

TEMİNAT AMAÇLI ALACAK DEVRİ VE TOPTAN TEMLİK SÖZLEŞMELERİ*

Doç. Dr. Saibe Oktay Özdemir**

Giriş

Pozitif hukukun tanıdığı teminat araçlarının yetersizliği¹, özellikle kredi ihtiyacını tatmin çabaları işlem hayatında inançlı teminat sözleşmelerinin yaratılması ile sonuçlanmıştır². Sözleşme serbestisinin tanıdığı bu imkânla yaratılmış olan, bir taşınır veya taşınmaz eşyanın mülkiyetinin veya bir alacak hakkının teminat amaçlı devri sözleşmeleri çok yaygın olarak uygulanmaktadır³.

“Teminaten temlik” de denilen inançlı alacak temliki söz-

-
- * Bu makale 1926 tarihli Medeni Kanun yürürlükteyken yazılmıştır.
- ** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
- 1 Teminat Kavramı ve türleri hakkında geniş bilgi için bak. E. KUNTALP, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995, 263 vd.
- 2 E. ÖZSUNAY, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul 1968, 36. Yazar genel olarak inançlı işlemlerin örf ve adet hukukunun tanınması ile doğduğunu belirtmektedir, 83; K. DAYINLARI, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, Ankara 1993, 30 vd.; Ayrıca bak. G. ÖZTÜRK, *İnançlı İşlemler*, Ankara, 1998, 72 vd; E. ÖZKAYA, *İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları*, Ankara, 1999, 3 vd.
- 3 ÖZSUNAY, 36; ÖZKAYA, 3 vd.; Bu işlemlerin bankacılık alanında yaratıldığı yönünde, N. DE GOTTRAU, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie*, Suretés et Garantie Bancaires, Publications Cedidac, Lausanne, 1997, 174; R. SEROZAN, *Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, 987 vd.
- Mülkiyetin teminat amaçlı devrine ilişkin sözleşmelerle ilgili bilgi için bak. S. OKTAY ÖZDEMİR, *Teminat Amaçlı Mülkiyet Devir Sözleşmeleri*, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul, 2001, 657 vd.

leşmeleri ile bir alacağın garanti altına alınması için kanunun aynı teminat kurumu olarak düzenlediği rehin tesis etme yerine, devri mümkün bir alacak hakkı temlik edilmektedir. Alacağı devralan kişi, alacağı devredenle aralarında yaptıkları bir borçlandırıcı işlem ile (inanç anlaşması) teminat konusu olan şeyi anlaşmaya uygun olarak kullanacağını ve özellikle alacak ödenince teminat konusunu borçluya geri vereceğini taahhüt etmektedir.

Bugün teminat amaçlı işlemlerin çoğunluğu, alacağın inançlı devri yolu ile gerçekleşmektedir. Pratik olması ve alacaklı için güvenli bir yol oluşturması, gerek bankacılık işlemlerinde gerekse tüketici kredilerinde teminat işlemlerinin alacak temliki yolu ile yapılmasına neden olmaktadır⁴. Örneğin banka müşterisi, kendi müşterileri nezdinde bir mal alımından veya hizmet alımından doğmuş alacaklarını bankaya devrederek kredi almaktadır (credit contre cession). Diğer yandan özellikle büyük inşaat işlerinde müteahhitler inşaatı tamamlamak için ihtiyaç duydukları finansmanı banka kredisi yolu ile elde etmekte ve teminat olarak da bankaya o inşaatın yapımı sırasında veya sonrasında elde edecekleri hakları devretmektedirler (credit d'entrepreneur)⁵.

Teminat amaçlı temlik sözleşmelerinin çoğunluğu gelecekteki alacakları da kapsayacak toptan temlikler şeklinde yapılmakta ve bu sözleşmelerin geçerliliği ve doğurduğu hükümlerle ilgili sorunlar hukukçuları meşgul etmektedir.

Bu çalışmada önce teminaten temliklerin fayda ve sakıncalarına değinilecek, sonra da genel olarak teminat amaçlı temlikler ve toptan temlik sözleşmeleri ele alınacaktır.

⁴ DE GOTTRAU, 222; SEROZAN, 987.

⁵ Bankaların alacakların belli bir limitine kadar kredi tahsis ettikleri belirtilmektedir, DE GOTTRAU, 235.

I. Tercih Edilme Nedenleri İle Fayda ve Sakıncaları

A. Tercih Edilme Nedenleri

Alacakların rehin edilmesine oranla teminaten temlikin uygulamada gelişmesinin ve çoğalmasının sebepleri aşağıdaki gibi açıklanmaktadır⁶.

1. İnançlı teminat sözleşmeleri kredi alımlarında bir teminat sağlayarak kredi alınmasını kolaylaştırır. Çoğu kez kredi alanın elindeki tek araç, sahip olacağı gelecekteki alacaklarını devretmek suretiyle kredi alabilmektir. Gerçekten de taşınır veya taşınmaz rehni sadece bu tür mallara sahip olanlara teminat fonksiyonu sağlarken, alacak devri ile kredi alabilmek gerçek bir ihtiyaca cevap vermektedir⁷.

2. Alacağın teminaten temlik halinde alacak temlik alana tam hak iktisabı şeklinde geçtiğinden borçluya, rehine oranla bağımsızlık sunmaktadır.

3. Alacağın elde edilememesi halinde, rehin hakkı söz konusu olduğu takdirde, rehinli malın icra dairesi aracılığıyla paraya çevrilmesi yoluna gidilirken, teminaten temlikte icra dairesi aracılığıyla paraya çevirme zorunluluğunun olmaması, hatta alacağın doğrudan temlik edilen alacaktan karşılanabilmesi alacaklı için büyük avantaj olarak görünmektedir.

4. Rehin hakkının alacağın fer'i olmasına rağmen, teminaten temliğin alacağın fer'i olmaması ve temlik edilen alacağın, teminat altına alınan alacaktan bağımsız olarak işlemlere konu olabilmesi diğer bir avantaj olarak görünmektedir.

⁶ L. THEVENOZ, *La fiduce, cendrillon du droit suisse propositions pour une reforme, Proposition pour une réformme*, Heft Fasicule, Bazel, 1995, 307. Ayrıca bak. DAYINLARLI, 30 vd.

⁷ ÖZSUNAY, 37; ÖZKAYA, 5.

B. Fayda ve Sakıncaları

1. Faydaları

1. Gerek alacak rehni gerekse alacak temliki yazılı şekil gerektirmeleri bakımından benzer iseler de (BK. m. 162; MK. m. 955), rehinde borç ikrarının olmasına karşın, teminaten alacak temlikinde borç ikrarının bulunmaması avantaj olarak görünmektedir.

2. Kredi veren yönünden alacağın alınamaması riski kalkmakta, hatta daha fazla alacak garanti olarak sağlanırken, daha az kredi vermek mümkün olmaktadır. Özellikle gelecekteki alacakların temliki ile bu imkân sağlanmaktadır.

3. Teminat amaçlı olarak mülkiyet veya sahip olduğu bir malvarlığı hakkını devreden kişi de, hakkı tam olarak devrettiği için, alınacak kredinin sağlam olup olmadığını belirlemek için önceden daha özenli çalışmalar yapmaktadır.

2. Sakıncaları

1. Teminaten temlik, teminat alanın iflası halinde sakınca arz etmektedir. Sadece teminat amaçlı sahip olunan hak da iflas masasına dahil olduğundan, teminat amaçlı devredene bunu masadan alma hakkının tanınmaması inançlı teminat sözleşmelerinin en yetersiz kaldığı noktayı oluşturmakta ve pratik yararını azaltarak⁸ hak kaybına yol açmaktadır⁹. Diğer yandan

⁸ THEVENOZ, 304.

⁹ Bu sakıncayı giderecek yeni düzenlemeler hakkında teklifler için bak. THEVENOZ, 313. Yazar inançlı teminat sözleşmesi ile sahip olunan hakların ayrı bir malvarlığı grubu oluşturmasını, bunu sağlamak için yapılacak bir düzenleme ile inanılanın, hakka hukuki olarak sahip olmakla birlikte ekonomik olarak sahip olmamasının hükme bağlanmasını önermektedir. Bu bağlamda bu hak grubu miras hukuku veya eşler arasındaki mal rejimi ve icra yolu ile takiplere konu olmayacaktır. BK. m. 393/2 üçüncü kişilerden kazanılan hak ve alacakları ayırma hakkı vermekte, ancak müvekkil tarafından vekile devredilen haklar için vermemektedir. Buna rağmen Federal Mahkeme kararlarında eğer inanana ait bir miktar para inanılanın malvarlığında ayırdedilir şekilde bulunmakta ise art. 401 CO (BK. m. 393/2) uygulanarak bunun

gelecekteki alacakların temlikinde de iflastan önce temlik yapılmakla birlikte iflastan sonra doğmuş alacağın iflas masasına dahil olması da bir diğer sakıncadır¹⁰.

2. Alacağın ikinci kere temlik edilmesi halinde iyi niyetin korunmaması bir diğer sakıncayı oluşturmaktadır.

3. Temlik edilen hakkı doğuran sözleşmede temlik yasağı varsa teminat alan için sakıncalar doğmaktadır.

4. Gelecekteki alacağın temlikinde kredi önceden verilip, alacak sonra doğduğu için kredinin geri alınamaması riski doğabilmektedir.

5. Alacağı temlik edenin kural olarak borçlunun aczinden sorumlu olmaması bir diğer sakıncadır.

6. Taraflar alacak temlikinden borçlunun başlangıçta haberdar edilmemesini kararlaştırmışlarsa, iyi niyetli borçlunun ödemesinin borcu sona erdirmesi teminat alan için sakıncalar yaratmaktadır.

Açıklanan sakıncaların giderilmesi inançlı teminat sözleşmelerinin uygulanma alanını genişleteceği gibi bu sözleşmelerin uygulanması halinde ortaya çıkan problemleri de azaltacaktır.

II. Teminat Amaçlı (İnançlı) Alacak Temliki

A. Tanım

Teminat amaçlı temlik, bir kimsenin (inananın) bir başka kimseye (inanılana) sahibi olduğu bir alacak hakkını veya devri mümkün bir başka hakkı, ona karşı olan borcunu teminat altına almak amacıyla devrettiği ve devralan inananın da bu hakkı teminat amacının sınırları içinde kullanmayı, devreden

alınabileceği belirtilmektedir, ATF 102 III 103; 102 II 297, fakat bu hak alacağın teminaten temlikinde uygulanmamaktadır, bak. THEVENOZ, 315.

