

TOPYEKÜN TEMLİK

Doç. Dr. Fahrettin ARAL

§ 1. GENEL OLARAK ALACAĞIN TEMLİKİ

I- Kavram

Alacağın temliki Borçlar kanununda tanımlanmamıştır. BK m. 162/I'de alacağın temliki için borçlunun rızasına ihtiyaç olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre, alacağın temliki, alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını, borçlunun rızasına gerek olmadan, bir sözleşmeyle üçüncü bir şahsa devretmesi şeklinde tanımlanabilir (1). Böylece, alacaklı ile üçüncü şahıs arasında kurulan sözleşmeyle, alacaklı sıfatı alacaklıdan üçüncü şahsa geçmektedir (2).

Alacağın temlikinde, eski alacaklıya "temlik eden" (Zedent), alacağı iktisab eden üçüncü kişiye "temellük eden" (Zessionar), devredilen alacağın borçlusuna "borçlu veya temlik edilen alacağın borçlusu" (abgetrener Schuldner; debitor cessus) denilir (3).

II- Hukuki Mahiyeti:

Alacağın temliki hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme, bir tassarruf sözleşmesidir:

1- Alacağın temliki bir sözleşmedir

Alacağın temliki alacağı devreden alacaklının tek taraflı bir işlemi olmayıp, temlik edilenle temellük eden arasında kurulan bir sözleşmedir (4). İsviçre borçlar kanununun, BK m. 163/ II'ye tekabül eden, 165. maddesinin 2. fıkrasının almanca metninde temlik sözleşmesi (Abtretungsvertrag) deyimini kullanılmıştır (5). Temlik sözleşmesi, Borçlar kanununda düzenlenmiş olmakla beraber, borç doğuran bir sözleşme değildir (6).

- (1) von Tuhr/Escher, sh. 329-330; Gubl/Merz/Kummer, sh. 231; Keller/Schöbi IV, sh. 43; Eren, C. III, sh. 414; Bucher, sh. 536; Gauch/Schluemp II, N. 2175.
- (2) Bu geçişin bir kanun hükmü (BK m. 109 ve 393/I) veya bir mahkeme kararıyla gerçekleşmesi halinde kanuni veya kazai temlik söz konusu olur (BK m. 164).
- (3) von Tuhr/Escher, sh. 330; Bucher, sh. 536; Keller/Schöbi, IV, sh. 43; Gauch/Schluemp, II, N. 2175; Eren, C. III, sh. 414-415; Gubl/Merz/Kummer, sh. 231.
- (4) Gauch/Schluemp, II, N. 2176; von Tuhr/Escher, sh. 330; Bucher, sh. 547-548; Eren, C. III, sh. 420; Oğuzman/Öz, sh. 408. Karş. Engel, sh. 573.
- (5) BGE 84 II 363 yahut JdT 1959 I, sh. 201, cons. 1.
- (6) von Tuhr/Escher, sh. 330; Eren, C. III, sh. 421.

2- Alacağın Temliki Bir Tasarruf Sözleşmesidir

Alacağın temliki, alacağın temlik edenin mamelekinden temellük edenin mamelekine doğrudan doğruya geçişini sağlayan bir tasarruf sözleşmesidir (7). Bu itibarla temlik sözleşmesi, temlik edenin temlik edilen alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasını şart kılar; tasarruf yetkisi temlik sözleşmesinin geçerlik şartını teşkil eder (8).

III. Şartları

Alacağın temlikinin şartlarını üç grupta toplamak mümkündür: 1- Hukuki sebep, 2- Temlik sözleşmesi ve 3- Temlik edilebilir bir alacak.

1- Hukuki Sebep

Temlik, temlik edilen lehine bir kazandırmayı ihtiva eder. Tasarruf işlemi niteliğini taşıyan bu kazandırmanın hukuki sebebi bir temlik borcudur. Bu borç, bir sözleşmeden (temlik taahhüdü, BK m. 163 / II), bir ölüme bağlı tasarruftan (bir alacak vasiyeti) veya bir kanun hükmünden (BK m. 455 / II) doğabilir (9). Temlik borcu doğuran sözleşme (mesela satım veya hibe) tasarruf işlemi olan temlike temel teşkil eder. Temlik taahhüdünün ihtiva ettiği hukuki sebep, ifa sebebi, bağışlama sebebi, alacak (veya iktisab) sebebi veya teminat sebebi şeklinde olabilir. Temlik taahhüdünün hukuki sebebi, alacağın temlikinin illi (sebebe bağlı) bir işlem olması sebebiyle büyük bir önem taşımaktadır. Zira geçerli bir hukuki sebep bulunmayan hallerde, temlik işlemi geçersiz olur.

2- Temlik Sözleşmesi

Yukarda da (II) ifade edildiği üzere, temlik sözleşmesi bir tasarruf sözleşmesi niteliğini taşır.

3- Temlik Edilebilir Bir Alacak

Kural olarak, her alacak temlik edilebilir. Bu kuralın, kanundan, sözleşmeden ve işin niteliğinden doğan istisnaları vardır (BK m. 162 / I).

- (7) **von Tuhr/Escher**, sh. 330, dn. 9 ve 10'a ait metin; **Keller/Schöbi**, IV, sh. 45; **Gauch/Schluep** II, N. 2176; **Bucher**, sh. 547, 548; **Eren**, C.III, sh. 419; **Oğuzman/Öz**, sh. 408.
- (8) **Keller/Schöbi** IV, sh. 46; **von Tuhr/Escher**, sh. 331; **Bucher**, sh. 548; **Eren** III, sh. 419.
- (9) **Gauch/Schluep** II, N. 2180-2181.

§ 2. TOPYEKUN TEMLİKİN FONKSİYONU, TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

I. Topyekûn Temlikin Fonksiyonu

Topyekûn temlik (Globalzession), kredi teminat aracı olarak başvurulan bir hukuki müessesedir. Bu itibarla kredi teminat işlemleri içinde önemli bir yer işgal eder (1).

Kredi teminatları, muhtevalarına göre, biri aynı teminatlar, diğeri şahsî teminatlar olmak üzere başlıca iki kategoriye ayrılır (2):

Aynı teminatlar (Realsichereiten), teminat altına alınan alacağa kavuşmak için, teminat konusu şey üzerinde, alacaklıya aynı bir hak sağlar. Böylece, alacaklı, alacağının ifasını sağlamak amacıyla, doğrudan doğruya hâkimiyetine tâbi kılınan teminat konusu şeyi paraya çevirme imkânına sahip olur (3). Bu tür teminatlara örnek olarak, menkul, gayrimenkul, alacak ve ticari işletme rehinleriyle teminat amacıyla mülkiyetin inançlı devrini (Sicherungübereignung) zikredebiliriz (4).

Şahsî teminatlarda (Personalsichereiten) ise, üçüncü şahsın, borçlunun borcuna teminat olarak, alacaklıya karşı şahsî taahhütte bulunması söz konusudur. Başka bir ifadeyle, şahsî teminatta, teminat alan, aralarında mevcut bir borç ilişkisine istinaden, teminat verenden bir edimi veya kararlaştırılan meblağı talep hakkına sahiptir (5). Böylece teminat veren üçüncü şahıs, haczedilebilen malvarlığının tamamıyla sorumlu olmaktadır (6). Birlikte borç üstlenme (borca katılma), garanti sözleşmesi (BK m. 110) ve kefalet (BK 483) bu tür teminatlara örnek teşkil ederler.

- (1) **Zobl**, Syst Teil, N. 1507 ve 1653 vd; aynı yazar, **SJZ** 1989, sh. 350; **Emch/Renz**, sh. 281; **Bucher**, sh. 538-539; **Kleyling**, sh. 7, 70 vd; **Haensler**, sh. 1 vd.
- (2) **T.Baer**, sh. 3-4; **Von Tuhr/Peter**, sh. 140; **Zobl**, Syst Teil, N. 345 vd; aynı yazar, **SJZ** 1989, sh. 350; **Kleiner**, sh. 101; **Kleyling**, sh. 1; **Gugenheim**, sh. 147; **Scyboz**, sh. 22-25; **Davran**, sh. 3, 4; **Tandoğan**, C. II, sh. 688-689; **Özsunay**, sh. 34; **Haensler**, sh. 13 vd.
- (3) **Gauch/Schluep/Tercier** II, N. 2121-2122; **Haensler**, sh. 14, N. 13; **Davran**, sh. 3; **Özsunay**, sh. 34.
- (4) Alacak rehininin hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler için bk. **Sirmen**, sh. 5 vd; Ticari İşletme Rehni 28 Temmuz 1971 tarih ve 1447 sayılı kanunla kabul edilmiştir.
- (5) **Davran**, sh. 3.
- (6) **T. Baer**, sh. 4; **Zobl**, Syst Teil, N. 346; **Haensler**, sh. 13, N. 12; **Tandoğan**, C. II, sh. 689.

Bazı yazarlar (7) belirli bir mamelek objesinin bir alacağın teminatı olarak tahsis edilmesi olgusunu ifade etmek üzere, aynı teminat deyimini kullanmaktalar. Bunun sonucu olarak, teminat amacıyla alacağın inanca temlikinin (Sicherungszession) aynı teminatlar arasında zikredildiği görülmektedir (8).

Kanaatimizce, fonksiyon ve amaçları bakımından aralarında benzerlik bulunmakla beraber, teminat amacıyla bir alacağın inanca temlikinde teminat alan, aynı bir hak kazanmamaktadır. Bu itibarla, teminat amacıyla bir alacağın inanca devrini aynı teminatlar arasında zikretmek isabetli sayılamaz (9). Nitekim aynı teminatlar Medeni Kanunun aynı haklara ilişkin hükümlerinde (gayrimenkul rehni: MK m. 765-952; Menkul rehni: MK m. 853-894), alacağın temliki Borçlar kanununda (BK m. 162 vd) düzenlenmiştir. Binaenaleyh, teminat amacıyla topyekün temlik ne aynı, ne şahsî teminatlar kategorisine girer. Banka uygulamalarında, "diğer teminatlar" adıyla anılan üçüncü bir teminat kategorisine dahil sayılmaktadır (10).

Alacağın temliki, kapsamlarına göre üç kısma ayrılır (11): münferit temlik, topyekün temlik ve çerçeve temlik.

1. *Münferit temlik* (Einzelzession), mevcut veya müstakbel belirli bir alacağın devredilmesidir. Bu tür temlikte her alacak bağımsız bir temlik işlemine konu olmaktadır (12). Meselâ satım veya istisna aktinden doğan alacağın temlik edilmesi.

2. *Topyekün temlik* (Globalzession) ise, mevcut veya müstakbel alacakların tamamının bir temlik işlemi çerçevesinde devredilmesidir.

(7) T. Baer, sh. 3-4; Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, sh. 560.

(8) Oftinger/Baer, Syst Teil, N. 330 vd; Zobl, SJZ 1989, sh. 350.

(9) Aynı fikirde; Haensler, sh. 16-17, N. 16; Kleyling, sh. 2, 3. Bu yazar (sh. 3, dn. 13'e ait metin), temlik kredilerinin (Zessionkredit) teminatsız kredilere nazaran (Blankokredit), hayat tecrübelerine göre daha büyük riskler taşıdığını ifade etmektedir.

Gauch/Schtuep (N. 2455) teminat amacıyla inanca devir ve temlik işlemlerini aynı ve şahsî teminatların yanında ayrı bir kategori içinde mütalaa etmektedir. Teminat amacıyla inanca devirde (Sicherungsbereignung), inamlan tam mülkiyet hakkı kazandığı için, bu işlemlerle kurulan teminatları aynı teminatlar arasında zikretmek gerekir (bk. Oftinger/Baer, Syst Teil, N. 235).

