⁵.

Taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkının başkasına devri ile sınırlı aynı hak tesis edilmesi yahut bir satış vaadi sözleşmesi yapılabilmesi resmi şekil şartına tabidir²¹⁶. Taşınmazların tapu siciline tescil esasına dayalı ve üzerinde aynı hakka ilişkin tüm tasarrufların resmi şekil şartına tabi olması ve tapu siciline kayıtlı taşınmazlarda resmi şekil şartına aykırı olarak yapılan tasarrufların batıl olması, taşınmazın sürekli devrinin engellenmesine yönelik ihtiyati tedbir kararı verildiğinden herkesçe haberdar olunmasını zorunlu kılar. Bu yüzden, bir işin yapılmaması şeklindeki ihtiyati tedbir kararı verilmesinin taşınmazlara yönelik davalara bir tezahürü olarak “ferağdan men” olarak adlandırılan bir ihtiyati tedbir türü ortaya çıkmıştır. Ferağdan men, bir taşınmazın davanın devamı boyunca üçüncü bir kişiye devrinin, üzerinde sınırlı aynı hak tesisinin önlenmesinin veya ipotek tesisinin ihtiyati tedbir yolu ile yasaklanmasını ifade eder²¹⁷.

Çekişmeli haklar şerhi veya geçici tescil şerhi, tapu sicilini tasarruflara kapatmaz²¹⁸. Ancak ferağdan men kararı ile mahkemelerin, ihtiyati tedbir yolu ile tapu sicilini tescile kapatmaları yönünde verdikleri kararların, TMK’nın sistemine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş²¹⁹ bu eleştirilere karşılık olarak HMK’nın 125. maddesi gereği dava konusunun devrinin sonuçlarından davacıyı koruması yönünden uygulamanın tasvip edildiğine de rastlanmıştır²²⁰.

Ferağdan men kararı ile birlikte, malikin dava konusu taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi dava süresince hâkim kararı ile ortadan kaldırılmakta ve bu durum tapu siciline bildirilmektedir²²¹. Ferağdan men şeklindeki ihtiyati tedbire, geçici tescil şerhi ve çekişmeli haklar şerhleri karşısında, uygulamada daha sıklıkla başvurulduğu gözlemlenmiştir²²².

²¹⁵ Özkök, 2002, s. 16; Üstündağ, s. 25.

²¹⁶ Kılıçoğlu, s. 155.

²¹⁷ Üstündağ, s. 24; Erişir, s. 365.

²¹⁸ Erişir s. 551.

²¹⁹ Çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescil şerhi uygulamasına başvurulmadan matbu gerekçe ile yüzde on beş teminat karşılığında ferağdan men şeklinde tedbir kararı verilmesinin doğru olmadığına dair eleştiriler hakkında bkz. Bilgin Yüce ve Özmen, s. 342.

²²⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, sayfa 216. , Kuru Cilt 3 sayfa 4289.

²²¹ Erişir sayfa 367.

²²² Erişir, s. 364.

Uygulamada ferağdan men kararının iradi tasarrufların yanında cebri tasarrufları da engelleyip engellemediği hususu tartışmalı olup Yargıtay kural olarak ihtiyati tedbirin cebri satışa engel olmayacağı görüşündedir²²³. Ancak mahkemece ferağdan men kararının cebri satışı da engellediği kararda belirtilmişse üzerinde ferağdan men kararı bulunan hacizli mal paraya çevrilemez.

Öğretide bir görüş, ferağdan men şeklindeki teminat amaçlı ihtiyati tedbir kararının cebri satışı da durduracağını ve hacizle ihtiyati tedbirin karşı karşıya gelmesi durumunda mutlaka öncelik verilecekse tedbire öncelik verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür²²⁴. Mahkeme ihtiyati tedbir kararının içeriğini belirlerken, dava konusunun karşı karşıya kaldığı tehlike durumunu da tartarak, tedbir kararını yeterli açıklıkta vermeli, bu bağlamda tedbirin, cebri satışın da engellenmesini gerektirip gerektirmediğini belirlemesi gerekmektedir²²⁵.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Ferağdan men, teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerdendir²²⁶. Bu şekilde verilen ihtiyati tedbir, taşınmaz malın hukuken korunması anlamına gelir²²⁷.

Mevzuatımızda, tapu sicilini kilitleyecek nitelikte işlem yapılmasını öngören açık bir düzenleme mevcut değildir²²⁸. Ferağdan men tedbirinin kanunî dayanağını, HMK'nın 391. maddesi oluşturmakta olup, tapuda hak sahibi görünen kimsenin belirli bir süre boyunca, örneğin hükmün verilmesine ya da kesinleşmesine kadar

²²³ Yargıtay 12. HD, 10/01/2023 tarihli, 2022/ 12484 E. , 2023/ 37 K. , Yargıtay 12. HD, 24/05/2022 tarihli, 2021/ 13000 E. , 2022/ 6218 K. , Yargıtay 12. HD 30/03/2017 tarihli, 2016/ 12972 E. , 2017/ 5003 K. sayılı kararlarında,

“tapu kaydına şerhedilen tedbir kararları taşınmazın üçüncü kişilere “rızaen devir ve temlikinin önlenmesine” yönelik olduğu, karar, cebri icra yolu ile satışı engelleyecek ve icra dosyasındaki takibi durduracak nitelikte olmadığı gibi, tedbir kararında ve dava dosyasında takip alacaklısı taraf olmadığı, taşınmazın rızai devrini engellemek amacıyla konulan ve icra dosyasından söz edilmeyen tedbir kararları, cebri icra sonunda yapılacak satışı durdurmayaacağı” şeklinde değerlendirilmiştir.

²²⁴ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2504.

²²⁵ Özekes, Pekcanitez Usûl, sayfa 2505. Yılmaz CI s. 1033, karşı yönde Erişir s. 372.

²²⁶ Erişir, s. 552.

²²⁷ Erişir, s. 551.

²²⁸ Erişir, s. 364; Üstündağ, s. 27; Kuru, cilt IV., s. 4300.

olan dönemde devir etme konusundaki tasarruf yetkisini kullanabilmesi engellenmektedir²²⁹.

Ferağdan men kararı, TMK'da tahdidi olarak sayılan şerhlerden birisi olmadığı için tapu siciline şerh olarak kaydedilemez ve şerhin hukukî sonuçlarını gösteremez²³⁰.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Ferağdan men şeklinde verilen ihtiyati tedbir kararı, malikin tasarruf yetkisini, ihtiyati tedbir kararının yürürlükte kaldığı süre boyunca ortadan kaldırır²³¹. Bu türde ihtiyati tedbir kararı verilmesi ile birlikte malikin tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olur ancak tapu siciline ihtiyati tedbir kararının bildirilmemesi durumunda, iyiniyetli üçüncü kişiler ile işlem yapılması halinde TMK'nın tapu siciline güven ilkesi hakkındaki 1023. maddesi gereğince dava konusu taşınmaz tehlikelere açık hale gelir²³².

Ferağdan men kararının teknik anlamda bir şerh niteliğinde olmamasının en önemli hukuki sonuçları arasında, dava konusu taşınmazın haczi ya da iflâs masasına girmesi halinde; şerhin sağladığı kuvvetlendirilmiş şahsi hak olanağı vermediği için üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir durumda değildir²³³. Ferağdan men kararı haciz alacaklısına karşı ileri sürülemeyeceği ve cebri icra yoluyla satışları engellemez²³⁴. İncelenen tedbir türü, cebri icra yolu ile satışı durdurur nitelikte olmadığından, bir başka tedbir türü olan, cebri icra yoluyla taşınmaz satışının tedbiren durdurulması yönünde bir tedbir türü uygulamada geliştirilmiştir.

²²⁹ Erişir, s. 553.

²³⁰ Özekes, Pekcanitez Usûl, sayfa 2504. , Erişir sayfa 369. Karşı yönde KURU ders kitabı sayfa 500.

²³¹ Erişir, s. 366.

²³² Erişir, s. 367.

²³³ Erişir, s. 370.

²³⁴ Erişir, s. 370; Yazarın önerisi, TMK 'nın 1010. maddesine “ferağdan men kararları” şeklinde bir bent ilave edilerek bu kararlara şerh niteliğinin sağlanması gerektiğine yöneliktir.

F. CEBRİ İCRA YOLUYLA TAŞINMAZ SATIŞININ TEDBİREN DURDURULMASI

1. TANIMI

Ferağdan men tedbirinin cebri icra yolu ile satışlar karşısında yeterli korumayı sağlamaması nedeni ile cebri icra yoluyla taşınmaz satışının tedbiren durdurulması şeklindeki ihtiyati tedbir türüne ihtiyaç duyulmuştur.

Cebri icra yolu ile taşınmaz satışının durdurulması şeklinde verilen ihtiyati tedbirin hukukî dayanağını ihtiyati tedbirin genel şartlarını düzenleyen HMK 389/1 maddesi olarak değerlendirmek gerekir. Kural olarak İcra ve İflas hukukunu ilgilendiren tedbirler konusunda özel düzenlemeleri İİK’nda mevcut olmasına rağmen, cebri icraya konu olarak haczedilen bir taşınmaz malın derdest bir davanın konusunu oluşturması halinde korunması ihtiyacı doğabilir.

Nitekim İstanbul BAM 7. HD 2021/1519 Esas 2021/1305 Karar sayılı kararı “... Doğaldır ki davacıların iddiasında haklı olup olmadığı yargılama sonunda tüm taraf delilleri toplandıktan, incelendikten ve değerlendirildikten sonra ortaya çıkacak ve davacıların talebi hakkında karar verilecektir. Davacılar tarafından davalılar aleyhine açılan davada dava konusu hisselerin cebri icra yoluyla satışının tedbiren durdurulması talep edilmiştir. Sözü edilen dava 2018 yılında açılmış olup tefrik kararı gereğince bu esasa kaydedilmiştir. Dava konusu hisselerle ilişkin ihtiyati tedbiren cebri icra yoluyla satışın durdurulması istenen icra takibi 2020 yılında başlatılmıştır. Davacılar vekili davalılar arasında yapılan devirlerin muvazaalı olduğunu, kötüniyetle hareket ettiklerini, icra dosyasındaki borcunda bir çeşit muvazaalı olduğunu, müvekkillerinden mal kaçırma kastı olduğunu iddia etmiştir. Davalıların borçları sebebiyle önalım davasına konu hisselerin cebri icra yoluyla satılması durumunda ileride telafisi güç ya da imkânsız durum ve zararlar ortaya çıkabileceği, verilebilecek hükmün infaz kabiliyetinin de ortadan kalkabileceği ve davacıların hak kaybına uğrayabileceği ihtimal dâhilindedir. Tüm bu nedenlerle somut olayda HMK'nun 389.maddesi gereğince ihtiyati tedbirin şartları olduğundan ve yaklaşık ispat gerçekleştiğinden yerel mahkemece davacıların ihtiyati tedbir talebinin dava değerinin % 15'i oranında teminat karşılığı kabulüne karar verilmesi

gerekirken reddine karar verilmesi usûl ve yasaya aykırıdır.” şeklindedir²³⁵. Anılan karar ve aynı yönde kararlar incelediğinde, cebri icra yolu ile taşınmaz satışının durdurulması hakkında, üst derece mahkemelerinin aradıkları yaklaşık ispatın, cebri icra yoluyla satışın yapıldığı takibin muvazaalı olması iddiası ile buna dair delillerin bulunması olduğu görülmektedir.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Cebri icra yolu ile taşınmaz satışının durdurulmasına karar verilmesi de teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerdendir²³⁶. Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler hakkında yapılan açıklamalar anılan ihtiyati tedbir yönünden de geçerliliğini korumaktadır.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Cebri icra yolu ile taşınmaz satışının durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı, üçüncü kişi olarak takip alacaklısını etkileyecek durumdadır. Yargı kararlarında da işaret edildiği üzere burada tarafların ihtiyati tedbirden doğan menfaati ile alacaklının hak ve yarar dengesi gözetilmelidir. Tedbirden hukukî durumu etkilenen üçüncü kişi HMK 394/3 maddesine istinaden itiraz olanağına sahiptir.