¹⁰ Bak ilerde III, B.

inanan veya üçüncü kişiye karşı yükümlendiği sözleşmedir¹¹.

Borçlu konumundaki inanan, alacaklı olan inanılana alacak hakkını, inananın üçüncü kişilere karşı tam hak sahibi olacağı şekilde devretmektedir. Yani alacak üzerindeki hakka tamamen inanılan sahip olmaktadır. Ancak bu alacak hakkı inanılana sözleşmede belirtilen sınırlara uygun kullanılmak ve alacak ödendiğinde tekrar hakkı devretmek yükümlülüğü ile geçmektedir. Bununla birlikte bu durum üçüncü kişilere karşı tam hak sahibi olmayı engellememektedir¹². Çünkü inançlı işlemlerde geçerli olan tam hak iktisabı gereği, bu iktisap üçüncü kişilere karşı hiçbir sınırlama olmaksızın etkili olacaktır.

Bu sözleşme ile teminat amaçlı olsa da alacak devredildiğinden, tam bir devrin hukuki sonuçları meydana gelir. Böylece hukuki görünüş olarak alacağı devralan kişi aslında bir rehin hakkı sahibinden daha kuvvetli bir durumda bulunduğundan, teminat olarak rehin alsaydı bulunacağı durumdan daha avantajlı bir hale gelmiş olmaktadır. Çünkü rehin hakkı sahibi, sadece sınırlı aynî hak sahibi olarak bu hakkın tanıdığı tasarruflarda bulunabileceken, alacağı garanti amaçlı devralan kişi her türlü tasarruf hakkına sahip görünmektedir¹³. Bu durumu ifade etmek için doktrinde inananın her istediğini yapmaya muktedir, ancak yetkili olmadığı belirtilmektedir¹⁴. Başka bir ifade ile inanılan kişinin sahip olduğu güç, sahip olduğu hakkı aşmaktadır.

¹¹ ÖZSUNAY, 58; KUNTALP, 283.; DE GOTTRAU, 221; STEINAUER, *Les Droits Réels*, Tome III, 2. Ed., Berne, 1996, N. 3047; FOEX, *Le contrat du gage mobilier*, Bale et Francfort 1997, N. 43; DE GOTTRAU, 176; J. M. RAPP, *La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses*, Droit et Pratique des Operations Fiduciaires en Suisse, Publications Cedi-dac, Lausanne, 1994, 33.

¹² Hatta mülkiyetin teminat amaçlı devredildiğini bilen üçüncü kişilere karşı bile inanılanın tam hak iktisabı geçerli olmaktadır, RAPP, 33, dn.36; STEINAUER, N. 3052; OKTAY ÖZDEMİR, 663.

¹³ ÖZSUNAY, 11; DE GOTTRAU, 176-177.

¹⁴ ÖZSUNAY, 1; KUNTALP, 283; ÖZKAYA, 12; DE GOTTRAU, 177; RAPP, 28; Aynı yönde JdT 1995 II 87-90.

B. Benzer İşlemlerden Ayırdedilmesi

1. Alacak rehni

Alacak rehni hak sahibine alacağı ödenmediği takdirde rehin hakkını icra vasıtasıyla paraya çevirerek alacağını alma hakkını vermektedir¹⁵. Rehin hakkı tesis edilmekle hak sahibi hakkının özünü kaybetmemekte, rehinli alacaklı sadece paraya çevirme yetkisini elde etmektedir. Medeni Kanun hak ve alacaklar üzerindeki rehin hakkını bir menkul rehni tipi olarak düzenlemiştir (MK. m. 954). Doktrinde hak ve alacak rehninde alacaklının bir aynî hak kazanıp kazanmadığı tartışmalı olmakla birlikte¹⁶ rehin hakkı sahibinin yetkisinin sadece alacağı icra vasıtasıyla paraya çevirmek olduğu kuşkusuzdur.

Teminaten alacak temlikinde ise, alacak daha baştan alacaklıya devredilmek suretiyle onun tasarrufuna konulmaktadır. Taraflar arasındaki inanç anlaşması devralan için, devredilen hakkı teminat amacı dışında kullanmama yükümlülüğü doğurmasına rağmen, üçüncü kişilere karşı tam hak iktisabı geçerli olduğundan, onlara karşı inanç anlaşmasından doğan bu yükümlülüğe aykırılığın ileri sürülmesi mümkün değildir.

Rehin hakkı alacaklıya alacağının ödenmemesi halinde mutlak surette rehini paraya çevirerek alacağını elde etme hakkı verirken, teminaten temlik durumunda taraflar alacağın ödenmemesi halinde teminatın nasıl işlev göreceğini anlaşma ile kararlaştırma hakkına sahiptirler. Rehin alınan malın mülkiyetine sahip olunacağına dair alacağın vadesi gelmeden başlangıçta yapılan anlaşmayı yasaklayan MK. m. 949 hükmü (MK. m. 954 gereği) (lex commissoria yasağı) teminaten temliklere de uygulanmaktadır¹⁷. Bu nedenle daha başlangıçta ala-

¹⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 1997, 787.

¹⁶ Hak ve alacak üzerinde aynî hak elde edildiği yönünde bak L. SİRMEN, *Alacak Rehni*, Ankara, 1990, 5 vd. Hak ve alacak üzerinde sahip olunan rehin hakkının bir menkul rehni tipi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen rehinli alacaklının aynî hak iktisap etmediği yönünde OĞUZMAN/SELİÇİ, 787.

¹⁷ ÖZSUNAY, 140; DE GOTTRAU, 231; İ. HELVACI, *Türk Medeni Kanununa Göre "lex commissoria" (Mürtehinin Merhunu Temellük Yasağı)*, İstan-

cağın ödenmemesi halinde hakka tamamen sahip olunacağı şeklinde anlaşma yapılamaz. Ancak alacaklı inanılan, vade geldikten sonra teminat olarak verilmiş alacağı kendisinde tutarak, alacak miktarı ile teminatın değeri arasındaki farkı inananana iade de edebilir. Böylece burada da teminaten temlik ifa uğruna temliğe dönüşmüş olur.

Teminaten temlik yapılırken, inanılan asıl alacağı, taraflar arasında aksine bir kararlaştırma yoksa teminat olarak verilen alacağı tahsil etmekte başarısız kalırsa veya teminat olarak verilmiş alacağı tekrar inananana devrederse takip edebilecektir¹⁸.

2. İfa yerine edim ve ifa uğruna temlik

Borcun konusundan başka bir edimde bulunulurken, asıl alacağın teminat altına alınması değil de, asıl alacağın ifası hedeflenmişse tarafların anlaşmasına göre ya ifa yerine edim ya da ifa uğruna edim söz konusudur¹⁹. Burada söz konusu olan, ifa yerini tutan işlemlerdir. İfa yerine edim işlemi ile alacaklıya borcun konusu olan şeyden başka şey verilmek suretiyle borç sona erdirilirken, ifa uğruna temlikte alacaklıya verilen şey paraya çevrilmek suretiyle borç sona erdirilmektedir²⁰.

bul, 1997, 123; B.FOEX, *Le contrat du gage*, N. 39, dn. 107; STEINAUER, N. 3054 a.; SEROZAN, 1004.

¹⁸ Belirtelim ki teminaten temlikte alacak hakkına tamamen sahip olan inanılan rehin hakkında olduğu gibi önce rehnin (teminatın) paraya çevrilmesi yoluna gitmek zorunda değildir (İİK. M. 45). Ancak alacaklı teminat olarak kendisine bırakılan alacağı alma imkanına sahip olduğu anda teminaten temlik, ifa uğruna edime dönüşmekte ve bu nedenle teminatı değil de asıl alacağı takip eden inanılana karşı inanan teminat olarak verilen alacak miktarınca borcundan kurtulduğunu itiraz olarak ileri sürebilmektedir, DE GOTTRAU, 231; STEINAUER, N. 3059; JdT 1981 II 52, ATF 55 III 80. Aksi fikir, ENGİN, *İfa Uğruna Edim*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı; İstanbul, 1999, 850. Ayrıca bak. KUNTALP, 297 vd, Yazar gerek İsviçre gerek Türk Hukukunda İİK. m. 45'in aksine sözleşme yapılabileceği yani hükmün emredici olmadığını kabul edildiğini belirtmektedir.

¹⁹ ENGİN, *İfa Uğruna Edim*, 847.

²⁰ ENGİN, *İfa Uğruna Edim*, 843 (Yazar ifa uğruna edimde, borcun sona ermesinin paraya çevirmeye bağlı olduğundan hareketle burada bir ifa

Görüldüğü gibi gerek ifa yerine edim gerekse ifa uğruna edimde ifa işlemleri söz konusu iken, teminat amaçlı temlikte başlangıçtaki amaç ifa değil, teminat sağlamaktır. İfa uğruna edim, bir ifa teşebbüsü olarak alacaklıya borçlunun yerine getirdiği edimi paraya çevirme yükümlülüğü yüklerken ve borç ancak paraya çevirme ile sona ererken, teminat amaçlı temlikte tarafların ilk hedefi paraya çevirerek asıl borcun ödenmesi değil, sadece asıl borcu teminat altına almaktır. Teminat amaçlı temlikte de paraya çevirme söz konusu olabilir, hatta asıl alacak ödenmiyorsa bu bir yükümlülük olarak doğabilir²¹, fakat tarafların ilk hedefi değildir.

Alacaklı borcun ödenmediği safha içinde söz konusu alacağa teminat amaçlı olarak sahip olur. Bu safhada ne ifa yerine edim, ne de ifa uğruna edim söz konusudur. Asıl borcun ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen ödenmemiş olması şartı gerçekleştiğinde, teminat amaçlı temlik, ifa uğruna edim konusu olan alacağa dönüşür ve tahsil edildiği ölçüde ifa uğruna edim gerçekleşir. Eğer alacak inanan ile inanılanın aralarındaki anlaşma gereği aradaki değer farkı ödenerek, kesin olarak inanılanın mülkiyetinde kalmaya devam ederse, burada bir ifa yerine edim mi yoksa ifa uğruna edim mi olduğu düşünülme gerekir. Değer farkının ödenmesi burada ifa uğruna edim karakterini baskın çıkarmaktadır. İfa uğruna edim geciktirici şarta bağlı olarak baştan itibaren kararlaştırılmıştır. Şartın gerçekleşmesi ile hükümlerini doğurur.