(10) Haensler, sh. 17, N. 18.

(11) Zobl, Syst Teil, N. 1658 vd; Kleyling, sh. 24-25.

(12) Kleyling, sh. 24; Zobl, Syst Teil, N. 1690.

3. *Çerçeve temlik* (Mantelzession), Almanya'da yaygın olarak uygulanan bir temlik türü olup, bununla temlik eden (kredi alan), bankaya karşı alınan kredi miktarınca cari alacaklarını devretmeyi taahhüt eder.

Münferit temlik ile topyekûn temlik arasında bir yer işgal eden çerçeve temlik, bir tasarruf işlemi olmayıp, temlik taahhüdü niteliği taşır. Kredi alan (temlik eden), imzalı temlik beyanlarını havi borçlu listelerini veya fatura kopyalarını, bankaya göndermek suretiyle, temlik taahhüdünü ifa etmiş olmaktadır (13). İsviçre bankaları, temlik taahhüdünün BK m. 163/I gereğince yazılı şekle tabi olması ve topyekûn temlikin daha kuvvetli bir hukuki durum yaratması sebebiyle, çerçeve temlik yerine topyekûn temliki tercih etmektedir (14).

Teminat amacıyla yapılan temlikler içinde topyekûn temlik ön plânda yer almaktadır. Bununla, iktisaden güçlü olmayan ve nakit ihtiyacı içinde olan sınaî ve ticari işletmeler kredi temin etmek imkânı elde etmektedir (15). Kredi teminatı olarak gayrimenkule sahip olmayan işletmeler için müşteri alacakları (Kundguthaben) yegâne teminat aracıdır. Zira gerek menkul rehninde, gerek inançlı devirde (Sicherungsübereignung), zilyetliğin devri gereklidir (MK m. 853). Keza MK m. 690'da öngörülen hükmen teslim yasağı, işletme teçhizatları ile üretim vasıtalarının teminat amacıyla kullanılmasını engellemektedir (16). Bu bakımdan, ülkemizde teslimsiz menkul yasağına özel kanunlarla getirilen istisnalar arasında (17), 21.7.1971 tarih ve 1447 sayılı "Ticari İşletme Rehni Kanunu" ile kabul edilen ticari işletme rehni müessesesi önemli bir yer işgal eder. Bu kanunla, küçük ve orta tacirler ile sanayicilerin ihtiyaçları olan kredileri bulabilme imkânı sağlanmıştır (18). Ancak, Ticari işletme rehni kanunu, ticari işletme rehniyle alacağı garanti edilecek şahıslar bakımından bir sınırlama getirmiştir. Gerçekten, söz konusu kanunun, ticari işletme rehniinde taraflar başlığını taşıyan, 2. maddesinin I. fıkrasına göre, "ticari işletme rehni sözleşmesi, tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri, kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler ile ticari işletmenin maliki

(13) **Zobl**, Syst Teil, N. 1688 vd; **Kleyling**, sh. 25.

(14) **Kleyling**, sh. 25; **Zobl**, Syst Teil, N. 1688; **Haensler**, sh. 25, N. 11; **Bucher**, recht 1989, sh. 14.

(15) **Zobl**, Syst Teil, N. 1656, 1661; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 350, dn. 9 ve 10'a ait metinler; **Kleyling**, sh. 70; **Kasper**, sh. 110.

(16) **Zobl**, Syst Teil, N. 1656; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 350.

(17) Bk. **Köprülü/Kanetl**, sh. 447 vd; **Oğuzman/Seliçi**, sh. 878 vd.

(18) **Reisoğlu**, Menkul ipotegi, sh. 22 vd, 73 vd.

bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılır". Ticari işletme rehni kanunu tasarısının gerekçesinde, "Bu tahdidin gayesi, menkuller üzerinde teslim vuku bulmaksızın tesis edilen rehlin mahzurlarını imkân nisbetinde önlemektir. Hakiki şahısların alacakları için de ticari işletme rehni tanınması halinde tatbikatta bunun suistimal edilmesinden endişe edilmektedir" denilmektedir (19). Bu sınırlama sebebiyle ticari işletme rehni, teslimsiz menkul ipoteği yasağından (MK. m. 853) kaynaklanan güçlükleri tamamen bertaraf ettiğini söylemek mümkün değildir (20).

İktisadi amaçları ve teminat fonksiyonları itibariyle teminat amacıyla inançlı temlik ile alacak rehni (MK m. 868 vd) arasında benzerlik bulunmaktadır (21). Ancak inançlı temlik, alacak rehni aksine, fer'i teminat niteliği taşımaz (22). İnançlı temlikin, temlik konusu alacak üzerinde alacaklıya sağladığı tam hak (Vollrecht) ve alacağını kolaylıkla elde etme imkânı, uygulamada, özellikle bankaların yaptıkları kredi işlemlerinde, inançlı temlikin alacak rehni tercih edilmesine sebep olmaktadır (23). Bu itibarla, taraflar arasında yapılan teminat işleminin inançlı temlik mi, yoksa alacak rehni mi olduğu hususunda ihtilaf çıkarsa, şüphe halinde inançlı temlik lehine fiilî bir karinenin bulunduğunu kabul etmek gerekir (24).

II. Topyekûn Temlikin Tanımı

Topyekûn temlik (Globalzession), inançlı devreden belirli bir faaliyet alanından doğan mevcut ve müstakbel alacaklarının tamamını

- (19) Ticari İşletme rehni "Kanun projesi ve gerekçesi-proje hakkında görüşler-Komisyonun hazırladığı metin" Ankara 1965, sh. 66.
- (20) Bu sınırlamanın tenkidi için bk. dn. 19'da zikredilen Ticari İşletme Rehni, sh. 34-35 (Prof. Dr. Turgut Kalpsüz) ve 43 (Dr. Serda Kurtoglu).
- (21) **Bergmaier**, sh. 72 vd; **Zobl**, Syst Teil, N. 1507; **Oftinger/Baer**, Syst Teil, N. 299 vd; **Sirmen**, sh. 40.
- (22) **Zobl**, Syst Teil, N. 1555; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 351, dn.24'e ait metin; **Oftinger/Baer**, Syst Teil, N. 302; **Bergmaier**, sh. 76; **Wiegand**, ZBJV 1980, sh. 561, dn. 60'a ait metin; **Davran**, sh. 4-5.
- (23) **Zobl**, Syst Teil, N. 1507, 1536 vd; **Oftinger/Baer**, Syst Teil, N. 273, 286; **Wiegand**, ZBJV 1890, sh. 560 vd; **Klein**, sh. 208; **Degrandi**, SZW 1990/1. sh. 4; **Özsunay**, sh. 33.
- (24) **Oftinger/Baer**, Syst Teil N. 286; **Zobl**, Syst Teil, N. 1538; **Bergmaier**, sh. 84 **Bergmaier**, eserinin başka bir yerinde (sh. 77-78, dn. 22'ye ait metin) farklı görüşü savunmaktadır **Becker**, Art. 164, N. 12; **Sirmen**, sh. 41. Aksi fikirde: **Wieland**, Art. 900, N. 5; **Leemann**, Art. 900, N. 56. **Kleyling** (sh. 66) ise, şüphe halinde -en azından kredi teminat işlemlerinde- temlikin bulunduğunu kabul etmek; işlemin münhasıran alacaklı lehine gerçekleştiği hallerde (satım bedelinin bir alacaklı temin edilmesi), alacak rehni lehine karar vermek, gerektiği fikrindedir.

teminat amacıyla devretmesidir (25). Topyekûn temlik işlemi, genellikle temlik edenin standart muhtevalı bir metni imzalaması şeklinde gerçekleşir; bu metin teminat alacağını (Sicherungsabrede) ve temlik işlemi ihtiva eder (26). Bankalar, verdikleri kredinin teminatını teşkil eden topyekûn temlik işlemine, ekseriya şu şartları derç ederler (27).

— Ticari faaliyetten doğan ve ticari işletmeyle ilgili mevcut ve müstakbel alacakların devrine ilişkin genel bir temlik beyanı,

— Temlik edenin alacağın mevcudiyetini ve tahsil edülebilirliğini garanti etmesi,

— Temlik edenin alacağın ödenmesini garanti etmesi,

— Temlik edenin bütün faturaları banka nezdinde ödenmeye âmâde kılmak yükümü,

— Temlik edenin bankaya periyodik olarak borçlu listelerini göndermesi,

— Bankanın temlik edenin defterini kontrol etme veya ettirme hakkı,

— Temlik edenin kendisine doğrudan doğruya yapılan ödemeleri gecikmeksizin bankaya teslim (iletme) yükümü,

— Bankanın üçüncü şahıs borçlulara temlik her zaman ihbar ve alacağı bizzat tahsil etme hakkı.

III. Topyekûn Temlikin Hukuki Niteliği

Topyekûn temlik hukuki niteliği itibariyle bir inanca işlemidir (28). Bununla inanılan kendisine devredilen alacak üzerinde tam hak kazanır; tek başına tasarruf yetkisine sahip olduğu bu alacaktan doğan hakları, devredilen alacağın boşlusuna karşı ileri sürebilir (29).

İnanç anlaşmasıyla alacağı devralanın tasarruf yetkisine getirilen sınırlandırma, sadece taraflar arasında borçlandırıcı etkiler doğurur;

(25) **Zobl**, Syst Teil, N. 1659; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 351, dn. 19 a ait metin; **Emch/Renz**, sh. 283.

(26) **Zobl**, Syst Teil, N. 1659; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 351.

(27) **Zobl**, Syst Teil, N. 1660; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 351; **Emch/Renz**, sh. 284.

(28) **Zobl**, Syst Teil, N. 1551; aynı yazar SJZ 1989, sh. 351; **Jaeggi/Gauch**, Art. 18, N. 187; **Kramer**, Art. 18, N. 121; **Bergmaier**, sh. 30 vd; **Oberlin**, sh. 70 vd; **Eren**, C.I, sh. 443.

(29) **Jaeggi/Gauch**, Art. 18, N. 188; **Kramer**, Art. 18, N. 119; **Von Tuhr/Escher** sh. 340; **Zobl**, Syst Teil, N. 1553; **Eren**, C. I, sh. 335; **Oberlin**, sh. 74.

bu borca aykırılık onu BK m. 96 vd gereğince tazminat ödemekle yükümlü kılar (30).

İnançlı işlemler, takibedilen gaye açısından, “saf inaçlı muameleler” (reine fiduziarische Rechtsgeschaeft) ve “karma inaçlı muameleler” (gemischte fiduziarische Rectsgeschaeft) şeklinde ikiye ayrılır. Doktrinde en fazla taraftar toplayan (31) bu ayırım Roma hukukunun fiducia cum amico-fiducia cum kreditore örneklerine dayanır (32). Saf inaçlı muamelelerde inanılan inaç konusunu tamamen ve münhasıran inanan yararına elinde bulundurduğu halde, karma inaçlı muamelelerde esas itibariyle inanılanın yararı ön plânda gelmektedir (33). Bu itibarla, bir alacağın teminat amacıyla temlik, dolayısıyla topyekün temlik işlemi, karma inaçlı işlemler kategorisine girer (34).

IV- Topyekun Temlikin Şartları

Topyekun temlikin başlıca üç şartı vardır: Teminat anlaşması, teminat anlaşmasının icrası (tasarruf işlemi olarak temlik) ve temlik edenin tasarruf yetkisine sahip olmasıdır (35).