²³⁵ Aynı yönde bkz. İstanbul BAM 7. HD 21/01/2021 tarihli, 2021/69 E. , 2021/129 K. sayılı kararı, İstanbul BAM 7. HD 18/03/2021 tarihli, 2021/827 E., 2021/723 K., İstanbul BAM 7. HD 10/02/2022 tarihli, 2022/248 E., 2022/348 K., Ankara BAM 1. HD, 14/07/2017 tarihli, 2017/2344 E., 2017/1242 K., İstanbul BAM 7. HD 19/03/2023 tarihli, 2023/101 E., 2023/43 K. sayılı kararı, Ankara BAM 27. HD 11/07/2017 tarihli, 2017/478 E., 2017/349 K. sayılı kararı.

²³⁶ Erişir s. 375.

G. TAŞINMAZIN YEDİEMİNE TEVDİİ

1. TANIMI

Yediemin, Türkçeleştirilmiş karşılığı ile güvenilir kişi olarak bilinen kimse, uyuşmazlık konusu taşınmazın fiili durumunun korunması için gözetimine bırakılan kişiyi ifade eder²³⁷. Davanın konusunu oluşturan taşınmaz üzerinde, HMK 391. maddesinin 1. fıkrasında, mahkemenin, tedbire konu malın yediemine tevdiine karar verebileceği örnek gösterilmek suretiyle düzenlenmiştir. Yediemin, kendisine korunması için teslim edilen taşınmazı korumakla, taşınmazın mevcut durumunda fiili bir zararı önlemekle yükümlüdür.

Uygulamada, taşınmaz mallar hakkında, hakkında genellikle tapu kaydına şerh usûlüne başvurulduğu, yediemine tevdi tedbirine ise taşınır mallar hakkında verilen ihtiyati tedbir kararlarına göre daha nadir olacak şekilde başvurulduğu gözlemlenmiştir²³⁸. HMK 389. maddesinin ve 391. maddesinin birlikte değerlendirilmesinde, taşınmazın uyuşmazlığın konusu olmasının ihtiyati tedbir kararı verilmesi için gerekli olduğu ancak davanın dayanağının aynı hakka mı yoksa şahsi hakka mı dayandığı noktasında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir²³⁹.

Yediemin olarak belirlenen kimsenin ihtiyati tedbir kararında gösterilmesi zorunludur. Yediemin belirlenirken mahkeme, taşınmazın niteliğine göre her somut olay yönünden belirlenecek kişinin teslim aldığı taşınmaza ilişkin olarak bilgi ve tecrübe sahibi olması önem arz ettiğinden, tespit işleminde titiz davranarak taşınmazı en iyi şekilde muhafaza ve idare edebilecek nitelikteki kişiyi tespit etmekle

²³⁷ Yılmaz, cilt 1 sayfa 184.

²³⁸ Yılmaz, cilt 1 s. 181; Aynı yönde Özkes, Pekcanıtez Usûl, sayfa 2504; Taş Korkmaz, s. 45., Erişir, s. 309.

²³⁹ HUMK'nın 101. maddesinin 1. Bendinin yürürlükte olduğu dönemde bu hususta görüş ayrılığı bulunmakta idi. Bu hususta taşınmazın yediemine tevdiine karar verilebilmesinin için uyuşmazlığın taşınmazın aynına ilişkin olduğunu savunan görüşlere (Yılmaz, Geçici Hukukî Himaye, Tedbirleri, cilt 1, sayfa 182., karşılık olarak; uygulamada malın aynı deyiminden hem şahsi hem aynı hakka dayanan taleplerin anlaşıldığı ileri sürülmüş ve daha açık bir düzenleme yapılması gerektiği önerilmiştir. Bkz. Taş Korkmaz, s. 48; Erişir, s. 307.

görevlidir²⁴⁰. Yedieminin görevinin gereklerine uygun davranmaması, uygulanan ihtiyati tedbirin sonuçsuz kalmasına yol açabilir²⁴¹.

Bu nedenle, taşınmazın korunmasına ve veya işletilmesine dair bir yediemin belirlendiği takdirde, ihtiyati tedbir kararında, yedieminin görevlerinin somut ve ayrıntılı olarak gösterilmesi, her ne kadar kanunu bilmemek mazeret sayılmasa da görevin gereklerine aykırı davranış halinde cezai yaptırımlarının ne olduğu ile hukukî sorumluluğu hususlarının bildirilmesi gerekir²⁴². Taşınmazın korunması ve işletilmesi bakımından verilen ihtiyati tedbir kararında, ihtiyati tedbirin süresi ve yedieminin emek ve mesaisine karşılık gelen ve mahkemenin takdir ettiği ücretinin gösterilmesi gerekir. Yediemin ücreti yargılama giderlerinden olup dava sonunda haksız çıkacak taraf üzerinde bırakılır. Yedieminin görev süresi kararda gösterilmemiş ise yedieminin görev süresi ihtiyati tedbir sona erinceye kadar devam edecektir; aksi yönde bir belirtme ile yedieminin görev süresi somut olayın özelliğine göre belirlenebilir²⁴³.

Bu bağlamda ihtiyati tedbir kararı için öncelikle değerlendirilmesi gereken husus taşınmazın korunmasının mı yoksa işletilmesinin mi amaçlandığının tespit edilmesidir. Amacın tespit edilebilmesi taşınmazın niteliğinin ne olduğu ile yakından ilişkilidir. Örneğin, bir meyve bahçesinin veya tarlanın, sürekli gelir getiren bir çiftliğin mevcut durumunun korunmasının yanında sağladığı gelirlerin muhafaza edilmesi veya işletilmesi, taşınmaz üzerinde gelir getiren ağaç veya tarımsal ürünün zarar görmesinin önlenmesi gerekebilir. Bu nedenle korunma amacı ya da işletme amacı öncelikle belirlendikten sonra yedieminin tayin edilmelidir. Yine güncel olarak kiralanan taşınmazın tahliyesi davalarında, kiralayan ile kiraya veren arasında çıkan uyuşmazlıklar bakımından kiralayanın taşınmaza zarar vermesi ihtimali ile karşılaşılabılır.

Taşınmaz malların yediemine teslimi uygulamada sıklıkla başvurulanan bir tedbir değildir. Ancak kiralananın tahliyesi davasında, talep sonucunun taşınmazın tahliyesine ilişkin olduğu, taşınmaza zarar verilmesi halinde ise doğacak zararın tazmin borcuna yol açacağı dikkate alındığında, tahliye davasında taşınmaza kiralayan tarafından

²⁴⁰ Yılmaz, cilt 1 s. 186.

²⁴¹ Yılmaz, cilt 1, s. 192.

²⁴² Yılmaz, cilt 1, s. 193.

²⁴³ Yılmaz, cilt 1, s. 193.

zarar verilmesinin engellenmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilmesinin, talep sonucunun yani uyuşmazlık konusu dışında kalacağı gerekçesi ile mümkün olmadığı söylenebilir.

Taşınmazın, yediemine tevdi şeklinde ihtiyati tedbir uygulanabilmesi için korunması ve işletilmesinin tapu siciline şerh ile mümkün olmaması yani fiilen bir teslim ihtiyacı duyulması gerekir. Bunun için de taşınmazın gelir getiren ve sağladığı gelirin temini ile korunması için yediemin belirlenmesi ve korumanın gerektirdiği ölçüde yönetimine ve işletilmesine ihtiyati tedbir ile karar verilebilir²⁴⁴.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Taşınmazın yediemine tevdiine karar verildiğinde, davalı taraf taşınmazı kendi iradesi ile teslim etmediğinde ihtiyati tedbirin bağlayıcılığı, tedbir kararında kararın yerine getirilmesi ile görevlendirilen memur tarafından sağlanacağı için taşınmaza el konularak tedbirin icrasına ve ikinci aşama olarak da el konulan taşınmazın korunması veya idare edilmesi için yediemine teslimi gerçekleştirilmektedir²⁴⁵.

İhtiyati tedbirlerin amaçlarına göre yapılan sınıflandırmada, taşınmazın yediemine bırakılması tedbiri teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerdendir.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Taşınmazın yediemine tevdiine dair ihtiyati tedbir kararı öncelikle yargılamanın taraflarını etkilemektedir. İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına muhalefet edilmesi halinde cebri icra yolu ile uygulama olanağı mevcut olmakla birlikte ihtiyati tedbire muhalefet edilmesinin cezai yaptırımları mevcuttur. HMK 398/1 maddesine göre, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimseni, şikâyet tabi olarak altı aya kadar disiplin hapsi ile

²⁴⁴ Erişir, s. 355.

²⁴⁵ Erişir, s.307.

cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu hükümde öngörülen ihlalin faili, taraflar olabileceği gibi dava dışı bir üçüncü kişi de olabilir²⁴⁶.

Uyuşmazlık konusu taşınmazın idaresi ve işletilmesi için kendisine taşınmazın tevdi edildiği yediemin tarafından da tedbire muhalefet edilmesi halinde cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu halde yediemin için HMK 398/1 maddesi hükmü ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "muhafaza görevini kötüye kullanma" başlıklı 289. maddesi hükümlerinin uygulanması ihtimali mevcuttur²⁴⁷.

Üçüncü kişilerin iyi niyet iddiaları yönünden ise taşınmazın fiili durumunun korunmasına ilişkin olan yediemine tevdi şeklindeki ihtiyati tedbir türü herhangi bir özellik göstermemektedir.

H. YAPI İNŞASININ DURDURULMASI

1. TANIMI

Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirle komşuluk hukukundan kaynaklanan davalarda ihtiyaç duyulmaktadır; Örneğin mahkeme, tüm ev sahiplerinin ortak kullanılmasına ayrılmış olan şey veya yerlerden bu yararlanmanın gerçekleşmesini ihtiyati tedbir kararı ile davanın devamı süresince emredebilecektir. İrtifak veya hapis hakkının kullanılması da, düzenleme amaçlı bir ihtiyati tedbirle geçici olarak düzenlenebilecektir. Bir kimsenin mülkiyeti başkasına ait olduğu iddia edilen araziden geçmesi veya o arazideki kuyudan su çekmesi de, bir düzenleyici tedbirin konusunu oluşturabilmektedir²⁴⁸."

²⁴⁶ Ercan, İbrahim, İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, Yıl 2003, s. 19

²⁴⁷ Kendisine taşınmazın idare ve işletilmesi için tevdi edilen taşınmaz hakkında verilen tedbir kararının yediemin tarafından ihlal edilmesi halinde HMK'nın 398/1. maddesi ile TCK'nın 289/1. maddesi hükümlerinden hangisinin işlerlik kazanacağına dair tartışmalar için bkz. Ercan, İbrahim, s. 20.

²⁴⁸ Taş Korkmaz, s. 38; Üstündağ, s. 34-35.