Eğer asıl alacak ödenmediği için (taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece) teminaten temlik ifa uğruna temlik konusu alacağa dönüşürse inanılan artık asıl alacağı değil, teminat olarak verilen alacağı takip edecektir. Alacak tahsil edildiği ölçüde de ifa uğruna edim gerçekleşmiş olur. Bu alacağın alınmaması veya teminat olarak alınan alacağın tekrar borçluya

teşebbüsü söz konusu olduğunu, paraya çevirmenin başarılı olduğu ölçüde o ana kadar devam etmekte olan asıl borcun sona ermiş sayılacağını belirtmektedir).

21 DE GOTTRAU, 23; Aksi fikir ENGİN, *İfa Uğruna Edim*, 849. (Yazar teminaten temliğe rağmen asıl borçluya paraya çevirme borcunun yüklenemeyeceğini ve alacaklının asıl borcun ifasını istemeye devam edeceğini kabul etmektedir).

devri halinde asıl alacağın takibi mümkün olacaktır²².

C. Hukuki Niteliği

Hukukun genel ilkelerine uygun olmak şartıyla geçerliliği kabul edilen teminat amaçlı temlik sözleşmeleri²³ isimsiz sözleşme olarak kabul edilmekte ve hukuk hayatında yerini almaktadır. İsimsiz sözleşme türleri içinde sui generis nitelikli bir sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir²⁴. Genel olarak sözleşme özgürlüğünü sınırlayan her hal teminaten temlik sözleşmesinin de geçersiz olmasını doğuracaktır. Örneğin BK. m. 19, 20 ve MK. m. 23 hükümlerine aykırılık gibi. Bu hükümler özellikle gelecekteki alacakların toptan temlik bakımından özellik arz etmektedir ki, bu konuyu aşağıda ele alacağız.

D. Konusu

1. Genel olarak

Borçlar Kanunumuza göre temlik edilebilirlik alacak kavramı ile sınırlanmıştır²⁵. Bu bağlamda temlike konu olan hakların, malvarlığı hakları grubuna giren alacak hakları olduğunu belirtmeliyiz²⁶. Alacak niteliği taşımayan hakların devri, alacağın temlik yolu ile mümkün değildir.

²² Bak dn. 17.

²³ KUNTALP, 282.

²⁴ ÖZSUNAY, 121 vd; DE GOTTRAU, 179-222; STEINAUER, N. 3057; ZOBL, Berner Kommentar, IV/2/5/1, N. 1508; RAPP, 37.

²⁵ Borçlar Kanunundaki alacak temlik ile ilgili BK. m. 162-172 hükümleri sadece alacak temliklerine ilişkin olmakla birlikte, devredilecek hakla ilgili özel bir düzenleme bulunmaması şartıyla doktrinde diğer hakların devrinde de kıyas yolu ile bu hükümlerin uygulanacağı kabul görmektedir. Ancak eğer özel bir düzenleme var ise bu düzenleme uygulanacaktır. Kıymetli evraka ilişkin düzenlemeler örnek olarak verilebilir. Bu konuda açıklama için bak. ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Tez, İstanbul, 1999, 28 vd.

²⁶ Alacak hakkı kavramı için bak. ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 6 vd.; Ayrıca temlike konu olabilecek alacak hakları için bak. 27 vd.

Aynî haklar kendilerine tabi usule göre devredildiklerinden bunların teminat amaçlı mülkiyet devrine konu olmaları mümkünken, alacağın temlik yoluyla hak devrine konu olmaları mümkün değildir²⁷. Yenilik doğuran hakların da kural olarak alacağın temlik ile devirleri mümkün olmadığından teminat amaçlı devirlere konu olamayacaklardır²⁸. Bu bağlamda aile hukukundan ve miras hukukundan doğan bir kısım hakların sıkı şekilde kişiye bağlı hak olmaları nedeniyle devredilememeleri, sözkonusu hakların inançlı olarak temliklerini de önler²⁹.

Diğer yandan konumuz rehin hükümlerinin kıyasen uygulanması gereken³⁰ teminat amaçlı temlik olduğundan, teminaten temlikin konusunun üzerinde rehin hakkı kurulabilecek bir hak olması da aranacaktır. Bu çerçevede, üzerinde rehin hakkı tesisi edilebilecek hak ve alacaklar, bağımsız olarak temlike elverişli olan ve para ile değerlendirilmesi mümkün olan alacaklardır (MK. m. 954). Çünkü ancak bu nitelikteki hak ve alacakların paraya çevrilebilmeleri mümkün olduğundan, teminat alacaklısının alacağını tahsil edebilmesine imkân verecek bir teminat teşkil edebilir³¹. Sözleşme veya hukuki ilişkinin niteliği gereği bağımsız olarak temlike elverişli olmayan veya paraya çevrilmesi mümkün olmayan hak ve alacakların teminaten temlikin konusunu oluşturmaları söz konusu olamaz.

Teminat amaçlı temlik, temlik mümkün ve parasal değer taşıyan bütün alacak hakları için yapılabilir. Çoğunlukla olduğu gibi, konusu bir para alacağı olabileceği gibi konusu para olmayan, fakat devri mümkün olan başka bir hak da olabilir³². Fikri mülkiyetten doğan maddi haklar, sigorta poliçesine bağlı haklar inançlı mülkiyet devrinin konusunu oluşturabilirler.

27 OĞUZMAN/ÖZ, 893; ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 22 vd., 28.

28 OĞUZMAN/ÖZ, 893; ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 28.

29 ÖZSUNAY, 102; ÖZKAYA, 12.

30 Bak. aşağıda F.

31 OĞUZMAN/SELİÇİ, 788.

32 ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 27 vd.; DE GOTTRAU, 225; ZOBL, N. 1573-1576.

Ancak her hangi bir hakkın temliki kanun tarafından yasaklanmışsa veya hakkın niteliği temlike elverişli değilse bu durumda teminat amaçlı temliğin yapılması da mümkün olmayacaktır. Bunun dışında vadeye veya şarta bağlı olan alacakların da teminat amaçlı temliğe elverişli olduğunu söyleyebiliriz³³.

Diğer yandan temlik eden, temlik alanın borçlu olduğu bir alacağı da devredemez. Çünkü Borçlar Kanunumuzun 116. madde hükmüne göre alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borcun sona erme sebeplerinden birisidir. Bu nedenle banka uygulamasında bir çok kuruluşun bankanın borçlusu olduğu müşteri alacağını teminat olarak temlik edemediği ancak bu alacakların rehin hakkının bankaya verildiği belirtilmektedir³⁴.

Burada düşünülmesi gereken husus gelecekteki alacakların temlikinin mümkün olup olmadığı ve toptan alacak temlikinin geçerliliğidir. Konunun önemi nedeniyle (III) altında ayrı ele alacağız

2. İnanılanın borçlusu olduğu alacağın temliki

Burada değinilmesi gereken bir husus da inanılanın kendisinin borçlusu olduğu bir alacağı teminaten temlik yolu ile devralamamasıdır. Bu ihtimalde alacaklı ve borçlu sıfatları birleştiği için borcun sona erme sonucu (BK. m. 116) kendiliğinden doğacaktır. Örneğin banka müşterisi, bankadan alacaklı olduğu bir alacağı bankaya devrettiğinde (teminat amaçlı olsa bile) alacaklı ve borçlu sıfatları aynı şahısta birleşmektedir. O nedenle bir banka müşterisinin kendisinden olan alacaklarını teminat amaçlı olarak temlik yolu ile devralamamaktadır. Bu sonucu engellemek için yapılacak şey alacak üzerinde rehin kurmak, ama alacağı temlik almamaktır. Söz konusu sebep nedeniyle uygulamada bankaların, müşterilerin bankadan

³³ DE GOTTRAU, 223; ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 28.

³⁴ DE GOTTRAU, 224.

olan alacakları üzerinde müşteriden olan kendi alacaklarının teminatı olmak üzere rehin kurdukları görülmektedir³⁵.

Kıymetli evraka bağlanmış haklarda kanun gereği aynı sonuçlar meydana gelmediği için kıymetli evraka bağlanmış bir alacağın alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi tehlikesi olmaksızın teminaten temlik mümkün olacaktır.

E. Unsurları

İnançlı işlemlerdeki genel eğilime göre esaslı unsurları ikiye ayırarak incelemek mümkündür. İnançlı işlem ve hakkın devrini gerçekleştiren tasarrufi işlem.

1. İnanç anlaşması

İnanan ile inanılanın iç ilişkilerini ilgilendiren ve inanana söz konusu hakkı sadece teminat amaçlı kullanma yükümlülüğü doğuran inanç anlaşmasıdır. İnanç anlaşması inanılanın tam hak sahibi olmasına engel olmadığı gibi, üçüncü kişilerle ilişkilerinde de etkili değildir³⁶.

Bu anlaşmanın yüklediği borç, inanılanın devraldığı hakkı teminat amacının ötesine giden bir amaçla kullanmamasıdır. İnanç anlaşması alacağın temlikinin sebebini teşkil etmektedir. Yazılı şekilde yapılması gerekli değildir.

Bu anlaşma alacağın temlikinin teminat amaçlı olmasının sebebi olduğu için, bu anlaşmaya hakkın rehnedilmesine ilişkin hükümlerin direkt olmasa da kıyas yolu ile uygulanması

³⁵ DE GOTTRAU, 223, yazar uygulamada bankaların sıklıkla genel işlem şartlarına koydukları hükümlerle aynı sözleşme içinde alacakların rehin edildiğine ilişkin bir hüküm koyduklarını ve ayrıca bu sözleşmede müşterinin bankaya karşı olan her türlü hak iddiasının da rehin edildiğini ve ayrıca müşterinin üçüncü kişilerde olan alacaklarının ve diğer hakların da teminat amaçlı olarak bankaya devredildiğini hükme bağladıklarını belirtmektedir.

³⁶ RAPP, 28, 33, dn.36; STEINAUER, N. 3052; OKTAY ÖZDEMİR, 663.

gerekir³⁷. Bu bağlamda MK. m. 954, 955 ve m. 954'de yapılan atıf gereğince de MK. m. 942, m. 944, m. 949 kıyas yolu ile uygulanacak hükümleri içermektedir.