A) Teminat Anlaşması (*pactum fiduciae*; *Sicherungsabrede*):

Teminat anlaşması, inaçlı temlike esas teşkil eden bir borç doğuran işlem olup, başlıca iki fonksiyon icra eder. Bu fonksiyonlardan birincisi temlik işleminin hukukî sebebini ihtiva etmek, diğeri ise inanan ile inanılan arasındaki iç ilişkiyi, özellikle inanılanın haiz olduğu hukukî yetki ile teminat konusunun inana iade edilme şartlarını belirlemektir (36). Başka bir ifadeyle, teminat anlaşmasının muhtevassını, temlikin hukukî sebebi ile tarafların karşılıklı hak ve borçları teşkil eder.

- (30) **Jaeggi/Gauch**, Art. 18, N. 189; **Kramer**, Art. 18, N. 119; **Zobl**, Syst Teil, N. 1554; **Oberlin**, sh. 80; **Keller/Schöbi** IV, sh. 47, 52; **Merz**, legalzession, sh. 453, 457; **Eren**, C.I, sh. 446.
- (31) **Bergmaier**, sh. 32, 33; **Reymond**, Nr. 12 ve 31; **Waelli**, sh. 20; **Özsunay**, sh. 43; **Eren**, C.I, sh. 443. Bk ve karş. **Rüede-Bugnon**, sh. 53.
- (32) **Bergmaier**, sh. 33, dn. 9; **Özsunay**, sh. 43.
- (33) **Özsunay**, sh. 45, 57; **Waelli**, sh. 19; **Eren**, C. I, sh. 443.
- (34) **Bergmaier**, sh. 33; **Özsunay**, sh. 57; **Eren**, C. I, sh. 443.
- (35) **Zobl**, Syst Teil N. 1556 vd; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 351. Ayrıca bk. **Özsunay**, sh. 61, 62; **Bergmaier**, sh. 33 vd.
- (36) **Zobl**, Syst Teil N. 1374; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 351. Ayrıca bk. **Bergmaier**, sh. 67-68; **Kramer**, Art. 18, N. 124.

Genel olarak inançlı işlem sözkonusu olan hallerde teminat anlaşması yerine "inançlı temel işlem" (die fiduziarische Grundgeschäft) deyimini kullanılmaktadır (37). Ancak, teminat amacıyla yapılan inançlı temliklerde teminat anlaşması deyiminin kullanılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Teminat (inanç) anlaşmasının hukuki niteliği konusunda değişik fikirler ileri sürülmektedir.

Bazı yazarlara göre (38), teminat (inanç) anlaşması hukuken, bir vekâlet veya en azından vekâlet benzeri ilişki sayılır. Bu sonuç, BK m. 386/II'den çıkmaktadır.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız hâkim fikre göre (39), teminat (inanç) anlaşması, bir sui generis veya isimsiz sözleşmedir. Zira teminat (inanç) anlaşması kanunda düzenlenmediği gibi, kanunda öngörülen akit tiplerine de dahil edilemeyen bir sözleşme türüdür. Çok cepheli inançlı işlemlerin sadece vekâlete ilişkin kurallara tabi tutulması isabetli olmaz. Keza, vekâlet akdinin başlıca özelliklerinden olan, vekilin müvekkilın talimatına uygun hareket yükümü (BK m. 389) ve tek taraflı geri alma (Widerruf; azil) hakkını kullanmak suretiyle müvekkilin vekâlet akdini her zaman sona erdirebilme imkânı (BK m. 386/I), inançlı işlemlere hâkim olan temel düşüncelerle bağdaşmaz (40). Bununla beraber, idare amacıyla yapılan inançlı devir sözleşmeleri (Verwaltungstreuhandvertrag) nin hukuken vekâlet niteliği taşıdığı kabul edilmektedir (41).

Teminat amacıyla bir alacağın inançlı devri ile, inanılan devir edilen alacak üzerinde tam hak kazandığı için, söz konusu temlik bir kazandırıcı işlem niteliği taşır (42). Her kazandırıcı muamele gibi,

- (37) Bk. **Bergmaier**, sh. 67 vd; **Oberlin**, sh. 70 Bk. ve karş. **Jaeggi/Gauch**, Art. 18. N. 178 vd; **Gauch/Schluep**, I, N. 756-759.
- (38) **Gautschi**, Art. 394, N. 13a; **Jaeggi/Gauch** Art. 18, N. 179; BGE 99 II 397 yahut JdT 1974 I 591-592, cons. 6.
- (39) **Zobl**, Syst Teil, N. 1376, 1557; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 295; **Raymond**, sh. 39; **Bergmaier**, sh. 69 vd; **Oberlin**, sh. 71, 77.
- (40) **Zobl**, Syst Teil, N. 1381; **Rüede-Bugnion**, sh. 58; **Kaderli**, sh. 114, dn. l'e ait metin; **Waelli**, sh. 83, 86; **Oberlin**, sh. 71.
- (41) BGE 106 Ib 150; **Merz**, legalzession, sh. 453 vd; **Zobl**, Syst Teil, N. 1376, 1380; **Oberlin**, sh. 71.
- (42) **Bergmaier**, sh. 43 vd; **Waelli**, sh. 25 vd, 49 vd; **Jaeggi/Gauch**, Art. 18, N 185; **Reymond**, Nr. 38; **Özsunay**, sh. 85 vd; **Tandoğan**, C. II, sh. 546. Buna karşılık, bazı yazarlar inançlı işlemlerde ciddi olarak istenilen bir kazandırıcı işlemin olmadığı fikrindedir (bk. **von Büren**, I, sh. 174-175; **Schönle**, sh. 39 vd).

bir tasarrufi kazandırma olan inançlı temlik de, bir gayeye erişmek için yapılır. Tarafların üzerinde anlaşmışları bu gayeye Roma hukuku ve müşterek hukuktan gelen bir tabirle "causa" (hukuki sebep) denir (43). Başka bir ifadeyle, hukuki sebep (causa) deyimi, gaye anlaşması, yani taraflarca kararlaştırılan gaye anlamına gelir (44). Bununla beraber, isviçre/Türk hukukunda, istisnaen sadece kazandırmanın iradesiyle tek tarafı olarak hukuki sebebin tayin edildiği haller de vardır; vasiyetname ile yapılan kazandırmalarda, vakıf kurma işleminde, aleni mükafaat vaadinde (BK m.8) vekâletsiz işgörmeye ve alacaklının iştirakine gerek olmayan ifade durum böyledir (45).

Kazandırıcı muamelenin sebepleri, genellikle, causa solvendi (=ifa sebebi), cause credendi veya acquirendi (iktisab veya karşı kazandırma elde etme sebebi) ve causa donandi (bağışlama sebebi) olmak üzere başlıca üç gruba ayrılır. Ancak Roma hukukundan gelen bu tasnif tahdidi değildir (46). Teminat amacıyla yapılan inançlı temlikin hukuki sebebi "teminat sebebi"dir (47).

Bazı yazarlar (48), teminat anlaşmasının, teminat amacıyla inançlı temlikin hukuki sebebinin teşkil ettiğini; tasarruf işlemi olan alacağın temlikine (causa olarak) dayanak teşkil eden temel işlem niteliğini taşıdığını ifade etmekte. Bu takdirde, hukuki sebep (causa) kavramı, gaye anlaşmasının ilişkin bulunduğu kazandırıcı işleme (temlike) esas teşkil eden "borç" veya bu borcu doğuran "borç kaynağı", "temel münasebet" anlamında kullanılmış olmaktadır (49). Bu anlayış, "ilmi ve teknik bakımdan doğru değildir. Çünkü bir satım akti veya semen borcu için ifa (erfüllungshalber), tecdit, inançlı muameleyle temin veya tesbit gibi muhtelif hukuki sebeplerle kazandırıcı muamelede bulunulabilir" (50).

(43) **Sungurbey**, sh. 4; **Özsunay**, sh. 89-90.

(44) **Sungurbey**, sh. 4; **von Tuhr/Peter**, sh. 203; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 130.

(45) **Sungurbey**, sh. 4; **von Tuhr/Peter**, sh. 203, dn. 14b; **von Tuhr**, Allg. Teil BGB, § 72 III, sh. 80-81; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 130, dn. 43; **Özsunay**, sh. 90.

(46) **Sungurbey**, sh. 5; **von Tuhr/Peter**, sh. 200; **Bergmaier**, sh. 53; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 131; **Özsunay**, sh. 90-91.

(47) **Sungurbey**, sh. 5/6; **Bergmaier**, sh. 47 vd; **von Tuhr** (sh. 200, dn 9'a ait metin) alacağın temini amacıyla yapılan kazandırmaları causa solvendi'ye (ifa sebebine) dahil etmektedir.

(48) **Flume**, II, sh. 155-156; **Gauch/Schluep** II, N. 2180; **Bucher**, sh. 559, dn. 94; **Zobl**, Syst Teil, N. 1566.

(49) **Sungurbey**, sh. 7.

(50) **Sungurbey**, sh. 7. Ayrıca bk. **Enneccerus/Nipperdey**, sh. 916, dn. 5; **Özsunay**, sh. 91.

Aynı şekilde, bir hukuki sebep olarak kabul edilen "causa fiducia" de teminat amacıyla alacağın temlikinde hukuki durumu yeterli açıklıkta belirtmekten uzaktır.

B) *Teminat Anlaşmasının İfası (Tasarruf muamelesi olarak temlik)* :

Bir taahhüt muamelesi olan teminat anlaşmasının ifası BK m. 163/I anlamında alacağın temlik sözleşmesiyle gerçekleşir. Alacağın temlik, akdi nitelikte bir tasarruf işlemidir. Bununla, temlik edilen alacak, devrenin mamelekenden çıkıp devralanın mamelekine geçer (52).

Akitlerin kurulmasına ilişkin BK m. 1-40'da yer alan hükümler, özellikle karşılıklı irade beyanlarının uygunluğuna, akitlerin konusuna, irade sakatlığına ve temsile ilişkin hükümler, bir borçlar hukuku sözleşmesi olan temlik sözleşmesine de uygulanır (53).

BK m. 163/I gereğince temlik sözleşmesi yazılı şekilde yapılmak zorundadır; yazılı şekil sözleşmenin geçerlik şartını teşkil eder (54). Burada söz konusu olan şekil, âdi yazılı şekildir; sadece alacağı temlik edenin irade beyanının kanuni şekil içinde gerçekleşmesi yeterlidir (BK m. 13) (55).

Kanun, şekil şartını hukuki güvenlik sebebiyle öngörmüş bulunmaktadır; şeklin amacı, özellikle üçüncü kişileri ve borçluyu temlik olayından haberdar etmektir (56). Bununla beraber, alacağın temlikinde alacaklının ismen zikredilmesi şart değildir; "açığa veya beyaza temlik" (Blankozession) geçerlidir; bu tür temlikte alacağı iktisab edecek kişinin kimliği bir başkası tarafından, özellikle temellük eden tarafından yazılıp belirlenebilir (57).

(51) **Wolff**, sh. 69-70; **Özsunay**, sh. 91, dn. 33 ve buna ait metin.

(52) **von Tuhr/Escher**, sh. 330; **Keller/Schöbi** IV, sh. 45; **Gauch/Schluop** II, N. 2176; **Zobl**, Syst Teil N. 1579; **Bucher**, sh. 547; **Eren**, C. III, sh. 419.

(53) **von Tuhr/Escher**, sh. 330; **Zobl**, Syst Teil N. 1579; **Bucher**, sh. 548; **Bergmaier**, sh. 39; **Eren**, C. III, sh. 421.

(54) **von Tuhr/Escher**, sh. 330; **Zobl**, Syst Teil N. 1581; **Gauch/Schluop** II, N. 2178; **Eren**, C. III, sh. 425.