Düzenleme şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilmesi, yüksek mahkemelerin uyuşmazlığın esasını çözer şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği şeklindeki içtihatlar karşısında yaygınlık kazanmamaktadır ²⁴⁹.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Kat karşılığı İnşaat sözleşmesi bakımından ihtiyati tedbir talebinin inşaatın durdurulmasına ilişkin olduğunda, bilirkişi ve keşif incelemesi yapılarak inşaatın tamamlanma seviyesinin tespitine göre değerlendirme yapılması gerektiği hakkında. İzmir BAM 14 HD kararının aksi yönünde, yani burada yaklaşık ispatın henüz gerçekleşmediği şeklinde değerlendirme yapan İstanbul BAM 15 HD 2023/826 Esas 2023/627 Karar, İstanbul BAM 15 HD 2023/583 Esas 2023/626 Karar sayılı kararına göre mahkemece, davanın devamı süresince tarafların arasındaki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesine ihtiyaç olup olmadığının araştırılması gerektiğine hükmedilmiştir.

Komşuluk hukukundan kaynaklanan davalar bakımından da zarar tehlikesinin giderilmesine yönelik ihtiyati tedbirler bakımından da verilecek kararın niteliği düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirdir.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler davanın tarafları arasındaki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesini hedeflediği için üçüncü kişiler yönünden önemli bir özellik

²⁴⁹ Bursa BAM 10 HD 01/06/2023 tarihli, 2023/941 E., 2023/886 K., Adana BAM 1 HD 18/12/2023 tarihli, 2023/2705 E., 2023/1531 K., İzmir BAM 1 HD 13/06/2023 tarihli, 2023/1702 E., 2023/1510 K., Antalya BAM 1 HD 2023/1168 E., 2023/790 K. , İzmir BAM 14 HD 31/05/2023 tarihli, 2023/913 E. 2023/865 K. sayılı kararları, talep sonucunu öne çeker şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğine ilişkindir.

göstermezler. Ancak üçüncü kişiler de verilen ihtiyati tedbir kararına uygun davranmakla yükümlüdür. Örneğin, inşaatın durdurulması yönünden arsa sahibi ve yüklenici arasındaki bir davada ihtiyati tedbir kararı verildiğinde verilen karara davada taraf olan yüklenici uygun davranmakla yükümlü olduğu gibi, üçüncü kişi konumunda olan, yüklenicinin işçileri de karara uygun davranmakla yükümlüdür²⁵⁰.

İ. MECRA VE GEÇİT İRTİFAKININ TEDBİREN DÜZENLENMESİ

1. TANIMI

Geçit ve mecra irtifakına ilişkin taleplerin kanuni dayanağını, TMK 747 vd maddeleri oluşturmaktadır. Zorunlu geçit hakkı TMK 747/1 maddesine göre; taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir. Bunu komşu taşınmaz maliklerine yönelteceği dava ile kullanacaktır. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında, geçit hakkının, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar görecekt olana karşı kullanılacağı ve her iki tarafın menfaatlerine göre belirlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Diğer geçit haklarının düzenlendiği TMK 748/1 maddesinde de, taşınmaz malikinin taşınmazını işletme veya iyileştirme ya da taşınmazı üzerinde yapı yapma amacıyla komşu taşınmaza geçici olarak girme hakkı ile tarla yolu, hayvan sulama yolu, kış geçidi, tomruk kaydırma yolu ve oluğu ve bunlara benzer diğer geçitler özel kanun hükümlerine tâbi olduğu öngörülmüştür.

Geçit hakkının ihtiyati tedbir yolu ile geçici olarak düzenlenmesine ilişkin olarak Antalya BAM 5. HD 2021/59 Esas sayılı kararında da; “Somut olayda; mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak davacının dava süresince kendi taşınmazına ulaşabileceği bir genel yol bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, davacının taşınmazına ulaşabileceği bir genel yolun mevcut olmadığının tespit edilmesi halinde hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşıp zorlaşmayacağı, ya da tamamen imkânsız hale gelip gelmeyeceği, gecikme sebebiyle bir sakıncanın veyahut ciddi bir

²⁵⁰ Mıstaçoğlu, s. 12; Yılmaz, c. I., s. 27 vd.

zararın ortaya çıkıp çıkmayacağı, hususları da değerlendirilerek HMK'nın 389 ve 390. Maddesinde belirtilen şartların oluşması halinde sadece tedbir talebine uygun olarak sadece tedbir ile istenen amacı gerçekleştirecek kadar ve asıl mahkeme kararının geçmeyecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekirken, dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda yazılı gerekçe ile ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmiş olması doğru görülmediğinden, ilk derece mahkemesi kararının HMK 353/1-a-6 maddesi gereğince kaldırılarak dosyanın mahalline gönderilmesine karar vermek gerekmiş” şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

İzmir BAM 22. HD 2024/744 Esas, 2024/749 Karar sayılı kararında geçit hakkı tesisi davasında ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için acil ve zorunlu ihtiyaç şartının ispatı gerektiğine hükmetmiştir. Anılan karar “Somut olayda; dava geçit hakkı kurulması istemine ilişkindir. İhtiyati tedbir isteminde bulunan davacı dava konusu taşınmaza ilişkin olarak taşınmazını kullanabilmek için fiili yolunun bulunmadığını bildirerek, tedbiren geçit hakkı tesis edilmesini talep etmiştir.

Geçit hakkının bulunduğu iddiası ve geçit verilecek yer taraflar arasında çekişme konusu olup, acil ve zorunlu geçit ihtiyacının bulunduğu yaklaşık olarak ispatlanmamıştır. Davanın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi de mümkün değildir. O halde, mahkemece ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmiş olması isabetlidir.” Şeklindedir.

İstanbul BAM 7. HD 2024/846 Esas 2024/451 Karar sayılı kararı da geçit hakkı davasında ihtiyati tedbir kararı verilebileceği yönündedir. Kararın içeriği “Dava, geçit hakkı tesisi istemine ilişkin olup İDM'ce davacı tarafın geçici geçit hakkı tesisine ilişkin ihtiyati tedbir talebi reddedilmiş, ancak keşif ve bilirkişi raporu ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek davalılar tarafından bilirkişi raporunda A harfi ile gösterilen 51m² 'lik alanın dava sonuna kadar davalılar tarafından kapatılmaması yönünde 100.000,00 TL teminat karşılığı ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Mahkeme ara kararı ile bilirkişi kurulu raporunda belirtildiği şekilde davalılar tarafından kapatılmamasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilen A harfi ile gösterilen 51m²'lik alanın davalılar tarafından kapatılması durumunda tafefisi imkansız veya güç zararlar ortaya çıkabileceği davacının hak kaybına uğrayabileceği ihtimal dâhilindedir. Davanın niteliği, keşif, bilirkişi kurulu raporu, sunulan ve toplanan deliller ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; dava

konusu olayda HMK'nun 389 ve devamı maddeleri gereğince ihtiyati tedbirin şartları oluştuğundan ve yaklaşık ispat gerçekleştiğinden yerel mahkemeni davacının maliki olduğu İstanbul İli, Sarıyer İlçesi, Mirgün Mahallesi, 154 ada 91 parsel sayılı taşınmazda bulunan binanın otopark giriş-çıkışında bulunan ve 24/07/2023 tarihli bilirkişi raporunda İstanbul İli, Sarıyer İlçesi, Mirgün Mahallesi, 1775 ada 74 parsel sayılı taşınmazda A harfi ile gösterilen 51,00 m2'lik alanın dava sonuna kadar davalılar tarafından kapatılmamasına, davacının takdiren 100.000,00 TL teminat yatırmasına ilişkin ara kararı ve gerekçesi usûl ve yasaya uygun olup doğru görülmüştür.” şeklindedir.

2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Geçit hakkı veya mecra irtifakı kurulmasına yönelik davada davanın devamı sırasında lehine hak tesisi istenen taşınmaz maliki ile karşı tarafın maliki olduğu taşınmaz arasındaki hukukî ilişkinin belirlenmesi, davanın devamı süresince ortaya çıkacak bazı sakıncalı durumların bertaraf edilmesi düşüncesiyle ortaya çıkabilir. Bu halde geçit veya mecra irtifakı talep eden aynı zamanda esas dava bakımından haklılığını yaklaşık ispat ölçüsüne uygun olarak ortaya koyabilmeli ve aynı zamanda hukukî ilişkinin geçici olarak düzenlenebilmesi için ihtiyati tedbir sebeplerinden birisi de mevcut olmalıdır. Bu halde mahkemece taraflar arasındaki hukukî ilişkinin geçici olarak düzenlenmesi yalnızca davanın devamı süresinde etkili olacağı için, esas çözer şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği yasağına da aykırılık ortaya çıkmayacaktır. Bu şekilde verilen ihtiyati tedbirin niteliği, düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerdendir.

3. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

Geçit hakkının geçici olarak düzenlenmesine ilişkin olarak verilen ihtiyati tedbir kararlarının düzenleyici nitelikte olduğuna hukukî nitelikleri arasında değinilmiştir. Bunun doğal bir sonucu olarak taraflar arasındaki ilişkiyi geçici olarak düzenlediğini söylemek mümkün olup bu kararlar üçüncü kişiler yönünden esaslı bir özellik göstermezler.

§ 7. TAŞINMAZLARA İLİŞKİN İHTİYATİ TEDBİRDE GENEL OLARAK YARGILAMA

A. GÖREVLİ MAHKEME

İhtiyati tedbir HMK 390/1 maddesine göre; davanın açılmasından önce esas hakkındaki görevli ve yetkili mahkemeden, davanın açılmasından sonra ise sadece asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir.

Taşınmazlar hakkındaki davalar bakımından görevli mahkeme davacının dayandığı hakkın niteliği ile bağlantılı olarak uyuşmazlığın niteliğine göre tayin edilecektir.

Uygulamada görev yönünden yaşanan sorunlardan birisi görevli mahkemenin tespiti konusunda geçecek sürede ihtiyati tedbir talebinin değerlendirilmesi ve akıbetinin ne olacağı ile; tensip üzerine görevsizlik kararı verilip verilemeyeceğine ilişkindir. Örneğin yükleniciden konut satın alma iddiasına dayanan tapu iptali ve tescil davalarında davacının konutu alma amacı görevli mahkemenin tayininde öne çıkmakta ve olumsuz görev uyuşmazlıklarına sebep olmaktadır. Hatta üst derece mahkemeleri tarafından bu konuda davacının aldığı konut sayısı, bulunduğu yerde başkaca konutu olup olmadığı gibi unsurlar da amacının tüketime mi yoksa yatırıma mı yönelik olduğunun tespitinde kullanılmaktadır. Hal böyle olunca görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemeleri mi yoksa tüketici mahkemeleri mi olduğunun tespiti özellikle büyükşehirlerde uzun zaman alabilmektedir.

Böyle bir durumda dava dilekçesinin verildiği mahkemenin daha sonradan görevli olmadığına ortaya çıkması halinde, görevli mahkemenin tayininde geçecek sürede dava konusunun zarar görmemesi için yapılması gereken ihtiyati tedbirin öncelikle değerlendirilmesi gerektirir. Aksi halde dava konusu kötüniyetli tasarruflara açık hale gelecektir. Ayrıca görevli mahkemede görülen dava görevsiz mahkemede açılan davanın devamı sayıldığından yargılama sürecinde bir kesinti olmadığı ortadadır²⁵¹.

Görev, HMK 114/1- c maddesi uyarınca dava şartlarından olup her aşamada varlığı kendiliğinden mahkemece araştırılır ve taraflar da eksikliğini her aşamada ileri sürebilirler²⁵².