2. Temlik

İkinci unsur ise tasarrufi işlemdir. İnanç anlaşmasının bir tasarrufi işlemle tamamlanması gerekir. Böylece inanılana temlik edilen hakkın geçirilmesi mümkün kılınmış olur.

Teminaten temlik, tam hak sağlayan bir işlem olduğundan inanılanın malvarlığında teminat amaçlı temlikle ayrı bir malvarlığı kategorisi oluşmamakta, tam olarak tasarruf edebileceği bir malvarlığı kazanımı olmaktadır³⁸.

En çok alacak hakkının devredilmesi söz konusu olduğundan teminat amaçlı alacağın temliki sözleşmesi de BK. m. 161 vd. da belirtilen hükümlere göre yapılmaktadır. Eğer alacak bir kıymetli evraka veya senede bağlanmışsa, bunların devri halinde aranılan diğer şartların da gerçekleştirilmesi ile mümkün olur (TK. m. 559). Örneğin nama yazılı bir senede bağlanmış alacak varsa veya sigorta poliçesinden doğan bir alacak söz konusu ise hem yazılı devir beyanı hem de senedin veya poliçenin teslimini gerektirir (TK. m. 559; MK. m. 955 ve BK. m. 168).

F. Uygulanacak Hükümler

Temlik sözleşmesi yazılı olmak gerekir (BK. m. 163). BK. m. 17 ve m. 163/2 göz önüne alındığında temlikin geçerli olması için temlik edenin hak üzerinde tasarruf yetkisinin olması aranır.

Teminat amaçlı temlik de bir temlik olduğundan, normal temlike ilişkin kurallara tabi olacaktır. İnanan ile inanılan arasındaki bu anlaşmanın borçlu dahil üçüncü kişilere karşı ayrı

³⁷ DE GOTTRAU, 226; DAYINARLI, 97.

³⁸ RAPP, 28.

bir özelliği bulunmamaktadır³⁹.

Bir alacak hakkının teminat amacıyla devri tasarrufi işlem olmasına rağmen, kanuni bir engel olmadığından geciktirici veya bozucu şarta bağlı kılınabilir.

Borçlunun temlikin geçerli olması için temlikten haberi olması gerekmezse de, iyi niyetli borçlunun temlik edene ödeme ile borcundan kurtulması mümkün olduğundan (BK. m. 165) bunun ihbarı temlik alan bakımından tedbirli davranış olur⁴⁰.

İnanan ile inanılanın temlik sözleşmesine temlikin borçluya haber verilmemesi yönünde hüküm koymaları halinde, kural olarak bu durum temlikin geçerliliğini etkilememektedir. Ancak bu anlaşmada alacağı devralan kişinin her zaman borçluya haber verme olanağının mahfuz tutulması gerekir. Eğer devralanın her zaman değil de, bazı şartların gerçekleşmesi halinde borçluya haber vereceği yönünde bir anlaşma yapılmışsa bu durumun temliki şarta bağlı hale getirip getiremeyeceği düşünülebilir⁴¹. Kanımızca borçluya bazı şartların gerçekleşmesi halinde haber verilme hakkının tanınması temliki şarta bağlı kılmamalıdır⁴².

Eğer alacağı devralan inanılan, alacağı devraldığını borçluya haber verme hakkından geri dönülemez şekilde ve kesin olarak vazgeçmişse, bu halde alacağın üzerinde hak sahibi olmayı gerektiren esaslı unsurun bulunmaması nedeniyle temlik sözleşmesi hükümsüz olacaktır⁴³.

Alacağın ödenmemesi halinde teminatın ne şekilde işlevini

³⁹ DAYINARLI, 97. Bu bağlamda BK. m. 393'ün teminaten temliklerde uygulanmayacağı genel kabul görmektedir; RAPP, 39; STEINAUER, N. 3054 C.; ZOBL; N. 1376; 1470.

⁴⁰ DE GOTTRAU, 227. Yazar uygulamada inanan ve inanılanın, temlik eden inananın ticari çıkarları açısından temlikin borçluya haber verilmemesi yönünde anlaştıklarını belirtmektedir. Bu durumda borçlu, temlik eden inanana ödemede bulunarak borcundan kurtulabilmektedir.

⁴¹ Temlikin şarta bağlı olacağı yönünde ZOBL, N. 1587

⁴² Bu yönde anlaşılabilir şekilde DE GOTTRAU, 228.

⁴³ DE GOTTRAU, 228.

yerine getireceği inanç anlaşmasında esas olarak kararlaştırılır. Ancak belirtelim ki, temliğin teminat amaçlı olması burada rehin hükümlerinin de kıyas yolu ile de olsa uygulanmasını gerektirmektedir⁴⁴. MK. m. 954, 955 ve m. 954'de yapılan atıf gereğince de MK. m. 942, m. 944, m. 949 kıyas yolu ile uygulanacak hükümleri içermektedir. Ancak hak rehni durumunda hakkın icra dairesi vasıtasıyla paraya çevrilmesi gerekirken, aradaki anlaşmaya göre teminaten temlikte inanılan alacağı doğrudan doğruya tahsil edebilir. Fakat belirtmek gerekir ki, tarafların alacağın ödenmemesi halinde teminat olarak devredilen hakkın tamamen geçeceğine ilişkin anlaşmaları lex commisoriana yasağına gireceği için geçerli olmayacaktır (MK. m. 949)⁴⁵.

Alacak ödenmediği takdirde durumun ne olacağı teminatın para veya başka bir hak olup olmamasına göre ayrı incelenecektir.

Teminat olarak para tahsis edilmişse taraflar inanç anlaşmasında alacak ödenmediği takdirde takip edilecek yolu açık olarak kararlaştırabilirler. Eğer inanç anlaşmasında böyle bir açıklık bulunmuyor ise ve asıl alacak da vade geldiği halde ödenmemiş ise, inanılanın borçluya başvurarak asıl alacağın kendisine ödenmesini talep edemeyeceği, asıl alacağı isteme hakkının ancak teminat olarak devredilen alacağın alınmaması veya bu alacağın tekrar borçluya devredilmesi halinde mümkün olacağı kabul edilmektedir⁴⁶. Çünkü teminaten temlik yapıldığı anda, bu temlik aynı zamanda şarta bağlı bir ifa uğruna edim teşkil ettiğinden inanan, asıl borca karşı yapılan takibe bu şekilde itiraz etme hakkını haiz olacaktır⁴⁷.

⁴⁴ RAPP, 38; STEINAUER; N. 3054; DE GOTTRAU, 226; DAYINLARLI, 98.

⁴⁵ HELVACI, 123; DE GOTTRAU, 230.

⁴⁶ DE GOTTRAU, 231; STEINAUER, N. 3059; JdT 1981 II 52, ATF 55 III 80.

⁴⁷ Bak. dn. 17. Aksi fikir ENGİN, *İfa Uğruna Edim*, 849 vd. Yazar teminaten temlikle ifa uğruna temlikin ayırım noktasının, ifa uğruna temlikte ilk amacın paraya çevirme, teminaten temlikte ise son amacın paraya çevirme olduğundan hareketle, teminaten temlikte inanılanın teminat olarak verilen alacağa başvurmaksızın, asıl alacağı takip etme hakkının her zaman var olduğunu savunmaktadır.

O halde inanılan, şart gerçekleştiğinde önce teminat olarak devredilen alacağı takip edecek, fakat takip semeresiz kalırsa esas alacağı takip edecektir. İnanılan, kendisine teminat olarak devredilen alacağı inanana devrederek asıl alacağı takip etme hakkını da kullanabilecektir. Taraflar, inanç sözleşmesinde alacak ödenmediği takdirde teminat olarak devredilen alacağın değil, asıl alacağın takip edileceğini açıkça kararlaştırmışlarsa, bu durumda inanılan devredilen alacağı takip etmesizin asıl alacağı takip edilebilir⁴⁸.

Asıl alacağın vadesi ile teminat olarak devredilen alacağın vadesi farklı ise ve teminat olarak devredilen alacak asıl alacaktan önce muaccel hale gelmişse, inanılan asıl alacağın ödenip ödenmeyeceği belli olmamasına rağmen teminat verilen alacağı talep edecektir. Bu arada asıl alacağın vadesi gelmediği için elde ettiği para üzerinde bir rehin hakkına sahip olacağını kabul etmek gerekir⁴⁹.

Teminat olarak devredilen alacak asıl alacağın miktarından fazla ise kural olarak fazla olan miktar iade edilecektir. Teminat olarak devredilen alacağın elde edilmesi ile birlikte teminat verilen alacak ifa uğruna edime dönüşmüş olur ve eğer asıl alacağın miktarını aşan bir para elde edilmişse bu fazlalık iade edilir. Bu nedenle asıl alacağın borçlusu bu andan itibaren kendisine yöneltilen taleplere karşı alacağın teminat olarak devredilen asıl alacak miktarınca sona erdiği itirazını yöneltebilecektir⁵⁰. Eğer asıl alacağın vadesi geldikten sonra taraflar arasında teminat olarak devredilen alacağın tamamen inanılanına ait olacağı yönünde anlaşmaya varılmışsa, bu halde ifa yerine edim anlaşmasının yapıldığı kabul edilmek gerekir. Söz konusu durumda teminat verilen alacağın miktarının asıl alacaktan çok veya az olmasının da önemi kalmayacak ve yapılan bu anlaşma ile asıl alacak hakkı tükenmiş olacaktır.

Teminat verilen alacak asıl alacak miktarını karşılamazsa, bu durumda asıl alacağın kalan kısmı üzerinde talep hakkı de-

48 DE GOTTRAU, 230.

49 DE GOTTRAU, 230; STEINAUER, N. 3059.

50 DE GOTTRAU, 231, dn. 185.

vam edecektir. Burada bir kısmi ödeme değil,⁵¹ fakat teminatın yetersiz kalması durumu vardır. Asıl alacağın elde edilmeyen kısmı üzerinde bütün haklar devam eder.

Asıl alacak miktarını karşılamayan ve teminat olarak devredilen alacaktan yapılan ödemenin alacaklı tarafından reddedilme hakkı, aksine bir anlaşma bulunmadıkça yoktur. Çünkü burada bir alacağın doğrudan ifası değil⁵² teminattan karşılanması söz konusudur.