(55) **Gauch/Schluop** II, N. 2178; **Keller/Schöbi**, IV, sh. 44, 45; **Bergmaier**, sh. 40; **Eren**, C. III, sh. 425-426.

(56) **von Tuhr/Escher**, sh. 334-335, dn. 48'e ait metin; **Keller/Schöbi**, IV, sh. 44; **Zobl**, Syst Teil, N. 1581; **Becker**, Art. 165, N. 2; **Bucher**, sh. 550; **Engel**, sh. 590; **Eren**, C. III, sh. 425; BGE 90 II 179; 88 II 21.

(57) **von Tuhr/Escher**, sh. 335-336; **Engel**, sh. 591; **Gauch/Schluop**, II, N. 2266; **Bucher**, sh. 551; **Keller/Schöbi**, IV, sh. 45; **Kramer**, Allg. Einleitung, N. 76; **Zobl**, Syst Teil, N. 1581; **Eren**, C. III, sh. 425; BGE 82 II 52.

Alacağın temlikinin sebebe bağlı (illi) bir işlem olup olmadığı tartışmalıdır.

Önceleri İsviçre hukukunda eĝemen olan bir görüşe göre (58), bütün tasarruf işlemleri gibi, bir tasarruf işlemi olan alacağın temliki de soyuttur. Soyutluk ilkesi kabul edildiği takdirde, temeldeki borçlandırıcı işlem geçersiz olsa dahi, temlik işlemiyle alacak temellük edene geçer; ancak bu geçiş, geçerli bir sebebe dayanmadığından, temlik eden sebepsiz zenginleşme davasıyla devrettiği alacağın kendisine devrini sağlar (59). İsviçre Federal mahkemesi eski kararlarında alacağın temlikinin soyut bir işlem olduğunu kabul ettiği (60) halde, yeni kararlarında (61) sorunu cevapsız (açık) bırakmıştır.

Buna karşılık günümüzde hâkim olan diğer bir görüşe göre (62), alacağın temliki sebebe bağlı (illi) bir işlemdir. Biz de bu görüşe katılmaktayız. von Tuhr tarafından ileri sürülen (63), bütün tasarruf işlemlerinin soyutluğu görüşünün İsviçre/Türk hukuku bakımından isabetli olduğu söylenemez. Zira hukukumuzda en önemli tasarruf muamelesi olan taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olduğu MK m. 932 ve 933'te hükme bağlanmıştır. Aynı esasın taşınır mülkiyetinin devrinde geçerli olduğu doktrin ve yargı kararlarınca kabul edilmiştir (64).

Alacağın temliki sebebe bağlı (illi) bir işlem olarak kabul edilince, geçerli bir hukuki sebebin bulunmaması halinde, alacak, temlik edilene geçmez; devredenin yeniden alacağa sahip kılınması söz konusu değildir; o, ancak temellük edenden verdiği temlik belgesinin iadesini veya iptalini isteyebilir. Devreden ancak, borçlunun temellük edene ödemedede bulunması veya iyiniyetli üçüncü şahsın devredi-

(58) von Tuhr/Escher, sh. 333; Bucher, sh. 544 vd; Oser/Schöneneberger, Art 164 N. 3; Becker, Art. 164, N. 1; Schmid, W.D., SJZ 1970, sh. 299 vd.

(59) Gauch/Schluep, II, N. 2240; Jaeggi, SJZ 1971, sh. 6; Eren, C. III, sh. 422.

(60) BGE 50 II 154; 50 II 393; 67 II 127; 71 II 169 vd.

(61) BGE 84 II 363; 95 II 112.

(62) Jaeggi, SJZ 1971, sh. 7; Moecke, H-J, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, Freiburg in CH, sh. 97; von Büren, I, sh. 318; Engel, sh. 594; Merz, Vertrag und Vertragsschluss, sh. 45; Dutoit, sh. 453 vd; Guhl/Merz/Kummer, sh. 235; Gauch/Schluep, II, N. 2239 vd; Jeanpretre, SJZ 1967 sh. 19; Eren, C. III, sh. 423.

(63) von Tuhr/Escher, sh. 333.

(64) Eren, C. III, sh. 423; Merz, Vertrag und Vertragsschluss, sh. 45, dn. 60'a ait metin.

len alacağı iktisap etmesi hallerinde temellük edene karşı sebepsiz zenginleşme davası açabilir (65).

C) *Temlik edenin tasarruf yetkisine sahip olması*

Alacağın temlik bir tasarruf işlemi olduğu için, temlik edenin alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir; tasarruf yetkisinin bulunmaması halinde, temlik işlemi geçersiz olur (66).

Kural olarak, temlikin yapıldığı anda alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Alacağın temlik edenin mamelekinde yer alması veya başkasının mamelekine dahil olan bir alacak temlik edilecekse temlik edenin yetkili kılınması hallerinde bu şart gerçekleşmiş olur. Yetkisiz temsilcinin yaptığı temlik, alacaklının sonradan icazet vermesiyle veya temlik edenin sözkonusu alacağı sonradan iktisab etmesiyle geçerlilik kazanır (67).

Birden ziyade temlik halinde, tasarruf işlemlerinde geçerli olan "zaman itibariyle öncelik" prensibi gereğince ilk temlik geçerli olur (68).

(65) **Jaeggi**, SJZ 1971, sh. 6, 7; **Gauch/Schluap**, II, N 2443; **Eren**, C. III, sh. 422.

(66) **Bucher**, sh. 548; **von Tuhr/Escher**, sh. 331; **Keller/Schöbi**, IV, sh. 46; **Gauch/Schluap**, II, N. 2176; **Eren**, C. III, sh. 419.

(67) **von Tuhr/Escher**, sh. 331; **Keller/Schöbi**, IV, sh. 46; **Bucher**, sh. 548; **Eren**, C. III, sh. 420-421.

(68) **Gauch/Schluap**, II, N. 2176; **Bucher**, sh. 548. dn. 50 ve buna ait metin; **Eren**, C. III, sh. 420.

§ 3. TOPYEKÜN TEMLİKİN KONUSU

Topyekün temlikin konusunu temlik edilebilir alacaklar teşkil eder. BK m. 162/ I hükmüne göre, kanun, akit veya hukuki ilişkinin niteliği gereği temliki yasak olmayan her türlü alacaklar temlikin, dolayısıyla topyekün temlikin konusunu teşkil eder. Temlik edilen alacağın doğduğu borç kaynağı önemli değildir. Akitten, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya vekâletsiz işgörmeden doğan alacaklar temlik edilebilir. Aynı şekilde eşya, miras veya aile hukukundan doğan alacaklar da temlike konu olabilir (1).

Topyekün temlikin konusuna giren alacaklar, mevcut alacaklar, müstakbel alacaklar ve şarta veya süreye bağlı alacaklar olmak üzere üç grupta toplanabilir.

1- Mevcut Alacaklar

Mevcut alacaklar, temlikin yapıldığı anda hukuken doğmuş bulunan alacaklardır. BK m. 162/ I ve MK m. 23'de öngörülen sınırlar içinde kalınmak şartıyla, bu tür alacakların topyekün temlik çerçevesinde temlik edilmeleri herhangi bir sorun yaratmamaktadır.

2- Şarta ve Süreye Bağlı Alacaklar (bedingten und befristeten Forderungen)

Şart, tarafların iradesiyle bir işlemin hukuki etkisinin doğumunun ve ortadan kalkmasının gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanmasıdır (2). Süre tayini (Befristung) ise, tarafların hukuki işlemin sonuç doğurmasını veya sonuçlarının ortadan kalkmasını gelecekteki gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlamasıdır (3).

Şarta ve süreye bağlı alacaklar topyekün temlik çerçevesinde üçüncü şahıslara devredilebilir (4)

- (1) Bk. **Gauch/Schlupe**, II, N. 2184, 2185; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 234; **Eren**, C. III, 428; **Keller/Schöbi**, IV, sh. 56.
- (2) bk. **Merz**, SPR VI/1, sh. 148; **Pulaşlı**, sh. 8; **Flume**, sh. 677; **Bucher**, sh. 507; **Eren**, C. III, sh. 343-344.
- (3) bk. **Merz**, SPR VI/1, sh. 152-153; **Pulaşlı**, sh. 70; **Sirmen**, Şart, sh. 87; **Eren**, C.III, sh. 349.
- (4) bk. **Zobl**, Syst Teil, N. 1569; **von Tuhr/Escher**, sh. 348; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235. Bazı yazarlardan (dn.11), taliki şarta ve süreye bağlı alacakları müstakbel alacak sayarken, diğerleri (dn.12), bu tür alacakları mevcut alacaklar içinde mütalaa etmektedir. Bu konuda bk. bu paragraf, 3).

3- Müstakbel Alacaklar

Müstakbel alacak (künftige Forderung; creance future) kavramı, MK m. 796/I (ZGB Art. 824/I) ve BK m. 485 (OR Art. 492/II)'de sadece ismen zikredilmiştir. Bunun dışında, müstakbel alacağın kanuni bir tanımı yapılmamış bulunmaktadır.

Müstakbel alacaklar doktrinde başlıca iki kısma ayrılmaktadır (5): Bunlardan birincisi, temlikin yapıldığı anda mevcut olan bir hukuki ilişkiye dayanan müstakbel alacaklardır. Meselâ, temlikin yapıldığı anda mevcut bir kira aktinden ileride doğacak kira alacaklarının temlik (6). Diğeri ise, temlikin yapıldığı anda henüz mevcut olmayan bir hukuki ilişkiden doğacak alacaklardır. Henüz kiraya verilmemiş bir evin ileride kiraya verilmesinden doğacak kira alacağının; ileride kurulacak bir satım aktinden doğacak satış bedelinin temlikinde durum böyledir (7).

Bununla beraber, bazı yazarlar (8), her iki kısım arasında bir ayırım yapmaksızın, müstakbel alacak deyimini kullanmaktadır.

Buna karşılık, geciktirici (talikî) şarta bağlı alacaklar (die suspensiv bedingten Forderungen) (9) ile geciktirici süreye bağlı alacakların (die suspensiv befristeten Forderungen) (10), mevcut veya müstakbel alacaklar grubundan hangisine dahil olduğu tartışmalıdır.

Bir fikre göre (11), geciktirici şarta ve geciktirici süreye bağlı alacaklar, müstakbel alacaklar kategorisine girer. Zira doğuş şartlarından biri eksik olan alacaklar, müstakbel alacak sayılır.

- (5) **von Tuhr/Escher**, sh. 348-349; **Kleyling**, sh. 72; **Haensler**, sh. 35-36; **Becker**, Art. 164, N. 15; **Hahnzog**, sh. 20.
- (6) **von Tuhr/Escher**, sh. 348; **Haensler**, sh. 35.
- (7) Bu tür alacaklara, "dar anlamda müstakbel alacaklar" (**von Tuhr/Escher** sh. 349; **Kleyling**, sh. 72; **Hahnzog**, sh. 22) veya "ümit edilecek alacaklar" (gehoffte Forderungen) (**Fromer**, sh. 284) da denilmektedir.
- (8) **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235; **Gauch/Schlupe**, II, N. 2197; **Keller/Schöbi**, sh. 56. **Zobl** ise (Syst Teil N. 1570) "doğumu tamamen gelecekte bulunan alacaklar" deyimine üstünlük tanımaktadır.
- (9) Bozucu şarta bağlı alacaklar, hukuki işlemin kurulduğu anda mevcut olup, sonradan şartın gerçekleşmesiyle ortadan kalktıkları için, mevcut alacaklar kategorisine girer. bk. **Hahnzog**, sh. 14-15; **Haensler**, sh. 36, dn. 5. **Fromer**, sh. 277, dn. 11.
- (10) Bozucu süreye bağlı alacaklar, hukuki işlemin kurulduğu anda mevcut olup, sürenin dolmasıyla ortadan kalktıkları için, mevcut alacaklardan sayılır. bk. **Hahnzog**, sh. 14-15; **Haensler**, sh. 36, dn. 6.
- (11) **von Tuhr**, Verfügungen über künftige Forderungen DJZ 1904, sh. 428; **Hahnzog**, sh. 5, 15; **Kleyling**, sh. 72; **Oser/Schöneberger**, Art. 164, N. 4; **Sirmen**, Alacak Rehni sh. 15 ve **Hahnzog**, sh. 15, dn. 44, zikredilen diğer yazarlar.