Uygulamada, tensip üzerine görevsizlik kararı verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. Tartışmanın konusu, dava dilekçesinin tevzi edildiği mahkemenin dilekçe üzerinde yapacağı ilk inceleme sonucunda görevsizlik kararı verip verilemeyeceği hakkındadır. Bir görüşe göre dava dilekçesinin davalıya tebliği zorunlu olup mahkemece davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmeden dava şartları değerlendirilemez. Diğer bir görüşe göre ise dava dilekçesi üzerinde yapılacak incelemeden dava şartlarında eksiklik olduğu anlaşılıyor ve tamamlanması mümkün olmayan dava şartlarında eksiklik var ise mahkemece dava şartları her aşamada kendiliğinden araştırılabileceği için usûlden ret kararı verilebilecektir²⁵³. Yargıtay HGK 2017/15-2141 Esas, 2019/442 Karar sayılı kararında, taraf teşkili sağlanmadan dosya üzerinden görevsizlik kararı verilip verilemeyeceğine ilişkin bir sonuca varmıştır. HGK tarafından varılan sonuç, mahkemece, dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden dosya üzerinden dava şartlarından olan görev hususunun değerlendirilmesinin HMK 115/1, HMK 138. Maddelerine uygun ve usûl ekonomisine uygun olduğu yönündedir. Kanaatimce de dava dosyasının dilekçeler teatisinin bitmesi için görevsiz mahkemede beklemesi usûl ekonomisine uygun düşmez.

Görevsizlik kararının verilmesinden sonra mahkeme usûl işlemlerinin geçerli olup olmaması hususu tartışmalıdır²⁵⁴. İhtiyati tedbir kararı bakımından tartışmanın dayanağını, Ancak ihtiyati tedbire itiraz edilebilecek hususlarda görev itiraz

²⁵¹ Tanrıver, s. 237.

²⁵² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.136.

²⁵³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.101.

²⁵⁴ Aslan, Ali Çetin, Medenî Usûl Hukukunda Görev, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2022, Oniki Levha Yayıncılık, tartışmalar için bkz. s. 666 vd.

edilebilecek hususlar arasında sayılmamıştır.(HMK 394/2) görevin dava şartı olup her aşamada gözetilebileceği düşünülürse de ihtiyati tedbirin sadece görev yönünden kaldırılması, hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi ile ihtiyati tedbirin amacı gözetildiğinde sakıncalı olacaktır. Bu nedenle de görevli mahkemede, yasal süresi içinde görevsizlik kararı verilmesinden sonra devam olunan dava devam niteliğinde olduğu için ihtiyati tedbirin görevsizlik kararı ile birlikte kaldırılmasını söylemek mümkün değildir²⁵⁵.

B. YETKİLİ MAHKEME

Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki başlığını taşıyan HMK 12. maddesinde, taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda ve irtifak haklarına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin olduğu öngörülmüştür. Kanun maddesinin birinci ve ikinci fıkrası davanın konusunu oluşturan taşınmaz malın veya malların aynı yerde bulunmasına ilişkindir. Davanın konusunun birden fazla ve farklı yargı çevrelerinde olması halinde yetkinin düzenlenmesine ilişkin sevk edilen üçüncü fıkra da farklı yerde bulunan birden fazla taşınmaza ilişkin davalarda taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde diğerleri hakkında da açılabilmesi düzenlenmiştir. Yetki bu halde de kesindir. Davacıya taşınmazlardan birinin bulunduğu yer bakımından tanınan seçimlik hak, yetkinin kesin niteliğini ortadan kaldırmaz.

Kesin yetki tıpkı görev gibi, HMK 114/1- ç maddesi uyarınca dava şartlarından olup her aşamada varlığı kendiliğinden mahkemece araştırılır ve taraflar da eksikliğini her aşamada ileri sürebilirler²⁵⁶.

Birden fazla taşınmaza ilişkin açılan davalarda bu taşınmazlardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde davanın açılabilmesi kötüniyetli kullanımlara müsait bir zemin oluşturabilir. Örneğin davacı birden fazla davalıya karşı aralarında vakıa olarak herhangi bir bağlantısı bulunmayan, farklı yerlerdeki taşınmazlar için tek bir dava

²⁵⁵ Aslan, s. 672; Konuralp, s. 234-235.

²⁵⁶ Pekcantez/ Atalay/ Özekes, s.100- 101.

dilekçesi hazırlayarak dava ikame edebilir. Bu halde mahkemece yapılması gereken yetki düzenlemesi olan HMK 12/3 maddesinden yararlanma hakkının, dürüstlük kuralına uygun kullanılıp kullanılmadığını değerlendirmek olmalıdır. Eğer yapılacak değerlendirme neticesinde birden fazla davalıya karşı farklı yerlerdeki taşınmazlar için aralarında bağlantı bulunmamasına rağmen tek bir dava ikame edilerek yetki kuralı bertaraf edilmiş ise mahkemece ayırma kararı verilmelidir. Ayırma kararı üzerine kesin yetki kuralını bertaraf etmeyi amaçlayan davalılar ve farklı yerde bulunan taşınmazlar yönünden davanın usûlden reddine karar verilmelidir.

Kesin yetkinin doğru tespit edilmesi, taşınmazlar bakımından ihtiyati tedbirler bakımından çok büyük önem taşır. Doğaldır ki; dava açılırken en önce yapılması gereken işlemlerin başında dava malzemesini toplayan ve hukukî sınıflandırmasını yapan davacının öncelikle görevli sonrasında yetkili mahkemeyi isabetli bir biçimde tespit etmesi, yargılamanın sağlıklı yürümesi ve makul sürede sonuçlanabilmesi için oldukça önemlidir.

Taşınmazlar için bunların yanında, özellikle ihtiyati tedbirin değerlendirilmesi için davalı tarafın hukukî dinlenilme hakkının ertelendiği durumlarda kesin yetkinin önemi ortaya çıkacaktır. Örneğin devir yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir talep edilecek ise davalı tarafça bu talepten haberdar olunması halinde kötünietli olarak taşınmazın bir üçüncü kişiye devredilmesi riski ortaya çıkar. Kesin yetkili mahkeme yerine yetkisiz bir mahkemeden taşınmaz için ihtiyati tedbir talep edilmiş ise yetkisiz mahkeme talebi usûlden reddetmek zorundadır. Bu halde ister esas hakkındaki davanın açılmasından evvel ister esas dava ile birlikte ihtiyati tedbir talep edilmiş olsun yetkisiz mahkemenin vereceği ret kararının kesinleştirilebilmesi ve yargılamaya devam edilebilmesi için karşı tarafın işlemlerden haberdar olmaması mümkün değildir. Bu halde kesin yetki dava şartı yokluğundan usûlden ret kararı verilmesi ve bu kararın kesinleştirilerek yetkili mahkemeye gönderilmesine kadar olan sürede dava konusu devir tehlikesine açık hale gelecektir.

Davacının kendi hatası nedeniyle, davalı tarafın kötünietli olabilecek davranışlarının engellenebilmesi amacıyla getirilen hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi, kesin yetkili olmayan mahkemede dava ikame edilmesi halinde işlevsiz kalacaktır.

Görev hakkında yapılan tüm bu açıklamalar, kesin yetki dava şartı olduğu için kesin yetki bakımından da geçerlidir. O halde taşınmazlar hakkında ihtiyati tedbir talepli dava açılırken görevli ve yetkili mahkemenin doğru bir biçimde tespit edilmesi ihtiyati tedbirin amacına hizmet eden önemli bir yükümlülüktür.

C. HUKUKİ DİNLENİLME HAKKININ ERTELENMESİ

Hukukî dinlenilme hakkı, İHAS'nın 6. maddesinde ve AY'nın 36. maddesinde teminat altına alınmış olan adil yargılanma hakkının unsurlarından birisidir²⁵⁷. Hukukî dinlenilme hakkının hukuk yargılamasındaki görünümü HMK 27. maddesinde somutlaştırılmıştır. HMK 27. maddesine göre bu hak, davanın tarafları ve tüm ilgililerin, konumları ile ilişkili olarak yargılama hakkında bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını bunun yanında mahkemenin, yargılamanın süjeleri tarafından yapılan açıklama ve ispatı dikkate alarak kararlarını somut, gerekçeli bir biçimde vermeleri gerektiğini içerecek şekilde düzenlenmiştir²⁵⁸.

Hukukî dinlenilme hakkı, hukuk yargılamasındaki tüm aşamalar bakımından uygulanması zorunlu olan bir hak olduğu için medeni yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında düzenlenmiştir. Hakkın uygulanması bakımından kural, talepte bulunan kişinin talebinin alınmasında sonra talebin muhatabı olan karşı tarafın da duruşmaya usûlüne uygun olarak çağrılması ve mahkemenin her iki tarafı dinlemesinden sonra bir karar vermesidir²⁵⁹. Ancak ihtiyati tedbir talebinin değerlendirilmesi bakımından HMK 390/2 maddesine göre, ihtiyati tedbir talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir. Bu durumda mahkeme derhal karar verilmemesi halinde, gecikmesinde sakınca bulunduğu için duruşma yapmadan da karar verebilir²⁶⁰. İhtiyati tedbir talebi hakkında mahkemece, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf dinlenmeden karar verilmesi halinde, hukukî dinlenilme hakkının ihlal edildiği

²⁵⁷ Tanrıver s. 380; Pekcanitez- hukukî dinlenilme hakkı s. 754; Pekcanitez- Hukukî Dinlenilme Hakkı erişim: <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf> .

²⁵⁸ Tanrıver, s. 381.

²⁵⁹ Tanrıver, s. 384; Pekcanitez, s. 764.

²⁶⁰ Pekcanitez, s. 764.

söylenemez²⁶¹. Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen kimse bakımından lehine tanınan itiraz olanağı HMK 394. Maddesinde tanındığından, bu durumda hukukî dinlenilme hakkının yerine getirilmesi sonraki bir evreye bırakılmak suretiyle ertelenmektedir²⁶². Maddenin gerekçesine göre “Geçici hukukî korumaları davadan ayıran temel özelliklerden biri, hukukî dinlenilme hakkının gösterdiği özelliktir. Hukukî dinlenilme hakkı vazgeçilmesi mümkün olmayan temel bir yargısal haktır. Bununla birlikte, geçici hukukî korumaların ivedilikle verilmesi ihtiyacı ile bazen karşı tarafa haber verildiğinde etkisini bertaraf edecek bir sonucun doğması sebebiyle, karşı taraf dinlenmeden de ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi kabul edilmiştir. Karşı taraf dinlenmeden ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi, hukukî dinlenilme hakkından tamamen vazgeçildiği anlamına gelmez. Bir davada, önce her iki taraf dinlenir, daha sonra bir karar verilir. Oysa geçici hukukî korumalarda ve bu çerçevede ihtiyatî tedbirde, gerekli durumlarda, karşı taraf dinlenmeden de karar verilebilir. Ancak daha sonra karşı tarafa tanınan itiraz imkânı ile hukukî dinlenilme hakkı gerçekleştirilir. Yani, bu durumda hukukî dinlenilme hakkından vazgeçilmemekte sadece zaman olarak itiraza bağlanmakta ve geçici hukukî koruma kararından sonraya bırakılmaktadır. Uygulamada çoğunlukla karşı taraf dinlenmeden geçici hukukî koruma kararı verilmektedir. Ancak, karşı tarafı dinleyip dinlememeyi hâkim durumun özelliğine göre takdir etmelidir. Karşı taraf dinlenmeden karar verilmesi daha büyük sakınca yaratacaksa ya da karşı tarafın dinlenmesi ihtiyatî tedbirin amacını tehlikeye düşürmeyecekse o zaman karşı tarafı dinlememek onun hukukî dinlenilme hakkını gereği gibi sağlamamak anlamına gelir. Hâkim bu maddenin ikinci fıkrasında tanınan imkânı kullanırken oldukça titiz davranmalı, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve olayın özelliğini iyi incelemelidir.”