Asıl alacak her hangi bir şekilde ödenmiş olursa inanılanın teminaten devredilen alacağı tekrar inanana devretmesi gerekecektir.

Diğer hakların teminat işlevini nasıl yerine getireceği konusunda hakkın niteliğine göre karar verilir. Para alacağı olmadığı için doğrudan talep hakkından daha ziyade, hakkın satılarak alacağın satım bedeli üzerinden karşılanması söz konusu olur. Asıl alacağın vadesi gelmeden önce asıl alacak ödenmediği takdirde bu alacağın kazanılacağına dair anlaşmalar MK. m. 949'da yer alan *lex commissoria* yasağı nedeniyle batıl olur. Asıl alacağın vadesi geldikten sonra o hakkın alacak yerine geçeceğine dair anlaşma yapılırsa bu durumda ifa yerine edim veya ifa uğruna edimin varlığı düşünülür. İfa uğruna edim iradesinin net anlaşılamayıp tereddüt edilmesi halinde ifa uğruna edim yönünde anlaşma yapıldığını kabul etmek gerekir⁵³.

Ayrıca belirtelim ki, asıl alacağın vadesi geldikten sonra, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, alacaklının asıl alacağı değil, teminatı takip etmesi gerekmektedir. Çünkü, teminat olarak verilen alacak ifa uğruna edim konusu alacak haline gelmiş olacaktır⁵⁴.

51 Çünkü kısmi ödemenin alacaklı tarafından kabulü zorunlu değildir.

52 Bu nedenle kısmi ifayı red hakkı kullanılamaz (BK. m. 68).

53 ENGİN; *İfa Uğruna Edim*, 847.

54 Bak. aşağıda dn. 55.

G. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

1. İnanılanın hak ve yükümlülükleri

Daha öncede belirttiğimiz gibi tam hak iktisabı teorisi uyarınca hakkın devredildiği inanan, devredilen alacağa tüm ferileri ve şahsa münhasır olanlar hariç olmak üzere tüm rüçhan hakları ile sahip olur (BK. m. 168). Bu bağlamda alacağa ait teminatlar ve faizler de alacağı devralan inanılana geçer.

İnanılanın alacak üzerinde yapılabilecek her türlü işlemi yapma hakkı vardır. Ancak inananla yaptığı inanç anlaşması ona devredilen bu alacağı teminat amacı ile sınırlı kullanma borcunu yüklemektedir. Bu nedenle bu alacağı devretme hakkına veya üzerinde rehin kurma hakkına sahip olup olmayacağı düşünülmek gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi rehin hükümleri kıyas yolu ile uygulanacağından⁵⁵, bu hükümler gereği inanan, alacak nedeniyle sahip olduğu menfaatleri asıl alacaktan indirmek ve kendi alacağı ödendiğinde sahip olduğu bu alacağı devretmek zorundadır. MK. m. 954 haklar üzerindeki rehinlere menkul rehni hükümlerinin uygulanmasını emrettiğinden MK. m. 944 ve 946 hükümleri kıyas yolu ile uygulama alanı bulacaktır. Asıl alacak ödenmediği takdirde inanan teminat verilen alacaktan alacağını karşılamak zorundadır. Nasıl teminat altına alınan alacak ödenmediği takdirde rehin alan kişi bunu paraya çevirmek zorunda olup (MK. m. 873, m. 946), bu paradan alacağını karşılamak zorunda ise, teminaten temlikte de alacak ödenmediği takdirde teminat alınan alacağın tahsil edilerek asıl alacak miktarından fazlasının iadesi yoluna gidilecektir⁵⁶. Eğer alacaklı ile özel bir anlaşma yapılmadı ise borç vadesi gelmiş olmasına rağmen ödenmemişse, alacaklı teminattan alacağını takip yerine asıl borcun ödenmesini takip edebilir mi? Kanımızca burada bir rehin hakkı söz konusu olmayıp, alacağa tamamen sahip olunduğu için, inanan İcra İflas Kanununun 45. maddesindeki rehnin paraya çevrilmesine ilişkin itirazı yöneltemese de, teminaten verilen alacağın şarta bağlı bir ifa uğruna edim olduğu, dolayısıyla asıl alacak

55 DAYINLARLI, 98.

56 ÖZSUNAY, 141; DAYINLARLI, 97.

ödenmediği takdirde ifa uğruna edim şartlarının gerçekleştiği itirazını yöneltebilir⁵⁷.

İnanılanın asıl borcu takip etmesi teminat olarak devredilen alacağın alınamaması veya alacağın tekrar inananına devredilmesi halinde mümkün olur⁵⁸.

2. İnananın hak ve yükümlülükleri

İnanan teminat olarak devrettiği hak üzerinde bütün yetkilerini kaybeder ve bu alacak üzerinde tasarruf edemez. İkinci kez alacağı devretmesi halinde bu devir geçersiz olacaktır. Çünkü ilk devirle birlikte alacak üzerindeki hak sahipliği sona ermiştir. İkinci devralan kişinin iyi niyetli olması da bu sonucu değiştirmez. Diğer yandan borçluya durumun bildirilmiş olmasının da önemi yoktur. Hatta ilk temlik borçluya bildirilmemiş, ikinci temlik bildirilmiş olsa dahi sonuç değişmez⁵⁹. Çünkü hak devri ile birlikte devir hükümlerini ifa edecektir.

İnanan devir ettiği hakla ilgili olarak kendisine bir ödeme yapıldığı takdirde bunu inanılana devretmek zorundadır. Diğer yandan ivazlı temlik söz konusu olduğundan, BK. m. 169 gereği inanan alacağın temlik anında mevcudiyetini garanti etmiştir ve bundan doğan sorumluluğu üstlenmiş demektir. Eğer inanc anlaşmasında veya temlik anlaşmasında aksine hüküm yoksa borçlunun aczinden sorumluluğu bulunmamaktadır. Özellikle bankaların inanc anlaşmasına koydukları hükümlerle durumlarını kuvvetlendirdiklerini, örneğin borçlunun aczinden inananın sorumlu olacağına dair hüküm koyduklarını hatırlatalım.

⁵⁷ Alacaklı teminat olarak kendisine bırakılan alacağı alma imkanına sahip olduğu anda teminaten temlik, ifa uğruna edime dönüştüğünden, teminatı değil de asıl alacağı takip eden inanılana karşı inanan teminat olarak verilen alacak miktarınca borcundan kurtulduğunu itiraz olarak ileri sürebilir, DE GOTTRAU, 231, dn. 185; STEINAUER, N. 3059, JdT 1981 II 52, ATF 55 III 80. Aksi fikir, ENGİN, *İfa Uğruna Edim*, 850.

⁵⁸ DE GOTTRAU, 231; STEINAUER, N. 3059, JdT 1981 II 52, ATF 55 III 80.

⁵⁹ Borçlu iyi niyetli olarak ikinci devralana ödemedede bulunursa teminat amaçlı temlik sahibi inanan buna karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkını kullanacaktır, bak. DE GOTTRAU, 232, dn. 189.

III. Gelecekteki Alacakların Teminaten Temlik ve Toptan Temlik

A. Geçerlilik Şartları

1. Genel olarak

Gelecekteki alacakların temlik kuralı olarak mümkündür. Gelecekteki alacak devri iki anlamda kullanılmaktadır. İlk olarak, gelecekteki alacak kavramı doğmuş bir hukuki ilişkiye dayanan ama henüz doğmamış alacak (örneğin, kurulmuş kira sözleşmesine ilişkin gelecekteki kiralar), ikinci olarak, henüz var olmayan bir hukuki ilişkiden doğacağı ümit edilen alacak (kiraya verilecek işletmeye ait kira gelirleri) anlamında kullanılmaktadır⁶⁰. Doktrinde her iki tür gelecekteki alacağın temlike konu olabileceği kabul edilmektedir⁶¹. İsviçre Federal Mahkemesinin son kararları istikrarlı şekilde gelecekteki alacakların temlikinin bir ayırımı tabi tutulmaksızın kabul edilmesi yönündedir⁶². Ancak burada iki tane ek şart koymak gerekmektedir. İlki gelecekteki alacağı doğuran hukuki ilişkinin ve bu alacağın borçlusunun yeteri kadar belirlenmiş veya belirlenebilecek nitelikte olmasıdır. Diğeri ise alacağın temlikinde esaslı unsur olarak, gelecekte devredilen alacağın miktarının da belirlenmiş veya belirlenebilecek nitelikte olması şartıdır⁶³. An-

⁶⁰ ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 31.

⁶¹ ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* 32. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, 248; F. EREN, *Borçlar Hukuku- Genel Hükümler C. II*, İstanbul 1999, 1223; DE GOTTRAU, 221-222; Karş. OĞUZMAN/ÖZ, 901 vd. (yazarlar sadece mevcut hukuki ilişkiden doğan alacak temliklerini beklenen hak temlik olarak geçerli saymaktadırlar. Mevcut olmayan hukuki ilişkiden doğan alacaklarda ise, temlikin yapıldığı an tasarrufi işlemin konusunun bulunmaması nedeniyle geçersiz kalacağını kabul etmektedirler). Alman Hukukunda gelecekteki alacağın temlikini ayırım yapmaksızın kabul eden yazarlar için bak. ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 32, dn. 80.

⁶² İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1891'lerden itibaren gelecekteki alacakların devrini kabul ettiği yönünde bak, THEVENOZ, 307. Bak. ATF 57 II 483; JdT 1988 I 379= ATF 113 II 163.

⁶³ DE GOTTRAU, 223-224; OĞUZMAN/ÖZ, 901; DAYINLARLI, 113 vd. Aynı yönde JdT 1981 I 2; JdT 1987 I 162, JdT 1959 I 198; Y. 4. HD.,

çak alacağın miktarının alacağın doğumu anında mı, yoksa temlik anında mı belirli olmasının aranacağı tartışmalıdır.

Bir kısım yazarlar alacağın temlikinin bir tasarruf işlemi olduğundan hareketle, tasarruf işleminin konusunun bu işlemin yapıldığı sırada belli olmasının şart olduğunu ve bu işlemde açık olarak alacağın miktarının, borçlusunun ve hukuki sebebinin yer alması gerektiğini savunmaktadırlar⁶⁴. Bu yazarlara göre alacağın doğumu anında belirlenmiş olması, önceden yapılan tasarruf işleminin geçersiz olması sonucunu değiştirmemektedir.