Buna karşılık diğer bir fikre göre (12), geciktirici şartta ve geciktirici süreye bağlı alacaklar mevcut alacaklar kategorisine dahildir. BK m. 485 (OR art. 492/ II)'da müstakbel alacaklar ile şartta bağlı alacakların karşı karşıya konulmasının bu görüşü desteklediği ifade edilmektedir. Bu iddiaya karşı, kanunun anılan maddesinde, kanun koyucunun sadece şartta bağlı alacaklarla ile müstakbel alacakların mevcut alacakların karşısını teşkil ettiğine işaret etmek istediği söylenebilir (13).

Taliki şartta bağlı alacaklar yapıları itibariyle müstakbel alacaklardan ayrılır (14) BK m.150 anlamında şartta, alacağın geçerliliği tarafların seçtiği meşkûk bir olayın gerçekleşmesine bağlanmıştır (15). Böylece taraflar aslında alacağın doğumu için kanunen gerekli olmayan bir olguyu alacağın doğuş şartı durumuna getirmiştir. Oysa müstakbel alacaklarda alacağın doğumu, alacağın doğması için kanun gereği bulunması gereken bir olgunun gerçekleşmemesi sebebiyle engellenmektedir. Böylece müstakbel alacak, alacağın varlığını mümkün kılan bir zorunlu kanuni olgunun zuhuru ile doğmaktadır (16).

Geciktirici süreye (vadeye) bağlı alacakların geciktirici şarttan ayrıldığı yegâne nokta, geciktirici sürelerde alacağın doğumuna imkân veren olayın gerçekleşmesinin kesin olmasıdır (17).

Geciktirici şartta ve geciktirici süreye bağlı alacakların doğumunun ileriye bırakılması tarafların iradesine (mutabakatına) dayandığı halde, müstakbel alacakların doğumunun gelecekte gerçekleşmesi kanuni bir zarurete dayanmaktadır (18). Aynı şekilde, müstakbel alacağın alacaklısının aksine, şartta bağlı hak sahibi şartın gerçekleşmesinden önce muntazar hak sahibi durumundadır. Hakkın tehlikeye düşmesi halinde, alacağı şartta bağlı olmayan alacaklı gibi koruma tedbirleri talep edebilir (BK m. 150/ II) (19).

Bu itibarla, geciktirici şartta ve geciktirici süreye bağlı alacakları mevcut veya müstakbel alacaklardan ayrı bir kategori içinde mütalaa etmek uygun olur.

(12) Wolff, sh. 209 vd; Fromer, sh. 277.

(13) Haensler, sh. 37; Hahnzog, sh. 15.

(14) Haensler, sh. 37.

(15) bk. von Tuhr/Escher, sh. 254; Gauch/Schkuemp, II, N. 2605.

(16) Haensler, sh. 37-38.

(17) von Tuhr/Escher, sh. 46; Gauch/Schluemp II, N. 2675 vd; Engel, sh. 369; Merz, SPR VI/1, sh. 152-153; Eren, C. III, sh. 347-348.

(18) Haensler, sh. 39, N. 12.

(19) Haensler, sh. 38, 39.

Müstakbel alacakların temlik edilebilmesi, belirli olmaları halinde mümkündür.

a) *Belirlilik esası*

Federal Mahkemeye göre (20) müstakbel alacağın temlikinde, temlik edilecek alacağın, borçlunun şahsı, hukuki sebep ve miktar açısından belirli veya en azından belirlenebilir olması gerekir. Devredilen alacağın belirli olması esası doktrin tarafından da benimsenmiş bulunmaktadır (21).

Söz konusu belirlilik veya belirlenebilirlik şartı ne zaman gerçekleşmelidir? Bu soruya üç türlü cevap verilebilir: 1) temlik sözleşmesinin gerçekleştiği an, 2) alacağın doğduğu an ve 3) alacağın ileri sürüldüğü an.

Federal Mahkeme 12 Mayıs 1987 tarihli kararında yukardaki soruyu şu şekilde cevaplandırmaktadır (22): "müstakbel alacağın temlikinin geçerli olması için, alacağın doğduğu anda belirli, yani belirlenebilir olması yeterlidir. Gerçekten bu görüş tarzı, temlik edenin işletme veya ticari bir faaliyetinden doğan bütün müstakbel alacakları temlikinin geçerliliğini kabul ile bağdaşabilen yegâne görüştür; zira böyle bir durumda temlik edilen alacaklar, temlik sözleşmesinin kurulduğu anda (borçlunun şahsı vs bakımından) mahiyeti icabı belirli değildir. Bundan başka, bu görüş tarzı, temlik anında ekseriya borçlusu ve miktarı bilinmeyen, ücretlerin temlikinin kabulü ile bağdaşabilen yegâne görüştür"

Yazarların büyük bir çoğunluğu (23) Federal Mahkeme tarafından savunulan yukardaki görüş tarzını benimsemektedir.

(20) BGE 57 II 539. Federal Mahkemenin daha sonraki kararlarında genellikle aynı ifadeler kullanılmak suretiyle bu karara atıf yapılmıştır: BGE 61 II 331; 75 III 111; 82 II 48; 84 II 366; 85 I 30; 88 II 21; 90 II 179; 94 II 290; 95 III 12; 112 II 435 yahut JdT 1987 I 164; 112 II 243; 113 II 165.

(21) **von Tuhr/Escher**, sh. 350; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235; **Zobl**, Syst Teil, N. 1570; **Walder**, sh. 15; **Amonn**, Blatter, sh. 132; **Ozer/Schönenberger**, Art. 164, N. 4; **Becker**, Art. 164, N. 15; **Kaderli**, sh. 110; **Kramer**, Allg Einleitung, N. 76; **Oberlin** sh. 101; **Gauch/Schluep** II N. 2179, 2199.

(22) BGE 113 II 166, cons. 2b.

(23) **Zobl**, Syst Teil, N. 1570; **von Büren**, Allg Teil, sh. 325; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235; **Fromer**, sh. 307; **Jeanpretre**, SJZ 1967, sh. 20; **von Tuhr/Escher**, sh. 350, dn. 75; **Kleyling**, sh. 76, dn. 40 a ait metin; **Oberlin**, sh. 101.

Buna karşılık, Bucher (24) ve Wiegand (25) doktrin ve Federal Mahkemenin geliştirmiş bulunduğu, yukarda zikredilen belirlilik kavramına itiraz etmektedir. Her iki yazara göre, temlik taahhüdü (pactum de cedendo) açısından, MK m. 23/ II'deki sınırlar içinde kalmak kaydıyla Federal Mahkeme ve diğer yazarlarca kabul edilen belirlilik yeterlidir; taahhüt muamelesinin kurulduğu anda daha fazla bir belirlilik istemeye gerek yoktur (26). Buna karşılık, gerçek anlamda temlik, yani tasarruf işlemi olarak temlikte alacağın doğduğu veya ileri sürüldüğü anda belirli olması yetmez; temlikin yapıldığı anda temlik konusu alacakların belirli olması gerekir. Kanunda genel bir biçimde düzenlenmemiş olmakla beraber, eşya hukukunda geçerli olan belirlilik (taahhüt=taahhüt) prensibi gereğince aynı haklar ancak belirli, muayyen bir eşya üzerinde kurulabilir; aynı hak durumunda değişiklik meydana getirecek tasarruf işlemlerinin konusunun belirli, muayyen olması gerekir. Eşya hukukunda geçerli olan hukuki güvenlik ve aleniyet mülahazalarının, alacaklar açısından fazla önemli olmadığı söylenemez (27). Binaenaleyh, belirlilik ilkesinin eşya hukuku dışında kalan diğer hakların intikalinde de, yani alacağın temlikinde de geçerli olması gerekir (28). Bunun tabii sonucu olarak, tasarruf işlemi olan temlikin geçerliliği, bu işleme konu olan alacağın, temlik esnasında belirli olmasına bağlıdır; alacağın doğduğu veya ileri sürüldüğü esnada belirli olması tasarrufi anlamdaki temlik için yeterli değildir (29). *Bucher*, Federal Mahkemenin son iki kararı (BGE 112 II 435 ve 113 II 167) bu açıdan tenkid etmekte ve söz konusu kararların, alacağın temlikinde kanunun açıkca kabul ettiği taahhüt muamelesi-tasarruf muamelesi ayırımıyla bağdaşamayacağını ileri sürmektedir (30). *Bucher* ile aynı görüşü benimseyen *Wiegand*'a göre, ayırım yapmaksızın her türlü müstakbel alacağın temlik edilebileceğini kabul, sadece belirlilik ilkesine aykırı olmakla kalmaz; aynı za-

- (24) **Bucher**, sh. 543 vd; aynı yazar, *Kredisicherung*, sh. 21 ve recht 1989, sh. 14 vd.
 (25) **Wiegand**, *Kredisicherung und Rechtsdogmatik*, sh. 288 vd; aynı yazar, *ZBJV* 1980, sh. 561 vd.
 (26) **Bucher**, sh. 543-544; aynı yazar, *recht* 1989, sh. 14.
 (27) **Bucher**, sh. 544 vd dn. 31.
 (28) **Wiegand**, *Kredisicherung und Rechtsdogmatik*, sh. 289. **Wiegand**, **Bucher**'in eşya hukuku işlemlerinde geçerli olan belirlilik ilkesini temlike nakletmesini hukuk politikası bakımından doğru bulmakla beraber, bilimsel açıdan füzuli addedmektedir. Ona göre, belirlilik ilkesi tasarruf kavramına zorunlu olarak bağlı ve hatta onunla vücut bulmuş bir ilkedir (*Kredisicherung und Rechtsdogmatik*, sh. 299, dn. 25).
 (29) **Bucher**, sh. 544, dn. 32'ye ait metin.
 (30) **Bucher**, sh. 544, dn. 33 ve 34'e ait metinler; **Wiegand**, *ZBJV* 1980, sh. 563.

manda alacağın temlikinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmasına bağlı kılan BK m. 163/I hükmüyle de çalışmaktadır. Zira bu hükmün amacı tıpkı MK 690'da olduğu gibi, üçüncü kişileri korumaktır. Bu husus, 1881 tarihli borçlar kanununun 184. maddesinde yer alan, temlikin taraflar arasında şekilsiz, üçüncü kişiler bakımından yazılı olarak tevsikini öngören hükmün BK 163/I ile terkedilmesinden de anlaşılır (31). *Engel*'in de Federal Mahkemede görülen davada kullanılan hukuki mütalaasında aynı görüşü savunduğu görülmektedir (32).