Kanaatimce dava konusu taşınmaz üzerinde dava konusunun devri tehlikesinin önlenmesini amaçlayan ihtiyati tedbir taleplerinin davanın açılmasından önce ve davanın açılmasından sonra değerlendirilmesi konusunda hukukî dinlenilme hakkının davalı yönünden ertelenmesi gereklidir. Çünkü aksi takdirde davalının kötünietli olarak taşınmazı elden çıkarması, hatta davacının hakkını elde etmesini zorlaştırmak

²⁶¹ Tanrıver, s. 384; Pekcanitez, s. 764.

²⁶² Tanrıver, s. 384; Pekcanitez, s. 764.

için belki de muvazaalı işlemlerin gerçekleşme riski mevcuttur. Bu nedenle kanun metninde tarafların dinlenmesine yer verilmiş ise de fiili olarak uygulanma kabiliyeti zor olan bir hüküm sevk edilmiştir.

D. YAKLAŞIK İSPAT

HMK 390/3 maddesine göre; ihtiyati tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır. İspatın ölçüsü bakımından ispat tam ve yaklaşık ispat olmak üzere ikiye ayrılır²⁶³. Yaklaşık ispat, hâkimin çoğu zaman ivedi bir biçimde karar vermesi gereken ve bu ivediliğin getirdiği zaman kısıtlaması nedeni ile tam ispatın sağlanabilmesi için delil gösterilmesinin hak iddiasında bulunan kimseden beklenemeyeceği durumlarda işlerlik kazanır²⁶⁴. Bu durumların en önde gelenleri ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleridir.

Maddenin gerekçesine göre “*Geçici hukukî koruma yargılamasını, asıl hukukî korumadan ayıran diğer bir özellik ispat ölçüsü bakımındadır. Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada) yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü, hâkim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa, hâkim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani, zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir. Ancak, kanun koyucu, bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hâkime, bu durumu belirterek, ispat ölçüsünü düşürme imkânı vermiştir. Bu düşürülmüş ispat ölçüsü çerçevesinde, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık*

²⁶³ Tanrıver, s. 774; Başözen, Ahmet, Güncel Yargıtay Kararları Işında İhtiyati Tedbirlerde

"Yaklaşık İspat" Ve "İhtimal" Kavramı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16.2014 (2015): 653- 694, s. 656.

²⁶⁴ Başözen, s. 656.

bir kanaat yeterli görülmektedir. Doktrinde bu yön, karar verilmesi için tam ispat ölçüsü yerine yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Ancak, yaklaşık ispatla yetinilmiş olması, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin, bu sadece bir iddiadan ibarettir. İddia edilen vakıanın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın, bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlarda, bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı etmez. Bu sebeptendir ki, genelde geçici hukukî korumalara, özelde ihtiyatî tedbire ve ihtiyatî hacze karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür. Geçici hukukî korumalarda, bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine yeterli zamanın olmaması gibi sebeplerle, yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Bu çerçevede, aslında ispat ölçüsü bakımından bir yenilik getirilmemekle birlikte, “yaklaşık ispat” kavramı kullanılarak, doktrinde kabul gören ifade Tasarıya alınmış, ayrıca burada hem tam ispatın aranmadığı belirtilmiş hem de basit bir iddianın yeterli olmadığı vurgulanmak istenmiştir.”

İhtiyati tedbir talebinin yahut ihtiyati haciz talebinin değerlendirilmesi için aranan ispatın ölçüsünün düşürülmesi, sadece takdiri deliller ile ispatı gereken durumlar için geçerli olup; hukukî niteliği gereğince kesin delillerle ispatı gereken hususlar bakımından ispat ölçüsünün düşürülmesi söz konusu değildir²⁶⁵.

AY’nın 138. maddesine göre hâkimler, hukuka uygun vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hukuk yargılamasında hâkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava ve işler bakımından yargılamayı taraflarca getirilme ilkesine göre yürütecektir. Hâkim bu ilke gereğince dava malzemesinin getirilmesi bakımından taraflarca ileri sürülen vakıalar ve bildirilen deliller ile bağlıdır. Hâkimin yargılama sonucunda varacağı vicdani kanaat, matematiksel anlamda bir kesinlik göstermez²⁶⁶. Bu nedenle de tam ispatla ispatı aranan hallerde dahi varılan kanaatin gerçeğe uygun

²⁶⁵ Başözen, s. 659, Atalay, Oğuz, Medeni Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 44-45.

²⁶⁶ Başözen, s. 661.

olmama ihtimali mevcuttur²⁶⁷. İhtimal kavramı ispat ölçüsü ile bağlantılıdır²⁶⁸. Tam ispat ölçüsü bir üst sınır olarak kabul edildiğinde, tam ispatla varılacak sonucun doğru olmaması yönündeki ihtimal arttıkça tam ispattan uzaklaşılır. O halde yaklaşık ispat ölçüsünün sağlanması için yapılacak muhakeme, tam ispatın aradığı sonucu gösteren delillerin henüz mevcut olmamasına rağmen eldeki deliller ile yüksek ihtimalle nihai sonucun mümkün olduğunun öngörülebilmesi ancak aksinin de mümkün olma ihtimalinin ağırlığının tartılmasını içerir. Tam ispattan ne kadar çok uzaklaşılır ise iddianın doğru olmadığı noktasına yaklaşılmış olacağı için sadece soyut bir beyan bulunduğu kanaatine varılır. Ancak iddia sahibinin somutlaştırma yüküne uygun bir biçimde mahkeme önüne getirdiği delillerine ve iddiasına bakılarak haklılığı yönünde önemli miktarda inandırıcılık gösteriyorsa yaklaşık ispatın varlığı kabul edilmelidir.

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talebinin kabulüne karar verilmesi için yaklaşık ispatın gerçekleşmesi gerektiği şüphesizdir. Ancak düşürülen ispat ölçüsünün, davanın esası bakımından geçerli delil sistemine etkisi olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yaklaşık ispatın arandığı hallerde, kural olarak hem delil serbestisi hem de delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerlidir²⁶⁹. Diğer bir görüşe göre, ispat ölçüsünün düşürülmüş olması, uyuşmazlığın çözümü bakımından tabi olduğu delil sistemini değiştirmez²⁷⁰. Bu görüşü savunanlara göre ispat ölçüsünün düşürülmüş olması halinde de kesin delille ispatı gereken hususun kesin delille ispatının aranacağı yönündedir. Ancak bu halde kesin delilin herhangi bir itiraz veya defî ile karşılaşması halinde yargılama sırasında incelenecektir. Bu halde mahkemece ihtiyati tedbir talep edenin haksız çıkma ihtimali dikkate alınarak teminat alınması bu sebeptir.

Öğretide Yargıtay'ın ihtiyati tedbir kararı verilmesi bakımından benimsediği yaklaşık ispatın gerçekleşmediği, herhangi bir delil olmamasına rağmen ihtiyati tedbir sebebinin varlığından hareketle ihtiyati tedbir uygulanmasını hukuka aykırı bulmadığı, kesin delille ispata tabi davalar bakımından yaklaşık ispatı olmamasına

²⁶⁷ Başözen, s. 661.

²⁶⁸ Başözen, s. 666.

²⁶⁹ Başözen, 2015, s. 679, aksi yönde bkz. delil serbestisini savunan yazar: Albayrak, Hakan, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013. s. 193.

²⁷⁰ Başözen, s. 679, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1026-1027.

rağmen ihtiyati tedbir kararı vermesi eleştirilmiştir. Eleştirinin temel dayanağı, ihtiyati tedbir kararının verilmemesiyle zararın ortaya çıkabileceği ihtimalinden dolayı her dava için ihtiyati tedbir kararı verilmesinin bir gereklilik halini alması riskidir²⁷¹. Bu durum Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından verilen ve istikrar kazanan kararlar ile devamlılık göstermektedir.

Taşınmazlar hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmesi bakımından yaklaşık ispatın ölçüsünü düşük tutan yaklaşımına karşılık Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri, ihtiyati haciz kararı verilmesi için yaklaşık ispat ölçüsünü daha yüksek belirlemektedir²⁷².

İstanbul BAM 7. HD'nin 08/06/2022 tarihli, 2022/1792 Esas 2022/1406 Karar sayılı kararında, yemin deliline dayanılmış olması, ferağdan men şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilmesi için yeterli görülmüştür²⁷³.

²⁷¹ Başözen, s. 683

²⁷² İhtiyati haciz kararı verilmesi açısından yaklaşık ispat ölçüsüne dair, Yargıtay 7. HD 23/02/2016 tarih, 2016/ 6242 E., 2016/ 4085 K. sayılı kararında “dava 04.12.2015 tarihinde açılmış daha tensip aşamasında hiçbir delil toplanmamış iken ihtiyati tedbir (aslında ihtiyati haciz) kararı verilmiştir. Ortada yapılan bir yargılama, alınan bir bilirkişi raporu bulunmamaktadır. Bu itibarla dava konusu edilen alacakların varlığı ya da yokluğu veya miktarı belli değildir ve yargılamayı gerektirmektedir. Bu durumda ihtiyati haciz talep eden davacının, alacaklarını ve ihtiyati haciz sebeplerinin varlığını ihtiyati haciz kararı verilmesini gerektirir biçimde delillendirdiği söylenemez. Başka bir anlatımla davacı ihtiyati haciz için gerekli olan “yaklaşık ispat” yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.” şeklinde karar verilmiştir. Anılan karara konu yaklaşım, alacak davaları bakımından yaklaşık ispat ölçüsünün, taşınmazlardan kaynaklanan davalarda ihtiyati tedbir için aranan yaklaşık ispat ölçüsünden daha yüksek benimsendiğinin bir göstergesidir.

²⁷³ Harici taşınmaz satış sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istemli davada, ilk derece mahkemesi tarafından adi yazılı satış sözleşmesine istinaden teminatsız olarak devir ve temlikin önlenmesine dair ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. İtirazın reddi üzerine davalı tarafça yapılan istinaf başvurusu üzerine davacının talebinin resmi bir belgeye dayanmadığı için teminatsız ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği, davanın aynı hak istemine ilişkin bir dava olup haklılığın yargılamaya bağlı olduğu, davacının delil listesinde yemin deliline dayanmış olduğu, bu hali ile yaklaşık ispatın varlığının kabul edildiğine, ihtiyati tedbir sebebinin bulunduğu yer verilerek itirazın kısmen kabulü yönünde karar verilmiştir. İstinaf mahkemesi tarafından teminat karşılığında ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Bu kararın önemi, ferağdan men şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için yaklaşık ispat bakımından henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin de varlığını gözetmesidir. Bu bağlamda örneğin Yargıtay İBBGK 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İBK, gereğince inançlı işlem iddialarının ispatı yazılı delille mümkündür. İnançlı işlem iddiasına dayanan tapu iptali ve tescil istemi şahsi hakka dayalı bir dava olup çekişmeli haklar şerhi verilebileceği gibi ferağdan men yönünde de ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Yaklaşık ispat bakımından da öncelikle bakılması gereken yazılı bir inanç sözleşmesi bulunup bulunmadığı, inanç sözleşmesinin ispatı bakımından yazılı bir sözleşme yok ise delil başlangıcı niteliğinde bir belge bulunup bulunmadığı ve bulunuyor ise tanık deliline dava ve cevaba cevap dilekçesinde dayanılıp dayanılmadığına bakılmalıdır. Sayılanlardan hiçbirinin olmaması halinde de anılan istinaf kararında da belirtildiği gibi yemin deliline dayanılması yaklaşık ispat bakımından yeterli görülmelidir. Aksi halde yemin delilinin incelenme sırası geldiğinde taşınmazın iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmesi halinde yeminin davalı tarafça eda edilmesi anlamlı olmayacaktır.