Diğer bir görüş ise temlik anında belirlenebilir olan alacağın miktarının alacağın doğumu anında belirli olmasının yeterli olacağı yönündedir⁶⁵. Bu görüş İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul görmektedir⁶⁶.

Gelecekteki alacaklar tek bir borçluya karşı sahip olunan

8.12.1976, 2040/10645 sayılı Kararında, "Borçlar Yasasında yer alan genel kurallara göre doğmuş veya doğmamış bir hak ve alacağın temlikinin mümkün olduğu ancak özel bir Yasa hükmü veya taraflar arasında yapılmış bir anlaşmanın temliki yasaklayabileceği belirtilmektedir (YKD, 1976, S. 1; 29 vd.).

64 E. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1988, 544; W. WIEGAND, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJW 116 (1980), 560 vd; THEVENOZ, s.309, (yazar rehin hukukunda belirlilik ilkesinin hakim olmasına karşın, alacak temlikinde garanti verilen alacakların çok geniş ifadelerle bütün alacakları kapsar şekilde olmasının paradoksal ve tatminden uzak bir tablo ortaya çıkardığını belirtmektedir, 310. Yazara göre yenilenerek banka ile ilişkinin devam ettiği süre için devamlı hale getirilen bu tür temliklerle İcra Hukukunun öngörmediği şekilde imtiyazlı alacaklıların yaratılması mümkün olmaktadır, s. 309).

65 Doktrinde bu görüşü savunan yazarlar için bak. DE GOTTRAU, 244, dn. 226; ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 33; DAYINLARLI, 38; F. ARAL, Topyekün Temlik, AÜHFD, C. 42 (1992-1994), Sayı. 1-4, 115.

66 İsviçre Federal Mahkemesi de alacağın temlik anında belirlenebilir olmasını yeterli görerek, gelecekteki alacakların devredilememesinin kredi alanında gelişmiş olan uygulama ile uyum içinde olmadığını belirtmiştir ATF 113 II 163= JdT 1988 I 379.

alacaklar olabileceği gibi, birden çok borçluya karşı sahip olunan alacaklar da olabilir.

Toptan temlik ise alacakların tek tek belirtilmesi suretiyle yapılan devir değil, bütün var olan ve/veya doğacak alacakların toplu olarak devredildiği bir temlik türüdür⁶⁷. Bu temlik de yine temlik borçlusunun imzalaması ile gerçekleşir. Genellikle bankalarla yapıldığından bankanın düzenlediği kredi sözleşmesinde alacakların toplu olarak temlik edildiğine ilişkin hükümler yer alır. Teminat amaçlı temlik olduğu için de, hem inanç anlaşması, hem de temlik sözleşmesi bu kredi sözleşmesinin içinde bulunmaktadır⁶⁸. Toptan temlik de birden çok borçludan olan alacağın temlikine ilişkin olabileceği gibi, aynı borçludan sahip olunacak birden çok alacaklar için de yapılabilir.

Toptan temlik de kural olarak geçerli sayılmaktadır⁶⁹. Ancak sözleşme serbestisinin sınırları burada önem taşımaktadır. MK. m. 23/2'ye aykırı olacak şekilde kişinin iktisadi özgürlüğünü yok eden toptan temlik sözleşmeleri geçerli kabul edilemez. Gerçekten de sahip olunacak bütün alacakların temlikini kişinin iktisadi özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olarak görmek gerekir⁷⁰. Bu nedenle eğer temlik sözleşmesinde, bir takım sınırlamalar yapılmak suretiyle toptan temlik kararlaştırılmışsa temlikin geçerli olabileceği kabul edilebilecekken, hiçbir sınırlama yapılmaksızın sahip olunacak tüm alacakların temlik edildiği yolundaki bir sözleşmenin geçerliliği MK. m. 23 ve BK. m. 19, m. 20 hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir⁷¹.

67 Geniş bilgi için bak. ARAL, 93 vd.

68 DE GOTTRAU, 240.

69 ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 33; DE GOTTRAU, 240.

70 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 1999, 127; ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 33 vd.; DAYINLARLI, 115; DE GOTTRAU, 240; ARAL, 123 vd.

71 Aşırı bağımlılık yaratması bakımından konu ve süre sınırı taşımayan sözleşmeler MK. m. 23/2'ye aykırı görülebilmektedir, E. BUCHER,

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında sınırlandırmanın belli bir borçlu çerçevesi veya belli borç kategorileri için yapılması geçerli sayılmaktadır⁷². Örneğin belli bir ürünün satımından doğan alacaklar veya belli bir firmanın müşterilerinden sahip olunan alacaklar geçerli olarak toptan temlike konu olabilmektedirler.

Zaman sınırlaması açık olarak olmasa bile sürenin alacağı devredenle devralanın ticari ilişkileri ile sınırlı olacağı zımni olarak kararlaştırılmış sayılabileceği de kabul edilmektedir⁷³.

O halde toptan temlikin geçerli olması için bu alacakları doğuran hukuki ilişkinin, o alacakların borçlusunun ve alacağın miktarının belirlenmiş veya belirlenebilir kılınarak bir sınırlandırmanın yapılmış olması aranmalıdır. Örneğin eğer alacaklar yeterli ayırımlar yapılarak zaman ve konu bakımından bir sınırlandırma ile temlik edilmişse, kişilik haklarına aykırılık bulunmazken, aksi davranış temlik sözleşmesinin hem kişilik haklarına (MK. m. 23), hem de genel ahlâka aykırılıktan geçersizliğini (BK. m. 20) doğurabilir. Bu bağlamda belli bir borçluya karşı belli hukuki ilişkiler çerçevesinde doğan belli miktardaki alacakların devredilmesi veya belli bir borçlu veya belirlenmiş borçlulardan belli tarihler arasında sahip olunacak alacakların geçerli olarak devrine olanak tanımak mümkün olurken, zaman ve konu belirlemesi yapmaksızın yapılan temlikler geçersiz olacaktır⁷⁴.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abt., Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern, 1993, N. 334 vd.

72 JdT 1988 I 379-380; 1987 I 162: Belirtelim ki İsviçre Bankalar Birliği toptan temliklerde uyulması gereken sınırlamaları bir sirkülerle belirlemiştir. Bu çerçevede sahip olunan ve olunacak alacakların değil, belli bir müşterinin belli iş ilişkisinden veya sahip olduğu ticari ilişkilerin birisinden sahip olduğu ve olacağı alacaklar şeklinde bir sınırlandırma yapılması istenmiştir.

73 DE GOTTRAU, 241, 242.

74 JdT 1984 II 92; 1987, I 162; 1944 I 186 Ayrıca bak. RAPP, 34; DE GOTTRAU, 241, THEVENOZ, 308; ARAL, 123; ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 34.

Belirtmek gerekir ki tüzel kişilerin de kişilik haklarının ihlali ve bundan zarara uğramaları mümkün ise de⁷⁵, tüzel kişilerde kişilik haklarına tecavüzün olup olmadığı ve tüzel kişinin bundan zarar görüp görmediği gerçek kişilere nazaran daha geniş bir değerlendirme ile belirlenir⁷⁶.

Toptan temlikin bir sınırının da BK. m. 21'de düzenlenmiş olan gabin olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır⁷⁷. Çünkü eğer toptan temlik yapılmak suretiyle, inanana aşırı bir garanti verilmiş olduğu söylenebiliyorsa edimler arasında oransızlık söz konusu olacak demektir. Toptan temlik belirli sınırlamalar taşıdığı için geçerli olsa bile, diğer şartların varlığı halinde gabinin varlığı düşünülebilir.

2. Toptan temlikte konu ve zaman sınırlaması yapılmamasının müeyyidesi

Zaman ve konu sınırlanması olmaksızın yapılan toptan temliklerin kişisel özgürlüğü MK. m. 23/2 ve BK. m. 19 ve m. 20 hükümlerine aykırılık teşkil edecek şekilde kısıtlayacağını yukarıda belirtmiştik⁷⁸.

Toptan temliklerde devredilen alacağın zamanına ilişkin veya konusuna ilişkin bir sınırlandırma olmadığı veya var olan sınırlandırma MK. m. 23'e aykırı olduğu için geçersizlikle karşılaşırsa BK. m. 20/1'de yer alan mutlak butlanın mı, yoksa BK. m. 20/2'de belirtilen kısmi butlanın mı ya da başka bir geçersizlik müeyyidesinin mi uygulanacağı düşünülmek gerekir. Eğer mutlak butlanın uygulanacağı kabul edilirse sözleşme

75 TRUMPY/WARIDEL, *Le droit de la personnalité des personnes morales et en particulier des sociétés commerciales*, Lausanne, 1986, 122-123, 142-143, p. 145 p. 203; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, 180.

76 TRUMPY/WARIDEL, 122; DURAL/ÖĞÜZ, *Kişiler Hukuku*, C. I-II. İstanbul 2001, 146; DE GOTTRAU, 242.

77 DE GOTTRAU, 242.

78 Belirtelim ki kanun ve ahlaka aykırılık temlik edilen alacakların vadesinin uzunluğundan değil, fakat bir zaman sınırlaması yapmayarak birden çok alacağın toptan şekilde devredilmesi nedeniyle özgürlüğün kısıtlanmasından doğmaktadır.

bütünü ile baştan itibaren geçersiz sayılacakken, kısmi butlanın uygulanması ile değişik durumlar söz konusu olabilir. Kısmi butlana (hükümsüzlüğe)⁷⁹ ilişkin BK. m. 20/II hükmünün aşırı bağımlılık yaratan veya kanunda öngörülmüş azami hadlerin ötesinde hükümler taşıyan sözleşmelerde de uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır⁸⁰. Türk Hukukunda Prof. Necip Kocayusufpaşaoğlu tarafından savunulan ve kısmi butlan halinde uygulanabilecek değişik kısmi hükümsüzlük kavramı bu tartışmayı aşan bir çözüme imkân vermektedir⁸¹. Bu görüşe göre aşırı bağımlılık yaratan kayıt geçersiz sayılacak, ancak geçersiz kalan kaydın yerine, eğer kanunun emredici hükümleri ile getirilmiş bir düzenleme bulunmamakta ise⁸², somut olayın

79 Sözleşmenin bütününe değil, sadece bir veya birkaç hükmü bakımından geçersiz olması halinde sözleşmenin durumunun ne olacağı konusunda değişik ihtimaller söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede BK. m. 20/2'nin uygulanması ile ortaya çıkabilecek ihtimalleri özetlersek:

Birinci ihtimalde geçerli olmayan sözleşme hükümleri kaldırılarak sözleşme geri kalan haliyle hayatta kalmaya devam eder. Burada basit kısmi hükümsüzlükten bahsedilir.