Federal Mahkemeye göre, "şüphesiz teorik değerden yoksun bulunmayan bu görüş (Bucher ve Wiegand'ın görüşü), mahkeme içtihatları ve doktrine istinaden, en azından doğduğu anda belirlenebilir alacakların temlikinin geçerliliğini kabul eden, kredi konusunda inkişaf etmiş bulunan (bk. Zobl, op cit, N. 1673 vd) topyekûn temlik uygulamasıyla uyuşmamaktadır. Temlik işleminin, doğduğu anda alacağın belirlenmesine imkân veren unsurların tamamın ihtiva etmesi gerekir; fakat bir defa bu şart gerçekleştiğinde bir tasarruf işlemine veya sonraki belirlemeye gerek yoktur. Genel bir ifadeyle, esaslı unsurlarından biri işlemde belirlenmemiş olsa bile, alacağın temlik şekil bakımından geçerlidir. Elverir ki, gerektiğinde üçüncü şahıslardan sâdir olan sonraki beyanlar sonucu olsa dahi (BGE 85 II 52), yeterince belirlenmiş olsun; bunun için, doğduğu zaman alacağı kesinlikle belirleyen yeni bir yazılı işleme (belgeye) de gerek yoktur. Eşya hukukunda mevcut şekliyle, özellikle orada uygulanan alenilik kuralıyla bağlantılı olarak (gayrimenkul rehni için tapu siciline tescil, MK m. 771; menkul rehni için teslim, MK 853), borçlar hukukunda doğrudan doğruya uygulanamaz. Esasen belirlilik (tahsis = specialité) prensibi, eşya hukuku alanında dahi,rehin değil, onun garanti ettiği alacak söz konusu olduğu zaman sıkı bir şekilde uygulanmamaktadır (Zobl, op. Cit. N. 267, BGE 108 II 47)" (33).

Bazı yazarlar (34), Federal Mahkemenin sözünü ettiği uygulamaların örf ve âdet (gelenek) hukukuna dayandığını; örf ve âdet kurallarının niteliklerinden olan uzun süreden beri uygulanma ve opinio necessitus veya opinio juris unsurlarının olayda gerçekleştiğini

(31) **Wiegand**, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, sh. 292 vd.

(32) BGE 113 II 164.

(33) BGE 113 II 167.

(34) **Zobl**, Syst Teil, N. 1673; **Oberlin**, sh. 117 vd; Federal Mahkemenin 8.P.1977 tarihli neşredilmemiş kararı (**Nobel**, sh. 358 vd).

ifade etmekte. Böylece, preter legem, kanun yanında boşluğun örf ve âdet kuralıyla doldurulduğu görüşü kabul edilmektedir. Federal Mahkemenin anla kararında bu husus açıkça ifade edilmemiş olmakla beraber, Zobl'a yapılan yollama(Syst Teil, N. 1673)ve kararın bütünü dikkate alındığında İsviçre yüksek mahkemesinin de bu fikri benimsediği söylenebilir (35, 36).

Müstakbel alacakların temlik konusunda ileri sürülen birbirinden farklı bu iki görüş hakkında sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için, eşya hukukuna hâkim olan prensiplerin alacağın temlikine uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ile alacağın temlikinin bir tasarruf işlemi olmasına atfedilen sonuçları yakından incelemek gerekir.

b) *Eşya Hukukuna hâkim olan belirlilik (tahsis) ve aleniyet prensipleri*

aa) Belirlilik (tahsis) prensibi (Spezialitaetsprinzip)

Buna göre aynı haklar, ancak münferit, ferdileştirilmiş ve belirli bir eşya veya hak üzerinde kurulabilir (37). Eşya topluluğu (Sachgesamtheiten) ve hukuki tümlükler (Rechtsgesamtheiten) ancak borçlar hukuku işlemlerine konu teşkil edebilir (38).

bb) Aleniyet prensibi (Publizitaetsprinzip)

Aleniyet prensibi, bir eşya üzerindeki aynı hakkın üçüncü şahıslar tarafından kolaylıkla anlaşılacak tarzda gözükmesidir. Buna göre, aynı hakların kurulması, devri ve ortadan kalkmasının üçüncü şahıslar tarafından kolaylıkla anlaşılacak bir biçimde gerçekleşmesi gerekir (39). Aynı haklar herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardandır. Aynı hakları ihlal etmemekle yükümlü olan üçüncü

(35) **Klein**, (sh. 214, olayların ağırlığı altında kanun boşluğu dolduran bir kuralın varlığını Federal Mahkeme kabul etmekte midir? sorusunun sorulacağını ifade etmektedir. Ancak, yazar'ın bu soruya açık bir cevap vermediği gözlenmektedir.

(36) **Merz**'in BGE 113 II 163'de yayınlanan Federal Mahkeme kararını tahlil eden yazısının sonunda (ZBJV 125/1989, sh. 214) şu ifadeler yer almaktadır: "Federal Mahkemenin temsil ettiği görüşün, inançlı topyekun temlikin teminat altına aldığı alacakların teminatsız alacaklara tekaddüm ettiği sonucuna varması isabetlidir. Bu her zaman olmasa bile, münferit olayda hakkaniyete uymayan sonuçları mucip olabilir; fakat esas itibariyle caiz bir temele dayanan imtiyazlandırma vardır. Bu durum esas itibariyle genel olarak hakkaniyete aykırı mütalaa edilecekse, kanun koyucu tarafından bertaraf edilmelidir".

(37) **Meier-Hayoz**, Syst Teil, N. 34, 78; **Zobl**, Syst Teil, N. 257; **Akipek**, C.I, sh. 125 **Oğuzman/Seliçi**, sh. 22; **Ünal**, sh. 40; **Haensler**, sh. 59; **Oberlin**, sh. 105-106.

(38) **Meier-Hayoz**, Syst Teil, N. 34, 84; **Zobl**, Syst Teil, N. 257; **Oberlin**, sh. 106.

şahıslar, aleniyyet prensibi sayesinde aynı hakların varlığını ve sahibinin kim olduğunu öğrenebilirler (40).

Medeni Kanun, aleniyyet vasıtası olarak menkullerde zilyetliği (MK m. 687), gayrimenkullerde tapu sicilini öngörmüş ve bunlara hak sahipliği karinesi bağlamıştır (MK m. 899 ve 905) (41). Bunun sonucu olarak, aynı haklar, ona aleniyyet kazandıracak vasıtalara başvurmaksızın kazanılamaz ve kurulamaz (42).

Aleniyyet prensibi hukuki işlemlerde şeffaflığı ve açıklığı sağlar; bu sayede hukuki emniyet sağlanmış olur. Bu açıdan aleniyyet prensibi ile belirlilik prensibi arasında yakın bir bağ mevcuttur (43). Menkul rehinde hükmen teslim vasağı bu amaçla öngörülmüştür (MK m. 853) (44). Başka bir ifadeyle, belirlilik prensibi, aleniyyet prensibinin gerçekleşmesini sağlayan bir araçtır. Eşyaların münferiden tasarruf işlemine konu olması zarureti, aleniyyet prensibinin getirdiği şartların ortadan kalkmasını önler; belirlilik prensibinin varlık sebebi, aleniyyet ilkesini gerçekleştirmektir (45).

Bucher ve *Wiegand*, belirlilik ilkesinin alacağın temlikine de uygulanacağına ilişkin görüşlerini, alacağın temlikinin bir tasarruf işlemi olduğu gerekçesine dayandırmaktadır (46). Az önce de ifade edildiği gibi, eşya hukukundaki belirlilik ve aleniyyet ilkeleri, aynı hakların herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardan olması sebebiyle kabul edilmiştir (47). Bu ilkelerin nisbi nitelik taşıyan, yani sadece borçluya karşı ileri sürülebilen, alacak haklarına aynen uygulanması, onların konuluş amacına uygun düşmez (48). Nitekim *Bucher* (49)'in görüşünü savunurken kendisine yollamada bulunduğu *Meier-Hayoz*, eşya hukukundaki belirlilik prensibini, aleniyyet ilkesinden çıkartmakta ve onu genel anlamda tasarruf işleminin sonucu telakki etmeyip, aynı hakların mutlak hak olması özelliği ile izah etmekte-

(39) *Akipek*, C.I, sh. 124; *Meier-Hayoz*, Syst Teil, N. 22.

(40) *Meier-Hayoz*, Syst Teil, N. 22; *Zobl*, Syst Teil, N. 272; *Haab*, Einleitung, N. 62; *Oğuzman/Seliçi*, sh. 23; *Ünal*, sh. 41.

(41) *Meier-Hayoz*, Syst Teil, N. 23, 24; *Haensler*, sh. 61; *Haab*, Einleitung, N. 63; *Ünal*, sh. 42; *Oğuzman-Seliçi*, sh. 23-24; *Zobl*, Syst Teil, N. 273, 274.

(42) *Ünal*, sh. 42; *Haensler*, sh. 61. MK m. 892, bu hususta bir istisna teşkil eder.

(43) *Haensler*, sh. 59, N. 4, sh. 67, N. 19; *Oberlin*, sh. 110.

(44) *Oberlin*, sh. 110.

(45) *Haensler*, sh. 19.

(46) *Bucher*, sh. 544; *Wiegand*, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, sh. 289; aynı yazar, ZJBV 1980, sh. 563.

(47) bk. yuk. 3, 6

(48) *Haensler*, sh. 68, N. 22.

(49) *Bucher*, sh. 544, dn. 31.

dir (50). Aynı şekilde, eşya hukukunda aleniyet prensibine bağlanan mülkiyet karinesi (MK m. 898 ve 905) ve bu prensibin sonucu olan iyiniyetin korunması esası (MK m. 901, 903, 906, 939 ve 931) alacağın temlikinde söz konusu değildir. BK m. 169 hükmü bu hususu teyid eder. Nisbi haklarda iyiniyetin korunması kuralının iki istisnası BK m. 18/II ve 162/II'de düzenlenmiştir. Bu iki kural, kanunda tüketici bir biçimde düzenlenmiş olup, diğer hallere teşmil edilemez (51).

Wiegand'a göre (52), alacağın temlikinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılması şartına bağlayan BK m. 163/I hükmü, üçüncü şahısları koruma amacıyla konulmuştur. Bu hükümde öngörülen yazılı şekil, alacağın temlikine aleniyet sağlar. Böylece üçüncü şahıslar tasarruf işleminin yapıldığı anda, temlik edilen alacağı teşhis etme imkânı elde ederler.

Bu hususta isabetli bir sonuca varabilmek için, BK m. 163/I'deki normun koruma amacını tesbit etmek gerekir. 1881 tarihli İsviçre borçlar kanununun BK m. 163/I'e tekabül eden 184. maddesinde, "alacağın temlikî özel bir şekle tabi olmaksızın bağlayıcıdır. Fakat üçüncü şahıslara karşı, özellikle temlik edenin iflâsında temlikin geçerliliği için yazılı şekilde belgelenmesi gereklidir" denilmektedir. İsviçre Borçlar kanununun hazırlık komisyonunda almanca raportör Eugen Huber, BK 163/I ile yapılan değişiklikte, temlik sözleşmesinin hükümlerinin gerek taraflar, gerek üçüncü şahıslar bakımından aynı duruma getirildiğini ifadeyle yetinmektedir (53). Buna göre kanunun hazırlık çalışmalarından yazılı şeklin aleniyet sağlamak amacıyla konulduğu sonucunu çıkarmak mümkün olmamaktadır (54).

BK m. 163/I'in objektif teleolojik yorumundan ne gibi sonuç çıkarılabilir?

BK m. 163/I'deki şekil mecburiyetinin amacı, temlik edeni acele kararlara karşı korumak değildir. Zira kanun koyucunun amacı bu olsaydı, temlik taahhüdü için de yazılı şekil öngörülürdü. Oysa kanun koyucu temlik taahhüdünü herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır (55).

(50) **Meier-Hayoz**, Syst Teil, N. 34: "Dingliche Rechte entstehen dagegen immer nur an diejenigen einzelnen Sachen an denen die erforderlichen Publizitätsformen erfüllt werden sind". Ayrıca bk. **Haensler**, sh. 70, N. 4.