E. TEMİNATIN BELİRLENMESİ VE TEMİNATSIZ İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERİLEBİLECEK DURUMLAR

HMK'nın 392/1 maddesine göre; ihtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Adli yardımdan yararlanan kimsenin teminat göstermesi gerekmez.

Taşınmazlar bakımından açılan davalarda, örneğin; resmi şekilde yapılmış bir satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak tapu iptali ve tescil isteminde bulunulması yahut üzerinde davalıdır şerhi bulunan bir taşınmazın, davalıdır şerhinin konu olduğu davanın sonuçlanmasından sonraki aşamada bir üçüncü kişiye devredilmesi hallerinde olduğu gibi yaklaşık ispat ölçüsünün yüksek olduğu durumlarda teminat alınmamasına karar verilebilir.

F. DERDESTLİK

Olumsuz dava şartları arasında yer alan derdestlik, aynı konuda, aynı taraflar arasında aynı dava sebebi ve talep sonucu ile açılmış ve görülmekte olan bir dava mevcut iken aynı uyumsuzluk hakkında ikinci bir dava açılmasını ifade eder²⁷⁴.

İhtiyati tedbir talebi, bir dava niteliğinde değildir. Ancak mevcut bir ihtiyati tedbir talebinde bulunulmuş iken aynı konuda ikinci bir tedbir talebinde bulunulmaması gerektiği, bu durumun çelişkili kararlar verilmesi ihtimaline yol açacağı, mevcut bir ihtiyati tedbir kararı var iken aynı konuda ikinci bir tedbir kararı verilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁷⁵.

İhtiyati tedbir talebinin, aynı taraflar arasında, dava konusu hakkın aynı sebebe istinaden kabul edilmesi için mahkemeye yapılan talebin reddedilmiş olması halinde

²⁷⁴ Kuru, Baki, Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı, Ankara: 10/2011, s. 265.

²⁷⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 265; Özkök, s. 54.

aynı hususta ikinci bir talepte bulunulması halinde talep reddedilmelidir; ancak ihtiyati tedbir talep edenin talebi yaklaşık ispat yönünden yeterli delil sunulmaması nedeni ile reddedilmiş ise yeni delillerin gösterilmesi üzerine talep yeniden değerlendirilmelidir²⁷⁶.

Yargıtay, mevcut bir ihtiyati tedbir talebinin reddedilmesi ve kanun yoluna başvuru süresi devam ederken aynı konuda yapılan yeni ihtiyati tedbir talepleri bakımından mahkemece talebin yeniden değerlendirilip karar verilmesinin yerinde olmadığı görüşündedir²⁷⁷.

Kanaatimce derdestlik dava şartı, ihtiyati tedbirin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Aksinin kabul edilmesi durumunda, çelişkili kararların ortaya çıkma ihtimali artacaktır.

§ 8. İHTİYATİ TEDBİR KARARLARININ UYGULANMASI

A. GENEL OLARAK

İhtiyati tedbir kararının verilmesinden sonra ihtiyati tedbirin uygulanması gereği ortaya çıkar. İhtiyati tedbir kararının uygulanması başlığını taşıyan HMK 393/1 maddesinin ilk cümlesinde, ihtiyati tedbir hakkındaki kararın uygulanmasının, kararın tedbir isteyen tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorunda olduğuna yer verilmiştir. Düzenlemenin sözel yorumundan bir haftalık sürenin karar yüze karşı verilmiş ise tefhim; dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda verilmiş ise tebliğden itibaren başlayacağı anlaşılmaktadır. 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanunun 41 inci maddesiyle, bu fıkra da yer alan “verildiği tarihten” ibaresi “*bu kararın, tedbir isteyen tarafa tefhim veya tebliğinden*” şeklinde değiştirilmiştir²⁷⁸.

²⁷⁶ Erişir, s. 159.

²⁷⁷ Yargıtay, 11. HD, 28/06/2012 tarih, 2012/ 7898 E. , 2012/ 11432 K.

²⁷⁸ Değişikliğin gerekçesi ve kanunun değişiklikten önceki halinde “kararın verildiği tarihten” ibaresine yüklenen anlamlara ait değerlendirmeler için bkz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı

Taşınmazlara ilişkin olarak verilen ihtiyati tedbir kararlarının önemli bir kısmı geniş anlamda tescil kapsamında tapu siciline işlenmek suretiyle uygulanabilir. Bir kısmı ise nitelikleri gereği fiilen icra edilmeye ihtiyaç duymaktadır. Öğretide de taşınmazlar için verilen ihtiyati tedbir kararlarının yalnızca tapuda yapılacak işlem tedbirin etkisini ortaya koyabilmek üzere yeterli olacaksa mahkeme tarafından ilgili tapu müdürlüğüne yazı yazılmasının yeterli olduğu ileri sürülmüştür²⁷⁹. Taşınmazın başkasına devrinin yasaklanmasına ilişkin uygulamada ferağdan men şeklinde adlandırılan ihtiyati tedbir kararlarının icrası için, icra dairesine başvurulmasına gerek olmadığı, kararın mahkeme tarafından talep olmaksızın re'sen tapu idaresine bildirileceği ve tapu idaresi ihtiyati tedbiri hacizler siciline işlenmesi gerektiği belirtilmiştir²⁸⁰.

Taşınmazlar hakkında alınan ve sicile işlenmek suretiyle etkisini gösterebilecek ihtiyati tedbirlerin kendiliğinden mahkeme tarafından tapu müdürlüğüne bildirilmesi uygulamada yeknesaklık kazanmış bir durumdur. Tedbirin icrası bakımından günümüzde elektronik tapu sicili (TAKBİS) ve UYAP arasındaki, elektronik ortamda sağlanan *entegrasyon/ bağlantı/ bütünleşme* dikkate alındığında bu durumun usûl ekonomisine uygun düştüğü söylenebilir. Gerçekten de UYAP sistemi üzerinde mahkemeler teknik bir aksaklık yaşanmadığı müddetçe tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerindeki hak sahipliği, tedavül ve takyidat bilgilerini inceleyebilme olanağına sahiptir. Bu durum özellikle ihtiyati tedbir taleplerinin değerlendirilebilmesi açısından büyük bir fayda sağlamaktadır. Eskiden yazışmalarda geçen süre, yerini teknolojinin getirdiği hıza bırakmıştır.

Araç siciline ihtiyati tedbir işleme olanağı UYAP sisteminde mevcut iken taşınmazlar üzerine mahkemelerin doğrudan tedbir şerhi işlemesi olanaklı değildir. Bu durumda mahkemeye düşen ihtiyati tedbir kararının verilmesinden sonra kendiliğinden durumu tapu siciline bildirmek olmalıdır. Bu husus acele işlerdendir. Ancak her ne kadar mahkeme bunu kendiliğinden yapmakta ise de ihtiyati tedbir talep edene düşen önemli bir yükümlülük, ihtiyati tedbirin tapu siciline bildirilip

Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar Ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, Selçuk Öztekin, Sema Taşpınar Ayvaz, Serdar Kale TBBD 2020 (149), s. 147 vd. erişim: [m2020-149-1924 \(barobirlik.org.tr\)](https://www.tbdd.gov.tr/m2020-149-1924)

²⁷⁹ Delipınar, s. 178; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 582.

²⁸⁰ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, s. 587; Delipınar, s. 178.

işlenip işlenmediğini takip etmek olmalıdır. Aksi takdirde ihtiyati tedbir kararının icra edilmemesinden kaynaklanan riskler ortaya çıkar ve taşınmazın devri halinde hâkimin hukukî sorumluluğu gündeme gelebileceği gibi avukatın ağırlaştırılmış özen borcundan kaynaklanan hukukî sorumluluğu da ortaya çıkabilir.

B. TAPU SİCİLİNE İŞLENMESİ GEREKEN İHTİYATİ TEDBİRLER

TMK'nın 1008. maddesinde tapu siciline tescil edilebilecek ayni hakların sayılması sureti ile tescil işleminin konusunun neler olabileceğinin sınırları çizilmiştir. Tescilin en önde gelen işlevi, taşınmaz üzerindeki ayni hakkın görünür kılınmasını sağlamaktadır. Şerh kavramı da teknik anlamda tescilin dar anlamına dâhil olmamakla birlikte, üçüncü kişilere taşınmazın hukukî durumu hakkında bilgi vermek suretiyle sicilin aleniyet işlevini yerine getirme açısından tescil işlemine benzer²⁸¹. Ancak tescilin aleniyet işlevi dışında ayni haklar bakımından kural olarak kurucu işlevi de bulunmaktadır²⁸².

Geçici tescil şerhinin sicilden terkin ile kastedilen, geçici tescil şerhinin sona ermesi ile aynı hususu ifade etmez²⁸³. Şerhin sona ermesi, şerhin artık hüküm ifade etmeyeceğini belirtirken, terkin edilmesi tapu sicilinden şerhin silinmesini ifade eder²⁸⁴. Terkin ifadesi, taşınmaz üzerindeki ayni hakka dair tescilin tapu sicilinden silinmesini ifade eder²⁸⁵.

Teknik anlamda aynî hakkın tapu siciline yazılmasını ifade eden tescil terimi yerine ihtiyati tedbir kararının tapuya işlenmesi durumunun geniş anlamda tescil kavramı içinde kalmasına rağmen terminolojik olarak, tedbir kararının tapuya işlenmesi olarak ifade edilmesi tercih edilmiştir.

²⁸¹ Delipınar, s. 13.

²⁸² Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 243; Ünal, Başpınar, s. 489; Delipınar, s. 13.

²⁸³ Delipınar, s. 195.

²⁸⁴ Ünal, Başpınar, s. 156; Delipınar, s. 195.

²⁸⁵ Delipınar, s. 195.

C. İCRASI GEREKEN İHTİYATİ TEDBİRLER

İhtiyati tedbir kararının uygulanması HMK'nın 393. Maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin 7251 sayılı kanunla değişik 1. Fıkrasına göre, ihtiyati tedbir kararının uygulanması, bu kararın, tedbir isteyen tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi durumda, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

HMK'nın 393/2 maddesine göre tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir.

§ 9. İHTİYATİ TEDBİR KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

A. İTİRAZ YOLU

HMK'nın ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz başlıklı 394/1 maddesinde, karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz edilebileceği öngörülmüştür. İtiraz yolu, konuyu üst dereceli bir mahkemeye taşımadığı için teknik anlamda kanun yolu sayılmamıştır²⁸⁶.

Karara karşı itiraz süresi aleyhine ihtiyati tedbire karar verilen karşı taraf yönünden, HMK 394/2 maddesi gereğince tedbirin uygulanması sırasında hazır bulunulması halinde bu tarihten, hazır bulunulmuyor ise tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir haftadır. İtiraz konuları kanunda, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak gösterilmiştir.

²⁸⁶ Özkes Muhammet, Evrim Erişir, Konusu Para Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, *Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 2.5 (2006): 1235-1273, s. 1261; Simil, Cemil. (2020). Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi Ve Kararın Denetimi. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 171-194. s. 180.

7251 sayılı kanunla madde metnine, esas hakkında dava açıldıktan sonra, itiraz hakkında, bu davaya bakan mahkeme tarafından karar verileceği eklenmiştir. İhtiyati tedbirin esas davanın açılmasından önce talep edilmesi halinde, ihtiyati tedbir dosyasının asıl davanın eki sayılacağına dair HMK 397/4 maddesindeki düzenleme karşısında, 7251 sayılı kanunla eklenen husus açık bir neticenin tekrarı niteliğinde olmuştur²⁸⁷. Aynı şartlarda ihtiyati tedbirin uygulanmasından dolayı menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilir.