İkinci ihtimalde geçersizlik bir veya birkaç maddede olmasına rağmen bütün sözleşmeye yayılır ve sözleşme tümü ile hükümsüz kalır. Buna tam hükümsüzlük denir.

Üçüncü ihtimalde sözleşmenin bir veya birkaç hükmünde geçersizlik olmasına rağmen sözleşmenin tamamına yayılmaz, geçersiz kalan hüküm veya hükümlerin yerine yedek hüküm olarak adlandırılan başka hüküm geçirilir ve böylece geçersiz kalan hükümler nedeniyle sözleşmede ortaya çıkan boşluk tamamlanmış olur. Buna değişik kısmi hükümsüzlük denilmektedir.

İlk iki ihtimalde problem olmamasına rağmen son görüş kabul edildiği takdirde boşluğu tamamlayacak hükmün nasıl belirleneceği gündeme gelecektir. Bu durumda ilk olarak kanunun emredici hükmü varsa bunun devreye gireceği bu yoksa tamamlayıcı hükümle buradaki boşluğun doldurulacağı, eğer kanunda hiç hüküm yoksa tarafların farazi iradesine göre boşluğun doldurulacağı kabul edilmektedir. Geniş bilgi için bak. N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramı İle İlgili Düşünceler*, Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996, 25 vd.

80 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 30 vd.

81 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 25.

82 Bu sonuç TK. m. 1466'da yer alan düzenlemeye de uygundur.

bütün özellikleri dikkate alınarak tarafların farazi iradesine uygun yeni bir hüküm getirilerek sözleşme yargıç tarafından tamamlanacaktır. Eğer tarafların farazi iradesini saptamak mümkün değilse MK. m.2 çerçevesinde makul ve dürüst insanların kabul edeceği çözüm uygulanacaktır⁸³.

Prof.Dr. Hüseyin Hatemi tarafından savunulan ve yukarıdaki fikre yaklaşan bir diğer görüşe göre de MK. m. 23/2'ye aykırı olan sözleşmelerde farklı bir müeyyide uygulanmak gerekir. Buna göre bu tür sözleşmeler bütünü ile ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı sayılmayıp, sadece belli sınırları aştığı için ahlaka aykırı sayılan sözleşmelerdir. Dolayısıyla bu sözleşmelerin belli sınırlara indirilmesi yolu ile tamamen geçersiz sayılmaktan kurtulması sağlanmalıdır⁸⁴. Bu görüşün farklılığı, hükmün tamamen geçersiz sayılmayıp belli bir indirim tabii tutularak ayakta tutulmasıdır.

Burada ayrı olarak düşünülmesi gereken bir diğer nokta da toptan temlikte zaman ve konu sınırlamasının olmasına rağmen öngörülen zamanın çok uzun süreye yayılmış olması ihtimalidir⁸⁵. Örneğin belli bir hukuki ilişkiden çok uzun süre boyunca (40- 50 yıl gibi) doğacak alacakların temlik edilmesi halinde de öngörülmüş uzun sürenin geçersiz olup olmayacağı düşünülme gerekir. Bu konuda karar vermek için sözleşmenin ani edimli mi, yoksa sürekli borç ilişkisi mi doğurduğu önemlidir. Eğer sözleşme ani edimli ise başlangıçta hacmi belirlenmiş olan yükümlülüğün, ifa zamanının çok ileriye atılmış olmasının tek başına özgürlüğü kısıtlayacağı söylenemez. Çünkü zamanın uzunluğu edimin içeriğinden bağımsız olarak öz-

83 Sürenin tarafların farazi iradelerine göre yargıç tarafından belirleneceğine ilişkin kararlar için bak. JdT 1989 I 2. Bu kararda Federal Mahkeme uzun süreli sözleşmenin belli süre sonunda feshedileceğini belirtmektedir. JdT 1981 I 166; JdT 1971 267

84 H. HATEMİ, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, 1976, 218 vd.

85 Sözleşme süresi ile ilgili bak. S. OKTAY, *Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV (1997), S.3, 210 vd.

gürlük kısıtlamasına götüremez⁸⁶. Ancak ifa zamanında, başlangıçtaki şartların değişmiş olması nedeniyle MK.m. 2'de kaynağını bulan emprevizyon teorisinin uygulanması söz konusu olabilir⁸⁷. Eğer sözleşme sürekli borç ilişkisi yaratmakta ise, bu durumda süre, yükümlülüğün boyutunu etkilediğinden özgürlüğün ahlaka aykırı olacak şekilde kısıtlanması söz konusu olabilecektir. Temlik sözleşmesi yapıldığı anda etki doğuran bir tasarrufi işlem olmakla birlikte gelecekteki alacaklar bakımından etkisi alacağın doğduğu anda olmaktadır. Borçlunu fiili her ne kadar zaman içinde devam eden bir fiil olarak görünmemekte ise ve edim miktarı başlangıçta belirli olduğu için ani edimli borç ilişkisinin varlığı düşünülebilirse de, müteaddit ani edimlerin bir zincir şeklinde bağlanmış olması, ayrıca bir kök ilişkinin varlığı ve alacaklının belirli vadelerdeki ihtiyacının karşılanmasında buna olan güveninin sürekli olarak gerçekleşmesi ve borçlunun bu gereklere uygun davranma yükümlülüğünden hareketle buradaki ilişkinin ani edimli borç ilişkisinden ziyade sürekli borç ilişkisine yakınlık gösterdiği, dolayısıyla bu ilişkilere uygulanan kuralların kıyas yolu ile uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁸⁸.

Bu durumda süre bakımından uzun olan sözleşmeler için hangi kuralların uygulanacağına ilişkin doktrinde birkaç görüşün varlığını saptamaktayız⁸⁹.

İlk olarak toptan temliklerle ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz tam butlan ve kısmi butlanla ilgili görüşlerin bu durum için de uygulanabilirliğinin savunulduğunu belirtelim.

Sürekli borç ilişkilerinin niteliğine uygun olarak savunulan diğer bir görüşe göre ise, sürekli borç ilişkilerinde, ifa süresi MK. m. 23 anlamında bir kişisel özgürlüğün kısıtlanması

86 BUCHER, N. 334

87 OKTAY, 218 vd.

88 SELİÇİ 19, 20. Yazar başlangıçta edim miktarının belirlenmiş olduğu ve münferit ani edimlerden oluşan sözleşmeler için bu yorumu yapmaktadır.

89 Toplu bilgi için bak. OKTAY, 224 vd.

olarak ortaya çıkarsa, ifa süresine dair anlaşma geçersizdir. Bu hükümdeki geçersizlik kural olarak tüm sözleşmenin geçersizliğini doğurmaz. Bu halde sözleşme sona erme düzeni bakımından tamamlanmaya muhtaç sözleşme haline gelir ve kanuni olağan fesih düzeni ile tamamlanır⁹⁰. Çünkü sözleşmede kararlaştırılmış olan süre BK. m. 23/2'ye aykırılık nedeniyle baştan itibaren geçersiz olduğundan, sözleşme süre bakımından tamam olmayan, yani belirli olmayan süreli sözleşmeye dönüşmüş olur. Süresi belli olmayan ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olağan fesih düzeni ile sona erdirildiğinden, sözleşme tarafı bu hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu noktada yargıç tarafından yapılacak değerlendirme fesih hakkının uygun zamanda kullanılıp kullanılmadığı noktasında olmak gerekir.

İsviçre Hukukunda Prof. Bucher tarafından savunulan görüş ise, süre uzunluğu nedeniyle MK. m. 23/2'ye aykırı olan sözleşmelerin baştan itibaren geçersizliği doğuran butlan veya kısmi butlan nedeniyle geçersiz olmadığı ve bu sözleşmeler için feshedilebilirlik müeyyidesinin uygulanması gerektiği yönündedir⁹¹. Yazara göre özgürlük kısıtlamasından doğan dava hakkının sadece özgürlüğü kısıtlanan kişiye tanınması ve yine özgürlük kısıtlaması halinde geçmişe yürürlü değil, geleceğe ilişkin bir müeyyide geçerli olmak gerektiğinden, baştan itibaren geçersizliğin söz konusu olduğu butlan müeyyidesi amaca uygun olmamaktadır. Yazara göre bu durumda getirilmesi gereken müeyyide korunmak istenen kişiye tanınan bir fesih hakkı olmalıdır⁹².

⁹⁰ SELİÇİ, 139; Bu konuda geniş açıklama için bak. 222-230

⁹¹ E. BUCHER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht*, 2. Abt. *Kommentar zu Art. 27 ZGB*, Bern, 1993, N. 162 vd.; 526,570; OKTAY, 226 vd.

⁹² Federal Mahkeme de JdT 1971 I 44 kararında sadece sürenin uzunluğundan zarar gören kişiye dava hakkının tanınması gereğini belirtmiştir.

3. Gelecekteki alacakların temlikinin sakıncalı yönleri

Gelecekteki alacakların temlikinde en büyük sakınca, alacak hakkı henüz doğmadan inanılanın iflas etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü alacağın temliki, etkisini alacağın doğduğu anda gösterdiğinden, iflastan önce doğmuş olan alacaklar inanılan tarafından kazanılmakla beraber, eğer gelecekteki alacak iflastan sonra doğmuş ise devralanın malvarlığına değil, iflas masasına girer⁹³. Bir diğer sakınca da aksine sözleşmede hüküm yoksa borçlunun aczinden temlik edenin sorumlu olmamasıdır. Alacağın temlik edilmiş olması, ikinci kez temliklerin yapılmasını önlemediğinden, bu bağlamda temlik edilmiş alacağın ikinci kez temlik edilmesi ihtimali de alacaklı için bir dezavantajdır. Diğer yandan temlik edilen alacağın borçlusu ile inanan arasında yapılmış sözleşmede temlik yasağının olması (BK. m. 162/2) ile temlikten haberi olmayan borçlunun temlik eden alacaklıya ödeme yaparak borcundan kurtulabilmesi de (BK. m. 165) diğer bir sakınca yaratan durumdur⁹⁴.