(51) **Haensler**, sh. 75, N. 17; **von Tuhr/Peter**, sh. 180, dn. 60 ve buna ait metin; **von Tuhr/Escher**, sh. 332, dn. 22 ye ait metin. **Koller**, BK m. 165 ve 167'yi borçlunun iyiniyetini koruyan hüküm olarak nitelenmektedir, sh. 187-188, N. 592-593.

(52) **Wiegand**, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, sh. 292 vd.

(53) bk. Sten Bull (NR) 21 Ekim 1909, sh. 555.

(54) **Haensler**, sh. 73, N. 12.

(55) **von Tuhr/Escher**, sh. 334-335; **Becker**, Art. 165, N. 2; **Haensler**, sh. 73-74, N. 14; **Oser/Schönenberger**, Art. 165, N. 3.

BK m. 163/I'de öngörülen şekil şartının amacı temlik edilen alacağın borçlusunu temlik veya birbirini takip eden müteakip temliklerden haberdar etmek ve alacaklıya temlik edilen alacağın borçlusuna karşı hak sabibi olduğunu belgelemek imkânı vermektir (56). Binaenaleyh, yazılı şekilde yapılan temlik sözleşmesine, eşya hukukunda tapu sicili ve zilyetlikte olduğu gibi, aleniyyet fonksiyonu izafe etmek mümkün değildir. Alacağı devredenle devralan arasında kurulan ve herhangi bir sicile kayıt edilmesi gerekmeyen temlik sözleşmesinden üçüncü şahısların bilgi edinmesinden söz edilemez (57). Buna göre, eşya hukukundaki belirlilik ve aleniyyet prensibini alacağın temlikinde uygulamak mümkün olmadığı gibi, bu konuda bir zaruret de bulunmamaktadır. (58).

Diğer taraftan, Wiegand, von Tuhr'un BK m. 163/I'e eşya hukuku anlamında aleniyyet sağlayan bir hüküm niteliği verdiğini iddia etmektedir (59). von Tuhr'un kullandığı, "temlik şeklinin anlamı, diğer hallerde mesela kefalette olduğu gibi, temlik edeni acele kararlara karşı korumak olmayıp (zira BK m.163/II gereğince temlik şekilsiz olarak taahhüt edilebilir), bilakis, temlik olayını üçüncü şahıslar, özellikle borçlu için kolayca öğrenilebilir kılmaktır" ibaresinden (60) böyle bir sonuç çıkartılamaz (61).

Kanaatimizce, topyekûn temlikte belirlilik bakımından, alacağın doğduğu anda belirli olmasını yeterli sayan hâkim görüşe üstünlük tanımak gerekir. İleri sürülme tarihinin keyfiliğe yol açması mümkündür.

- (56) **Haensler**, sh. 74, N. 15; **Zobl**, Syst Teil, N. 1686; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 352, dn. 40; **Stachelin**, sh. 384; **Oberlin**, sh. 114; **Oser/Schönenberger**, Art. 165, N.3.
- (57) **Zobl**, SJZ 1989, sh. 353, dn. 44; **Homburger**, SAG 1988, sh. 158; **Merz**, ZBJV 1989 sh. 213, 214. **Wiegand**'ın görüşüne mütemayil olan **Klein** da, "şüphesiz bu sistemin zayıf tarafları var ve onun sağladığı aleniyyet tam değildir" demek suretiyle bu hususu itiraf etmektedir (**Klein**, sh. 217).
- (58) **Stachelin**'e göre (sh. 384), "alacak mevcut olmadığı sürece, ne hukuki açıklık, ne hukuki güvenlik ilkeleri alacağın tüm esaslı noktalarıyla belirli olmasını isteyemez".
- (59) **Wiegand**, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, sh. 293.
- (60) **von Tuhr/Escher**, sh. 335, dn. 48'e ait metin.
- (61) Nitekim, **Wiegand** bir yıl sonra yazdığı başka bir makalesinde, ZBJV 1980 sh. 564, BK. m. 163/I e ilişkin olarak, "... esasen üçüncü şahıslara karşı önceden haber verme değil, her şeyden önce isbat edilebilirlik söz konusudur" demektedir. **Haensler**, sh. 72, dn. 18.

§ 4. MÜSTAKBEL ALACAKLARIN TEMLİKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yukarda da ifade edildiği gibi (1), alacağın temliki bir tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemleri, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, muhtevasını sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemlerdir (2). Bu işlemlerin yapılmasıyla, işleme konu olan hak, başka bir irade açıklamasına gerek olmadan, tasarruf işlemi yapanın mamelekenden çıkıp, diğer tarafın mamelekine girer. Aynı şekilde alacağın temliki işleminin yapılmasıyla, alacak, temellük edenin mamelekine dahil olur (3).

Bu durum karşısında, henüz doğmamış müstakbel alacakların devriyle, tasarruf işleminin hak üzerindeki doğrudan etkisini nasıl izah etmek gerekir?

Tasarruf işlemlerinde, normal olarak, işlemin yapıldığı anda üzerinde tasarruf edilen hakkın doğumu için gerekli şartlar (Tatbestands-elemente) mevcuttur. Bununla beraber, müstakbel alacaklara, şarta veya süreye bağlı alacaklara ilişkin tasarruflarla üçüncü şahısların icazetine ihtiyaç gösteren tasarruflarda bu kuralın istisnası söz konusudur (4). Bu istisnai durumlarda, bir önceden tasarrufun (Vorausverfüngen) varlığı kabul edilmektedir.

Tasarruf işlemlerinde, işlemin yapıldığı an ile tasarrufun hukuki sonuçlarını doğurduğu anı birbirinden ayırmak gerekir (5). Tasarruf işlemlerinde, bu iki anın birlikte bulunması zorunlu değildir. Bu itibarla, önceden tasarruf hallerinde, tasarruf işlemi hukuki sonuçlarını alacağın doğduğu anda gerçekleştirir (6). Bununla, tasarruf işleminin hukuki durumda doğrudan doğruya değişiklik yapma olgusu bertaraf edilmiş olmamaktadır. Burada geçen doğrudan doğruya deyimini, zamana ilişkin olarak anlamamak gerekir; bu deyimden, hukuki değişikliğin başka bir irade açıklamasına veya hukuki fiile ihtiyaç olmaksızın gerçekleşmesi anlaşılır (7).

(1) bk. yukarda §1, II, 2.

(2) **von Tuhr/Peter**, sh. 194; **Engel**, sh. 111; **Bucher**, sh. 42 vd; **Keller/Schöbi**, I, sh. 12; **Eren**, C. I, sh. 231.

(3) bk. yukarda § 1, II, 2, dn. 7 ve buna ait metin.

(4) bk. **Fromer**, sh. 286-287; **Haensler**, sh. 43.

(5) **Fromer**, sh. 286; **Haensler**, sh. 52, 54, 55.

(6) **Fromer**, sh. 286-287, 292; **Haensler**, sh. 52 vd.

(7) **Fromer**, sh. 286-287, 292; **Haensler**, sh. 52, 26; **Hahnzog**, sh. 23, 25; **von Tuhr/Escher**, sh. 349; **RGZ** 67, 167. Ayrıca bk. **Zöhl**, Syst Teil N. 674; **Oberlin**, sh. 113.

İsviçre-Türk hukukunda müstakbel alacakların devredilebilirliği âdi şirkette ortakların kâr payı ve tasfiye payını düzenleyen BK m. 523/I ve m. 539/I hükmlerinden dolayı olarak çıkartılabilir (8). Kâr payına ilişkin talep ancak faaliyet yılının sonunda doğar; tasfiye payı ise, şirketin infisahı veya bir ortağın şirketten ayrılmasıyla doğar. Bu olguların gerçekleşmesinden önce âdi şirkete hâkim olan elbirliği prensibi sebebiyle ortaklar için mevcut bir alacak sözkonusu değildir. Bu müstakbel alacakların devredilebileceği kanunda açıkça hükme bağlanmamış ise de, doktrin ve uygulamada genellikle kabul edilmektedir (9).

Aynı şekilde, müstakbel alacakların devredilebilirliği MK m. 778'den de çıkartılabilir. Bu maddenin II. fıkrası hükmüne göre, rehnedilen gayri menkulün malikinin, henüz muaccel olmamış kira alacakları üzerinde yapacağı hukuki tasarruflar, alacağı gayrimenkul rehniyle temin edilmiş alacaklıya karşı geçerli değildir. Burada geçen tasarruf kavramına, bir tasarruf işlemi olan temlik dahildir. MK m. 778/ II hükmünden, zıt kavram (argumentum e contrario) yoluyla, müstakbel kira alacaklarının önceden temlikinin, gayri menkul rehniyle temin edilmiş alacağın alacaklısının dışındaki şahıslara karşı geçerli olduğu sonucu çıkartılabilir (10).

Aynı haklar üzerinde önceden tasarruf mümkün mü?

Eşya hukukunda mülkiyetin kazanılması için gayrimenkullerde tapu siciline tescil (MK m. 633/ I, c. 1), menkullerde teslim (zilyetliğin nakli) (MK m. 687) şarttır. Tapu kütüğüne ancak mevcut haklar tescil edilebileceği için, gayri menkuller üzerinde önceden tasarruf mümkün değildir. Menkullerde mülkiyetin kazanılması için, zilyetliğin nakli kurucu unsurdur. Bununla beraber, doktrinde, MK m. 892/ I gereğince hükmen teslim yoluyla zilyetliğin devrinde, zilyetliğin devreden kişinin henüz malı iktisab etmediği bir zamanda, hükmen teslim anlaşmasını yapabileceği ve bu anlaşmanın hükümlerini zilyetliğin nakledecek kişinin malı elde ettiği anda doğuracağı kabul edilmektedir (11). Bu tür hükmen teslim, önceden hükmen teslim

(8) **Fromer**, sh. 256.

(9) **Fromer**, sh. 296 ve dn. 66 ve 67 de zikredilenler.

(10) **Fromer**, sh. 297.

(11) **Hombberger**, Zürcher Kommentar, Bd. VI/3, Besitz und Grundbuch, Bern 1938, Art. 924, n. 12; **Hinderling**, SPR V/1, sh. 436; **Stark**, Berner Kommentar, Bd. IV/3/1, der Besitz, Bern, 1984, Art. 924, N. 46; **Haab/Scherrer**, Art. 717, N. 33 vd; **Oğuzman/Seliçi**, sh. 77, dn. 68a; **Serozan** (Hatemi/Arpacı), Eşya Hukuku, İstanbul 1991, sh. 309.

(antezipierten oder antezipierenden Besitzeskonstitut) adı verilmiştir. Ancak MK m. 690 hükmü, önceden hükmen teslim yolunun uygulanmasını önemli ölçüde sınırlanmış bulunmaktadır (12).

Gayrimenkul üzerindeki irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyetleri üzerinde önceden tasarruf mümkün değildir. Zira bunların kazanılması için tapu kütüğüne tescil kurucu nitelik taşır (MK m. 704 ve 755) (13).

Menkuller üzerinde kurulacak intifa haklarının önceden tasarruf işlemine konu olması hususunda, menkul mülkiyeti üzerinde önceden tasarrufla ilgili olarak söylenenler geçerlidir. Ayrıca MK m. 718 gereğince menkuller üzerinde intifa hakkının kurulabilmesi için, menkulün intifa hakkı sahibine teslimi, onun vasıtasız zilyet kılınması şarttır (14). Buna karşılık, alacak üzerinde kurulacak irtifa hakkına ilişkin önceden tasarruf mümkündür (15).