B. İSTİNAF YOLU

HMK'nın 394/5 maddesine göre, itiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Tedbir kararına karşı itiraz veya kanun yoluna başvurulmuş olması tedbirin icrasını durdurmaz.

HMK'nın 341/1-b bendinde, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlar, istinaf yoluna başvurulabilecek kararlar arasında sayılmıştır.

İhtiyati tedbir talebinin reddine karşı istinaf yoluna başvurulması halinde istinaf mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verip veremeyeceği ile verilen kararın denetimi hususu öğretilerde tartışmalıdır²⁸⁸.

İhtiyati tedbir kararının acele işlerden olması gerekçesi ile istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesince şartların varlığına rağmen ihtiyati tedbir talebinin reddedilmesi üzerine istinaf yoluna başvurulmuş durumlarda ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerektiği kabul edilmelidir²⁸⁹. Bu halde istinaf mahkemesi tarafından verilen ihtiyati tedbir

²⁸⁷ Temel kanunlarda kısa süreler içerisinde, reform adı altında ve yargılamayı hızlandırmak için yapılan değişikliklerin zararlı olabileceğine dair eleştiriler için bkz. TBBD 2020 (150) Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, S. 296.

²⁸⁸ Simil, s. 173.

²⁸⁹ Simil, s. 175.

kararına karşı itiraz edilip edilemeyeceği ile itirazın hangi mahkeme tarafından değerlendirileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. İstinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararının kaldırılmasından sonra ihtiyati tedbire hükmedilmesi halinde bu karara itiraz edilemeyeceğini ileri sürmek hukukî dinlenilme hakkı ile bağdaşmaz²⁹⁰.

İstinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesi tarafından verilen ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına ilişkin itirazın reddi üzerine yapacağı incelemede ise verilen karar HMK 362/1, b. f maddesine istinaden kesin nitelikte olduğu için bu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz²⁹¹. Kanaatimce bu hususta, istinaf mahkemesi tarafından, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın dinlenmemesi sureti ile, ilk derece mahkemesi tarafından verilen ret kararı üzerine ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde bu karara karşı kanun yolunun kapatılması HMK 394. Maddesinin sözü ve ruhuna uygun olmamakla birlikte, hukuki dinlenilme hakkının da ihlali anlamına gelir²⁹².

C. TEMYİZ YOLU

HMK'nın 391. Ve 394. Maddelerinde “kanun yolu” ifadesinin seçilmesi, kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir²⁹³. Temyiz yoluna sadece, HMK 391/3. Maddesi ile 394/5. Maddesi gereğince başvurulması kabul edilmelidir²⁹⁴. İlk derece mahkemeleri ile istinaf mahkemelerince verilen ihtiyati tedbirlerin teminat karşılığında veya durum ve şartların değişmesi nedeni ile değiştirilmesi ya da ortadan kaldırılması halinde verilen kararlara ilişkin kanun yoluna başvurulması mümkün değildir²⁹⁵.

Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete başlamasından önce ilk derece mahkemesi tarafından verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulup başvurulamayacağı hususu öğretide ve

²⁹⁰ Simil, s. 179.

²⁹¹ Simil, s. 178.

²⁹² Simil, s. 181.

²⁹³ Simil, s. 189.

²⁹⁴ Simil, s. 190.

²⁹⁵ Simil, 189.

uygulamada tartışmalıdır²⁹⁶. Yargıtay HGK İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'na ait 21.2.2014 tarihli 2013/1 E. 2014/1 K. sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi tarafından verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi kararları ile itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğuna hükmedilmiştir²⁹⁷.

İhtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğunun kabul edilmesi, uygulama birliğinin oluşmasına engel teşkil etmekte ve yüksek mahkemenin tedbirler konusundaki görüşlerinin öğrenilememesine sebep olmaktadır²⁹⁸. Bu durum, bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başladığı 20 Temmuz 2016 tarihine kadar verilen kararlar için geçerlidir²⁹⁹.



²⁹⁶ Tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Simil, 188 vd.

²⁹⁷ Umar Bilge, Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı, S. 509. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, S. 509-514 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Erişim: <https://Hukuk.Deu.Edu.Tr/Wp-Content/Uploads/2015/09/B%C4%B0lge-Umar.Pdf>

²⁹⁸ Yılmaz, s. 1

²⁹⁹ Simil, s. 188.

SONUÇ

Davanın sonuçlanmasında geçecek süre içinde dava ile amaçlanan hakkın temini için geçici hukukî koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulmuştur. Geçici hukukî koruma tedbirlerinin başında, para ve teminat alacaklarının temini işlevini üstlenen ihtiyati haciz ile uyuşmazlık konusu mal veya hakkı temini işlevini üstlenen ihtiyati tedbir gelir. Taşınmazın uyuşmazlık konusunu oluşturması başlıca dört farklı şekilde görünüm kazanır. Bunlardan ilki tapu sicilinin gerçek hak sahipliğini yansıtmaması nedeni ile yolsuz tescilin düzeltilmesi, ikincisi ise tapu sicilinin hak sahipliğini doğru olarak yansıtmamasına rağmen davacının borçlandırııcı bir işlem sebebi ile tescili isteme olanağına sahip olması halinde bu hakkını kullanmasına ilişkindir. Ayrıca bunların yanında komşuluk hukukundan, geçit veya mecra irtifakı tesisinden yahut taşkın veya haksız yapı ve kullanım iddialarına dayanan davaların da çeşitli şekillerde ortaya çıkma ihtimali mevcuttur. Bu sayılan durumlardan hariç bir borçlunun alacaklılarından mal kaçırma kastı ile taşınmazını bir başkasına muvazaalı olarak devretmesi ile İİK'nın 277. ve devamı maddelerinde öngörülen iptal sebeplerinin bulunması halinde de iptal davasında taşınmazın davaya konu olması gündeme gelir. Bu son durumda, davacı alacaklının tasarrufun geçersizliği ile taşınmaz üzerinde haciz ve cebri icra yolu ile satış isteme yetkisini alarak alacağının tahsilini amaçlar.

Taşınmazın davaya konu olması halinde öncelikle tespiti gereken geçici hukukî korumanın doğru bir biçimde belirlenmesidir. Taşınmazın aynının, kendi varlığının korunmasına ihtiyaç bulunan yolsuz tescilin düzeltilmesi veya şahsi hakka dayalı tescile zorlama davasında taşınmazın uyuşmazlık konusu olduğu ve bu durumda ihtiyati tedbir talebinde bulunulması gerektiğinde şüphe yoktur. İptal davalarında ise amaçlanan alacağın tahsili olduğu gerekçesi ile taşınmazın aynı dava konusu değildir. Bu nedenle iptal davasında özel düzenleme niteliğinde bulunan İİK'nın 281/2 maddesi gereğince ihtiyati haciz uygulanmalıdır. Aksi takdirde ihtiyati tedbir hacze iştirak olanağı vermeyeceği için dava sonunda taşınmaz davalı adına kayıtlı olsa dahi davacının hacze iştirak olanağı tehlike altında olup ihtiyati tedbir kararı bu tehlikeyi bertaraf etmez.

Taşınmazlar hakkında TMK'da öngörülen şahsi hak iddiasının temini için çekişmeli haklar şerhi, ayni hak iddiasının temini için geçici tescil şerhi verilmesi olanağının ihtiyati tedbir olduğu hususunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Buna rağmen uygulamada bu şerhlerin benimsenmediği ve davalıdır şerhi adı altında, tapu sicilinin beyanlar hanesine kaydedilen ve kaydı için teminat alınmayan bir yöntem geliştirilmiştir. Davalıdır şerhinin ihtiyati tedbir niteliğinde olup olmadığı konusunda ise öğretide ve üst derece mahkemeleri arasında görüş birliği yoktur. Çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescil şerhinin TMK'da düzenlenmiş olması ve maddî hukuk bakımından hakkın kazanımı yönünden önemli etkileri bulunan şerh niteliğinde olmaları uygulamada ihtiyati tedbir olarak algılanmasını zorlaştırmaktadır. Nitekim bu yöneme başvurulması yerine davanın dayandığı hakkın ayni hak mı yoksa şahsi hak mı olduğuna bakılmaksızın “davalıdır şerhi” olarak şerh ismiyle bağdaşmayan ve teknik olarak beyan hanesine kaydedilen bir çözüm benimsendiği görülmektedir. Davalıdır şerhinin amacı davanın açılmasından sonra devralan üçüncü kişiler bakımından iyiniyet iddialarını önlemektir. Ancak bu önleme işlevinin yanında tapu sicilini devre kapatmadığı dikkate alındığında dava konusunu temin işlevi olduğu, getirilen çözümün de tarafların menfaatlerini dengelediğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte üzerinde davalıdır şerhi bulunan bir taşınmazın kolayca devir görebileceğini söylemek hayatın olağan akışına uygun düşmez.

Tapu sicilinde taşınmaz üzerine uygulanan şerhler ve davalıdır beyanı taşınmazın devrine engel değildir. Bu nedenle de davacının dava konusunun devrinden dolayı makul sürede yargılanma hakkının ihlali riski doğmaktadır. Bu riskin giderilmesi ile şerhlerin uygulamada benimsenmemesinden kaynaklı olarak doğrudan ferağdan men şeklinde, daha yüksek bir koruma sağladığı düşünülen ihtiyati tedbir türüne başvurulmaktadır. Bu halde davanın devamı boyunca taşınmazın mevcut durumunun korunması amaçlanmakta olup uygulamada en fazla başvuru ihtiyati tedbir türü ferağdan men tedbiri olmaktadır. Ancak bu durum davalı açısından da mülkiyet hakkının uzun bir süre kısıtlanması nedeni ile sakınca yaratmaktadır.

Ferağdan men şeklindeki ihtiyati tedbir, taşınmazın cebri icra yolu ile satılması konusundaki riskleri ortadan kaldırmadığı için cebri icra yolu ile satışın durdurulması şeklinde ihtiyati tedbir türü ortaya çıkmıştır.

Tapu siciline işlenerek görünür hale gelen ihtiyati tedbirlerin icrası için ayrıca bir tamamlayıcı sürece ihtiyaç yoktur. Bu halde mahkemece taşınmazın bulunduğu yer tapu müdürlüğüne ihtiyati tedbir kararının bildirilmesi ile tedbir uygulanmış olur.

Davanın sonucunda davacı lehine tapuda aynı hak tesisine dair bir karar verilmesi halinde İİK'nın 28. maddesi gereğince bu hususun kendiliğinden tapu siciline bildirileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce İİK'nın 28. maddesine dayalı olarak kararın verilmesi ve kesinleşmesi halinde ayrıca bildirilmesi hususu ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. Çünkü ihtiyati tedbir talebe bağlıdır. Mahkeme kendiliğinden ihtiyati tedbir kararı veremez. Bu nedenle de kesinleşmemiş ve kesinleşmiş mahkeme kararının İİK'nın 28. maddesi gereğince tapuya şerh verilmesini maddî hukuka ait kamu düzeninden kaynaklanan tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin bir şerh olarak değerlendirmek gerekir.

Taşınmazın idaresi için yedimeine tevdi, komşuluk hukuku ile geçit veya mecra irtifakından kaynaklanan davalarda taraflar arasındaki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesine yönelik ihtiyati tedbirler ise tapu siciline işlenerek etki gösteremezler. Bunların icra edilmesi için ihtiyati tedbir kararında kim tarafından icra edileceğinin gösterilmesi gereklidir.