Teminat olarak verilmiş gelecekteki alacakların takip edilmesi de teminat alan için önemli boyutta bir takip çalışması yapılmasını gerektirmektedir. Diğer yandan asıl alacak borçlusunun durumunun sonradan elverişsiz olması ihtimalinde de, gelecekteki alacakları takip eden inanan için, vakit geç olmaktadır. Çünkü alacağı teminattan alamayan inanılan, asıl borçludan da alacağını elde edememe durumu ile karşılaşabilmektedir.

Gelecekteki alacakların temlik edilmiş olması inananın diğer alacaklıları için de dezavantajlar yaratmaya elverişlidir. Gerçekten de, o anki ve potansiyel ödeme gücüne güvenerek ti-

⁹³ B: KURU, *İcra İflas Hukuku*, C. 3, Ankara, 1993, 2834, N. 2a; Aynı yönde BGE 111 III 73 vd.; DE GOTTRAU, 190, 233.

⁹⁴ DE GOTTRAU, 235 (Yazar özellikle bankaların koydukları klozlarla risklerini azaltma yoluna gittiklerini belirtmektedir ve bu ve diğer sakıncaların bankaları yeni teminat yolları aramaya ittiğini ve giderek daha az gelecekteki alacak temlikinin garanti olarak alınması yoluna başvurulduğunu belirtmektedir).

cari ilişkiye giren kişilerin muhataplarının bütün alacaklarını devretmiş olduğunu öğrendiklerinde vaktin geç olacağı ve menfaatlerinin zarar göreceği tabiidir. İsviçre Hukukunda bu sakıncalı durumu gidermek için bir çok zorluğu barındırsa da gelecekteki alacak temliklerinin kaydedileceği bir sicil yaratılması savunulmaktadır⁹⁵. İsviçre'de doktrindeki bir öneriye de uyularak yapılan yasal değişikliklerle gerekli açıklığı sağlamak amacı ile anonim ortaklıkların ve bankaların bilançolarında taahhüt edilen garantilerin ve verilen rehinlerin miktarlarının yer alması zorunluluğu getirilmiştir⁹⁶.

B. Hükümleri

Toptan temlik halinde de hem alacaklar hem de bu alacağa bağlı fer'i haklar, örneğin tüm faiz ve gecikme faizleri de devredilmiş olur. Yine eğer sözleşmede aksine bir hüküm konulmadı ise alacağa bağlı tüm talep hakları ile rüçhan hakları da devredilmiş olur⁹⁷.

Temlik eğer doğmuş alacaklar için yapılmışsa, temlik konusu alacak hakkı bir tasarruf işlemi niteliğinde olan yazılı temlik sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte devralanın malvarlığına intikal eder. Ancak gelecekte doğacak alacaklar için yapılmış temlikte temlik sözleşmesinin kurulduğu anda henüz ortada bir alacak hakkı mevcut olmadığı için durum farklılık arzeder. Bu tür alacakların temlikinde tasarruf işleminin yapıldığı an ile etkilerini doğurduğu an arasında bir ayırım yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre temlik, hükümlerini ancak alacak hakkının doğduğu anda doğuracaktır, yani önceden yapılan tasarruf işlemi sayesinde alacak hakkı doğduğu anda başka bir işleme gerek kalmadan devralanın malvarlığına

⁹⁵ THEVENOZ, 319 vd.; DE GOTTRAU, 256.

⁹⁶ DE GOTTRAU, 256. Anılan düzenleme İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişiklikle (Art. 663/2) ve bankalarla ilgili Ordonnance sur les banques et les caisses d'epargne art. 25.'de yapılan değişikliklerle getirilmiştir.

⁹⁷ DE GOTTRAU, 238.

gececektir⁹⁸. Ancak henüz alacak hakkı doğmamışken bu alacak üzerinde tasarruf etmiş olan gelecekteki hak sahibinin bu işlemle bağlı olduğu ve temlik edilen alacak üzerinde bu tasarrufla çelişik sonuçların geçerli olamayacağı, bu bağlamda tasarrufundan tek taraflı olarak dönemeyeceği öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir⁹⁹.

Ayrıca inananın bu alacakların hukuki olarak varlığını ve geçerliliğini garanti etmiş olduğuna ilişkin BK. m. 169 hükmünün mevcut alacaklar için konulduğu, temlik anında mevcut olmayan gelecekteki alacakların temlikine uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Diğer yandan özellikle gelecekteki alacaklar için doğdukları an itibariyle alacak listesinin inanılana verilmesi bir yan borç olarak kendisini göstermektedir. Bu alacakların tekrar devredilmemesi de, toptan temlik yapanın uyması gereken diğer yükümlülüktür¹⁰¹. Gelecekteki alacağın temlik halinde alacağın borçlusunun da zaman içinde değişmemesi gerektiğinden, temlik yapan inananın borcun nakline razı olmaması gerekir¹⁰². Toptan temlik halinde inananın zarar görmemesi için inanılanın alacakla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi inanılana vermesi gerekmektedir (BK. m. 168/2). Diğer yandan temlik edenin eğer alacağın ödenmeyeceği ile ilgili bilgisi varsa, bu uyarıyı yapması ve gerekirse yeni bir teminat vermesi de istenebilmektedir¹⁰³. Bütün bu yükümlülükler temlik sözleşmesi ani

⁹⁸ ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 6. Belirtelim ki geciktirici şarta bağlı temlik, şartın gerçekleşmesi ile hüküm doğuracağından temlik konusu mevcut alacak hakkı da ancak bu anda devralanın malvarlığına geçmiş olacaktır.

⁹⁹ Geniş bilgi için bak. ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 36 vd.

¹⁰⁰ ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 38, 132.

¹⁰¹ DE GOTTRAU, 238.

¹⁰² Temlik hükmünü alacağın doğumu anında doğuracağı için, bu safhaya gelinceye kadar temlik eden alacaklının alacak üzerinde tasarrufta bulunması mümkün olabilecektir. Ancak temlikle bağdaşmayan tasarrufların geçersiz olduğu kabul edilmektedir, ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 36.

¹⁰³ DE GOTTRAU, 238.

edimli olmasına rağmen gelecekteki alacakların temliki ile toptan temliki yapıldığında kök ilişki olarak güven ilişkisinin doğduğu ve ilişkiye sürekli borç ilişkisi kurallarının kıyas yolu ile de olsa uygulanması sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁴. Yükümlülükler uymama karşı taraf için sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat taleplerine yol açacağı gibi, sözleşmenin haklı nedenle feshine de imkân verecektir.

Toptan temlik gereği vadesi gelen alacakların ödemesinin temlik alana yapılması gerekir¹⁰⁵. Burada temliğin iki kez yapılması ihtimali akla gelebilir. Toptan temlik sözleşmelerinde alacakların tekrar devredilmemesi şartı yer almasına rağmen, uygulamada özellikle büyük projeleri gerçekleştirmek için birçok kredi kurumu ile kredi ilişkilerinin kurulduğu ve bu çerçevede ikinci kez toptan temliklerin yapıldığı belirtilmektedir. Bu durumda ikinci temlik geçersiz olmasına rağmen¹⁰⁶ uygulamada alacakların belli kriterlere göre alacaklılara ödendiği görülmektedir¹⁰⁷.

104 Bak yukarıda dn. 86.

105 Bankalar bunu temlik edenin banka nezdindeki hesabına alacakların ödenmesini sağlayarak gerçekleştirmektedirler. Aslında temlik olduğu için direkt kendilerine ödemesi gerekirken gelecekteki alacaklar için borçluyu uyarmak mümkün olamayacağı için bu yol daha pratik olmaktadır.

106 Geniş bilgi için bak. ENGİN, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, 36.

107 Bu konuda bilgi için bak. DE GOTTRAU, 239.

Yararlanılan Kaynaklar

- ARAL, F.: Topyekün Temlik, AÜHFD, C. 42 (1992-1994), Sayı. 1-4.
- BUCHER, E.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abt., Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern, 1993.
- BUCHER, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1988.
- DAYINLARLI, K.: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara, 1993.
- DE GOTTRAU, N.: Transfert de propriété et cession à fin de garantie, Suretés et Garantie Bancaires, Publications Cedidac, Lausanne, 1997.
- DURAL/ÖĞÜZ: Kişiler Hukuku, C. I-II, İstanbul, 2001.
- ENGİN, İ.: İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.
- ENGİN, İ.: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Tez, İstanbul, 1999.
- EREN, F.: Borçlar Hukuku- Genel Hükümler C. II, İstanbul, 1999.
- FOEX, B.: Le contrat du gage mobilier, Bale et Francfort, 1997.
- HATEMİ, H.: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976.
- HELVACI, İ.: Türk Medeni Kanununa Göre "lex commissoria" (Mürtehinin Merhunu Temellük Yasağı), İstanbul, 1997.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramı İle İlgili Düşünceler, Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996.
- KUNTALP; E.: Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995
- KURU, B.: İcra İflas Hukuku, C. 3, Ankara, 1993.
- OĞUZMAN/SELİÇİ: Eşya Hukuku, İstanbul, 1997
- OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY: Kişiler Hukuku, İstanbul, 1999.
- OKTAY, S.: Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV (1997), S.3,
- OKTAY ÖZDEMİR, S.: Teminat Amaçlı Mülkiyet Devir Sözleşmeleri, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul, 2001.
- ÖZKAYA , E.: İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara, 1999.
- ÖZKAYA, E. : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul, 1968.
- ÖZTÜRK, G.: İnançlı İşlemler, Ankara, 1998.
- RAPP, J. M.: La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses, Droit et Pratique des Operations Fiduciaires en Suisse, Publications Cedidac, Lausanne, 1994.
- SEROZAN, R.: Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.

SİRMEN, L.: Alacak Rehni, Ankara, 1990.

STEINAUER, H.: Les Droits Réels, Tome III, 2. Ed. Berne, 1996.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

THEVENOZ, L.: La fiduce, cendrillon du droit suisse propositions pour une réforme, Proposition pour une réforme, Heft Fasicule 1995, Bazel, 1995.

TRUMPY/WARIDEL: Le droit de la personnalité des personnes morales et en particulier des sociétés commerciales, Lausanne, 1986.

WIEGAND, W.: Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJW 116 (1980).

ZOBL, D.: Berner Kommentar, IV/2/5/1; Bern, 1982.