Uygulamada fiilen icrası gereken ihtiyati tedbirlere sık rastlanmadığı ancak davalıdır şerhi verilmesi şeklinde ve ferağdan men şeklindeki ihtiyati tedbirlerin yaygınlık gösterdiği gözlemlenmiştir.

Davalıdır şerhi, yasal dayanağı olmaması ile teminat alınmaması yönünden eleştirilmektedir. Öğretide ayrıca, davalıdır şerhinin yasal dayanağı olmadığı ve bu nedenle hüküm doğurmayacağına ilişkin görüşler de ileri sürülmektedir. İlk bakışta, HMK'nın 391/1 maddesine göre hâkim, ihtiyati tedbir şartlarının varlığı halinde, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebileceği için, taşınmazın fiili durumunu yansıtan beyanlar hanesine davalı durumda olduğunun yazılmasının dayanaksız olmadığı düşünülebilir. Ancak bu sonuca varılması yerinde olmayacaktır. Çünkü davalıdır şerhi verilmesi taşınmazı devirlere kapatmaz. İhtiyati tedbirin amacı ise dava konusunu temin etmektir. Bu nedenle de dava konusunu devirlere kapatmayan davalıdır şerhinin dava konusunu devir ihtimalinden doğan tehlikelere karşı korumadığı görülmektedir. Ancak bununla

birlikte davalıdır şerhi, devralan üçüncü kişinin iyiniyet iddiasını ortadan kaldırarak, davacının talep sonucunu üçüncü kişiye karşı da ileri sürme olanağını temin etmektedir. Kanaatimizce, davalıdır şerhinin amacı itibariyle ve tapu sicilinin taşınmazlarda zilyetlik işlevini üstlenmesi ile beyanların taşınmazın fiili durumunun yansıtması gerektiği ve davacının talep sonucunu ileri sürebilme imkânını koruduğu gerekçesi ile kendine özgü bir geçici hukuki koruma olarak kabul edilmelidir.

Bu hususta üst derece mahkemelerinin de görüş ayrılıklarına son vererek davalıdır şerhinin hukuki niteliği hakkında uygulama birliğinin sağlanması gereklidir.

Teminat alınmaması yönünden yapılan eleştiri bakımından ise kendine özgü geçici hukuki korumalara ilişkin özel düzenleme bulunmayan durumlarda, ihtiyati tedbirler hakkındaki genel koşullar ve teminata ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır. HMK 392/1 maddesinde, mahkemenin gerekçesini açıkça belirtmek şartı ile durum ve koşulların gerektirmesi halinde teminat alınmamasına karar verilebileceği düzenlenmektedir. Davalıdır şerhinin taşınmazın devrine engel olmadığı bu nedenle teminat alınmaması düşünülebilir. Ancak üzerinde davalıdır şerhi bulunan bir taşınmazın gerçek değerinden daha azına devir edilebileceği çok yüksek bir olasılıktır. Bu nedenle davalıdır şerhi için de teminat alınmalıdır. Teminat alınmaması halinde ise zarar görenin HMK m. 399 gereği tazminat isteme olanağı da mevcuttur.

İhtiyati haciz talepleri hakkındaki üst derece mahkemesi kararları arasında yaklaşık ispat ölçüsünün kesin delillere bağlı kabul edildiği ve yüksek oranda bir yaklaşık ispat arandığı gözlemlenmiştir. Buna karşılık ferağdan men ihtiyati tedbir kararı verilirken yaklaşık ispat şartını tamamen dışlayan kararlara rastlamak mümkündür. Üst derece mahkemelerinin kararları bu yönüyle para alacağının her zaman telafi edilebileceği ancak maddî hukuk bağlamında parça borcu teşkil eden taşınmazların telafisinin güç olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımdan hareketle, para ve teminat alacakları ile taşınmazların tümüyle malvarlığını ilgilendiren davalar olmasına göre üst derece mahkemeleri tarafından yapılan ayırım yerinde değildir. Tüm geçici hukukî korumaların etkin ve etkili bir biçimde kullanılmasına yönelik içtihatlar oluşturulmalıdır. Özellikle de taşınmazın davaya konu edilmiş olması, tek başına ferağdan men için yeterli sayılmamalı ve çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescil şerhinin yerinde kullanımı amaçlanmalıdır. Bu yönüyle HMK ile TMK

arasında bağlantı kurulmasına, TMK’da öngörülen çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescil şerhinin uygulanması bakımından ihtiyati tedbir olarak öğretide kabul görmelerine göre HMK’na atıf yapılmak sureti ile yaygınlaştırılmalarına yönelik kanuni düzenlemeler yapılabilir. Ancak bu yönde düzenlemeler olmasa dahi üst derece mahkemeleri tarafından bu yöndeki uygulamalar geliştirilebilir. Böylece tarafların menfaatleri dengelenmekle birlikte talep sonucu da güvence altına alınmış olur.



KAYNAKÇA

AKİPEK JALE G. , Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ. Eşya Hukuku, C. 1, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

ALANGOYA, Yavuz: "Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Kararları Hakkında, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 /2, s. 325 vd.

ALBAYRAK, Hakan, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2013.

ANTALYA, O. Gökhan, TOPUZ, Murat, “Tapu Sicili”, Eşya Hukuku, C.3, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 10-2021.

ARSLAN, Ramazan, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, *Bankacılar Dergisi Özel Sayı* (2013): 7- 86.

ASLAN, Ali Çetin, Medenî Usûl Hukukunda Görev, 1. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, Ekim 2022.

ATALAY, Oğuz; Medeni Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001.

AYAN Mehmet. Eşya Hukuku: Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. 1, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

AYBAY Aydın, HATEMİ Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

AYDIN İlkey, Halil POLAT. Hukuk Davaları Rehberi- Taşınmaz Hukukuna İlişkin Davalar, Ankara: Yetkin Yayınları 3 Cilt, 2015/5.

BAŞÖZEN, Ahmet, Güncel Yargıtay Kararları Işında İhtiyati Tedbirlerde "Yaklaşık İspat" ve "İhtimal" Kavramı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16.2014 (2015): 653- 694.

- BERKİN, Mehmet Necmeddin, İhtiyati Haciz, İstanbul: Hamle Matbaası, 1962.
- BİLGİN YÜCE, Melek, ÖZMEN Etem Saba, Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratın Davalarda Verilen (TMK m. 1010/b. 1 ve TMK m. 1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi* (2022/4): 332-333.
- DELİPİNAR, Yusuf Can, *Geçici Tescil Şerhi*, Ankara : Yetkin Yayınları, 2022.
- DURAL Mustafa, Tufan ÖĞÜZ. “Kişiler Hukuku”, Türk Özel Hukuku, C.2, 21. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- ERCAN, İbrahim, İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, Yıl 2003.
- ERİŞİR, Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul : On İki Levha Yayınları, Eylül, 2013.
- ESENER, Turhan, GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- GÖKSU, Mustafa, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16.Özel Sayı 2014 (2015): 1253- 1273.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Uygulamada Tapu Kütüğünün veya Kat Mülkiyeti Kütüğünün Beyanlar Sütununa Yapılan ve “Davalıdır Şerhi” Olarak Adlandırılan Kaydın Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu (15-16 Kasım 2019 Makaleler-Tebliğler), Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- HAMAMCIOĞLU Vardar. Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- KARADEMİR, Dilek. “İhtiyati Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve 2013/1E., 2014/1 K.Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı”, TAAD, Y. 7, S. 26, Nisan 2016.
- KAPLAN Mikail Bora, Sınai Mülkiyet Kanununda İhtiyati Tedbirler, 1. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, Ekim 2018.
- KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- KONURALP, Cengiz Serhat, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.

- KURU, Baki. *Medeni Usûl Hukuku El Kitabı*. Cilt I, II. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 22. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *İcra İflas Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- KURU, Baki, AYDIN, Burak, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 10-2021.
- KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- MISTAÇOĞLU, Yasemin. *Medeni Usûl Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- NOMER Haluk Nami, Mehmet Serkan ERGÜNE. *Eşya Hukuku*, 8. Bası, İstanbul: On İki Levha, 2020.
- OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, *Eşya Hukuku* . İstanbul : Filiz Kitabevi, 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar. Tapu Kütüğüne Şerhedilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt III Sayı 1* (2017).
- ÖZDEMİR, Mehmet. Yargıtay Ve İstinaf Uygulamasında Geçici Hukukî Korumalar. Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2021.
- ÖZEKES Muhammet, Evrim ERİŞİR. «Konusu Para Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi.» *Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 2.5 (2006): 1235- 1273.
- ÖZEKES, Muhammet. «Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir.» *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4.2 (2002): 89- 138.
- ÖZEKES, Muhammet. *İcra Ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz* . Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.
- ÖZEKES, Muhammet. Bilgisiz Hâkim ve Avukat, İstanbul Barosu - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojik Bakışlar IV Sempozyumu, İstanbul/25-29 Ağustos 2008, HFSA 21. Kitap (İstanbul Barosu yayını) erişim: <https://ozekesseven.com/tr/Akademik-Eserler/Eser/Adil%20Yarg%C4%B1lanmaya%20Tehdit-%20Bilgisiz%20H%C3%A2kim%20ve%20Avukat/125>

ÖZKÖK, Süleyman. *İhtiyati Tedbirler (HUMK 101- 113/ A)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

ÖZTAN, Bilge, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

ÖZTEK Selçuk, Sema Taşpınar AYVAZ, Serdar KALE *Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar Ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi*, TBBD 2020 (149), s. 147 vd. erişim: [m2020-149-1924 \(barobirlik.org.tr\)](https://www.barobirlik.org.tr/m2020-149-1924)

ÖZTEK, Süleyman. «İsviçre Medeni Usûl Kanununun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemelerine Genel Bir Bakış.» *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19.2 (2013): 259- 271.

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*. Ankara : Yetkin Yayınları, 2014.

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, TAŞ KORKMAZ Hülya, *Medeni Usûl Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme*, TBB Dergisi 2020 (150)

PEKCANITEZ Hakan- Hukukî Dinlenilme Hakkı erişim: <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>

PEKCANITEZ Hakan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Erozyon Süreci*, TBBD, erişim: <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1699> , sayfa 239.

PEKSÖZ, Vildan. «Davalıdır Şerhinin Medeni Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi.» *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2023): 535-565.

SAPANOĞLU, Süleyman, 3402 sayılı Kadastro Kanunu Notlu ve İçtihatlı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021

SARISÖZEN, M. Serhat. “İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İctihadı Birleştirme Kararı”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014.

SİMİL, Cemil. (2020). Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(2), 171-194.

- SİRMEN, Lale. Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- TANRIVER, Süha. *Medeni Usûl Hukuku*. Cilt I, II. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- TAŞATAN, Caner, Kişisel Nitelik Taşıyan Tescilli İsteme Hakkı (TMK m. 716/1), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- TAŞ KORKMAZ, Hülya. «Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler.» *Yüksek Lisans Tezi*. Diyarbakır, 1995.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis. “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin Ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, July (July 2014): 2063-2113.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP, Eşya Hukuku, C. 1, 5. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- UMAR Bilge, Tek Oy Farkıyla Çıkabilen Olmayacak Bir İçtihadı Birleştirme Kararı, s. 509. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 509-514 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan erişim: <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/B%C4%B0LGE-UMAR.pdf>
- ÜNAL Mehmet, Veysel BAŞPINAR. *Şekli Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim. *İhtiyati Tedbirler*. İstanbul : Fakülteler Matbaası, 1981.
- YILMAZ, Ejder. *Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- YILMAZ, Orhan. *İhtiyati Tedbirler*. Konya Ereğlisi: İvriz Matbaası, 1963.