(12) **Haensler**, sh. 46, N. 11.

(13) **Haensler**, sh. 46, N. 12.

(14) **Oğuzman/Seliçi**, sh. 724-725.

(15) **Haensler**, sh. 45 vd, özellikle, sh. 49, N. 16.

§ 5. BORÇLULAR LİSTESİNİN GÖNDERİLMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Topyekün temlik, yeni doğan alacakların devamlı olarak temlik kapsamına girmesini ve aynı zamanda temlik borçlusu tarafından ödenen alacakların sona ermesini tazammun eder. Bu durum, topyekün temlik çerçevesinde alacağı devralanıp münferit alacaklar hakkında doğru bilgilere sahip olması zarureti doğurmaktadır (1). Yukarıda da ifade edildiği üzere (2) İsviçre'deki uygulamada, İsviçre Bankalar Birliği 2.6.1989 tarih ve 224 numaralı genelgesindeki tavsiyelere uygun olarak, bankalar, temlik edenden belirli aralıklarla ayrıntılı alacak listelerinin gönderilmesini ve o andaki alacaklar durumunun bildirilmesini temlik sözleşmesine bir şart olarak dercetmekteler (3). Böylece, taraflar, topyekün temlik ile temellük edene geçen alacakları, doğar doğmaz teşhise edebilme imkânına sahip olurlar. Bu teşhis keyfiyeti temlik edenin her mal veya hizmet edimi mukabilinde aldığı faturanın bir suretini temellük edene göndermesiyle basit ve ihtilafsız bir şekilde gerçekleşir (4). İsviçre uygulamasında, her ay temlik edenin alacaklarının toplam mevcudunu ve üç ayda bir ayrıntılı alacaklılar listesi gönderilmesi mutaddır (5). Ayrıntılı listeler, devralana BK m. 165 uyarınca temlik borçlusuna ihtarda bulunma imkânı sağlar. Bununla beraber, temlik borçlusunun, temlik edenin talimatı üzerine borcunu temellük edene ödemesi halinde de, topyekün temlikte aleniyet sağlanmış olur (6).

Yukarıda belirtilen şekilde, borçlular listesi gönderilmesinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bucher'e göre (7) borçlular listesinin gönderilmesi bir tasarruf işlemi niteliği taşır ve aynı zamanda kurucu nitelikte belirlilik sağlayan işlem hüviyeti arzeder. Bu görüş topyekün temlik bir taahhüt işlemi, bir çerçeve temlik (Mantelzession) saymanın tabii bir sonucudur.

(1) **Oberlin**, sh. 102.

(2) bk. yuk. § 2, II

(3) **Oberlin**, sh. 46-49, 102; **Albisetti/Boemle/Ehram/Gsell/Rutschi**, sh. 337-338; **Zobl**, Syst Teil, N. 1687.

(4) **Amonn**, Blatter, sh. 134-135.

(5) **Amonn**, Blatter, sh. 135; **Oberlin**, sh. 103; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235.

(6) **Amonn**, Blatter, sh. 135.

(7) **Bucher**, sh. 454 vd, özellikle dn. 34; aynı yazar, recht 1989, sh. 15.

Başka bir fikre göre (8) borçlular listesinin gönderilmesi, bildirici bir nitelik taşır. Bununla beraber, topyekûn temlikle teminat altına alınan krediyi açan bankanın, borçlular listesinin gönderilmesini istemekten imtina etmesi, zımnen topyekûn temlikin kaldırıldığı sonucunu doğurabilir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bir tasarruf işlemi olan temlik sözleşmesiyle alacaklı değişikliği gerçekleşmiştir. Bunun tekrar bozulabilmesi için yeni bir temlik işlemine (Rückzession) ihtiyaç vardır; bu da BK m. 163/I gereğince ancak yazılı bir şekilde yapılabilir. İsviçre-Türk hukukunda ibranın şekle bağlı olmaması (OR 115) (9) sonucu değiştirmez. Çünkü, topyekûn temlik alacaklı sıfatını değiştirdiği için, ibra temellük edenle temlik borçlusunu arasında söz konusu olabilir (10).

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir fikre göre (11); borçlular listesinin gönderilmesi sadece bilidirici nitelik taşır; bununla önceden yapılan temlik somut olarak teyid edilmiş olur. Borçlular listesinin gönderilmesinin pratik anlamı, temellük eden, özellikle temkredisi açan bankalara temliki kontrol etmek ve gerektiğinde temlik borçlusuna ihbar etme imkânı sağlamaktan ibarettir.

-
- (8) **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235; **Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi** sh. 338; **Amonn**, Blatter, sh. 135.
- (9) **Zobl**, Syst Teil, N. 1687; aynı yazar SJZ 1989, sh. 355-356; **Haensler**, sh. 96, N. 31; **von Tuhr/Escher**, sh. 338; **Oberlin**, sh. 102; **Bergmaier**, sh. 172, 179; BGE 105 II 268, Erw.2a.
- (10) **Haensler**, sh. 96-97, N. 31; **Zobl**, Syst Teil, N. 1687; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 356; **Oberlin**, sh. 102.
- (11) **Zobl**, Syst Teil, N. 1687; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 356; **Haensler**, sh. 97, N. 32; **Oberlin**, sh. 102-103; **Schönle**, sh. 148. **Nobel**, sh. 360'da zikredilen 8.8.1977 tarihli yayımlanmamış Federal Mahkeme kararı; BGE 113 II 168, cons. 2d. Federal Mahkeme alacak rehni konusunda da aynı esası benimsemiştir: BGE 69 II 294, cons.2b.

§ 6. TOPYEKÜN TEMLİKİN SINIRI: MK m. 23/II

I- Genel Olarak MK m. 23/II'nin anlamı

İsviçre-Türk özel hukukunda temel kural fertlerin özgürlüğüdür. Hukuk düzeni, şahısları sorumlu ve kendi geleceğini tayine muktedir hukuk süjesi olarak telakki eder (1). Bunun sonucu olarak BK m. 19'da akit serbestisi ilkesi öngörülmüştür. Bu hüküm gereğince şahıslar, başkalarıyla akit yapmak, aktin tarafını seçmek ve aktin muhtevasını belirlemek hususlarında serbestce karar verme hak ve özgürlüğüne sahiptirler (2).

Ancak her özgürlük gibi, akit yapma özgürlüğünün de bir sınırı vardır. Nitekim bu sınırlar BK m. 19/ II v 20/ I de düzenlenmiş bulunmaktadır (3). Aynı şekilde, MK m. 23/ II'de "kimse, hürriyetlerini ferağ edemediği gibi kanuna ve adabı umumiyeye mugayir bir surette takyid dahi edemez", ifadesi yer alır. Bu sonuncu hükümle, kanun koyucu, şahısların hürriyetlerine getirilecek kayıtlarda uyulması gereken sınırı belirlemiştir. Şahıslar bu sınır çerçevesinde özgürlüklerine bir takyid getirebilirler. Bu kayıt ve sınırlamalar karar verme serbestisinin özüyle ilgili olmayıp, onun münferit bir veçhesine ilişkindir. Nitekim karar verme özgürlüğü çerçevesinde yapılan her karşılıklı borç yükleyen sözleşme, zorunlu olarak, üstlenilen borç sebebiyle kişilerin özgürlüğünü sınırlar (4). Elverir ki, bu kayıt ve sınırlama münhasıran dışardan gelen bir baskının sonucu olmasın (5). Başka bir ifadeyle MK 23/ II, sadece karar verme hürriyetinin kanun ve ahlaka aykırı derecede sınırlandırılmasını yasaklamaktadır (6).

İsviçre Medeni Kanununun, MK m. 23/ II ye tekabül eden 27. maddesinin kenar başlığı 1983 yılında yapılan bir değişiklikle "aşırı ölçüde sınırlama" şeklinde değiştirilmiştir.

MK m. 23/ II hükmü, bir açık norm niteliği (Blankettnorm) arz etmektedir. Bunun muhtevasının somut olarak belirlenmesi, münferit olaylara göre yapılacak yorumlarla mümkün olur (7).

(1) Grossen, sh. 11; Pedrazzini/Oberholzer, sh. 115.

(2) Pedrazzini/Oberholzer, sh. 115; Oberlin, sh. 124.

(3) Eren, Borçlar Hukuku, C.I, sh. 364.

(4) Pedrazzini, /Oberholzer, sh. 119; Oberlin, sh. 124; Haensler, sh. 101, N. 2; Egger, Art. 27, N. 35.

(5) Grossen, sh. 12.

(6) Pedrazzini/Oberholzer, sh. 119-120.

(7) Pedrazzini, /Oberholzer sh. 120; Haensler, sh. 101-102, N. 2.

Karar verme serbestisinin hukuki işlem yoluyla sınırlandırılması, borç altına giren şahsı diğer şahsın keyfine tabi kıldığı ve özellikle onun iktisadi varlığını tehlikeye düşürdüğü takdirde MK m. 23/ II anlamında kanuna ve ahlâka aykırı sayılmaktadır (8). MK m. 23/ II hükmü, bir şahsın iktisadi gücünü aşan taahhütler altına girmesini yasaklamaktadır. Bir sözleşmenin ahlâka aykırı olup olmadığı, borçlarını ifa için borçlunun sahip olduğu vasıtalarla göre değil, sözleşmenin muhtevasına göre belirlenir (9).

İsviçre Federal Mahkemesine göre (10), "Medeni Kanunun 23. maddesinin (İsviçre MK m. 27) koruyucu hükmü özellikle iktisadi faaliyetlere uygulanır. Akit serbestisinin sınırlandırılması söz konusu olan hallerde, Federal mahkeme MK m. 23'e aykırılığı ancak ihtiyatla kabul etmektedir. Ferdi rekabet imkânının sınırlandırılması, ancak aşırı olduğu takdirde zikredilen hükmü ihlâl eder. Bunun vâki olup olmadığı müşahhas durumlara göre hükmedilir. Kural olarak, iktisadi hareket serbestisinin bir sözleşme veya statü gereği sınırlandırılması, ancak borç altına gireni diğer tarafın keyfine terkettiği, onun iktisadi hürriyetini kaldırdığı veya iktisadi varlığının temellerini tehlikeye düşürecek derecede sınırladığı takdirde, aşırı ölçüde sayılır (Egger, Art. 27, N. 35). Federal Mahkeme mükerreren bu anlamda karar vermiştir. BGE 95 II 57/58'de, borç altına girenin iktisadi varlığını tehlikeye sokmuyorsa, karar verme hürriyetinin tahdit veya terki MK m. 23/ II yi ihlâl etmez; MK m. 23/ II şahsi hürriyeti çok geniş, ahlâka aykırı akdi müdahalelere karşı korumayı amaçlamakla beraber, akdi bağılıkların hangi ölçüde caiz olduğunu belirtmemektedir, ifadesi kullanılmıştır. BGE 84 II 23'de, iktisadi hürriyetin bir kısmını sözleşmeyle terkeden kimse, bununla iktisadi varlığını tehlikeye sokmuşsa, ahlâka aykırılığın varlığı kabul edilmiştir. BGE 51 II 168'de şu satırlar okunabilir: Bu günkü iş hayatında şahsi hürriyetin şahsi ve iktisadi açıdan geniş ölçüde kısıtlandığı, özellikle âkitlerin karşılıklı menfaatlerinin birbirlerine bağlandığı vakidir ki, bunlar ahlâka aykırı sayılmaz; bu husus bağılığın tecviz edilen ölçüyü açıp aşmadığına ve borç altına girenin hürriyetini kullanırken onu, MK m. 23/ II anlamında ahlak hissini ihlâl edecek derecede sınırlayıp sınırlamadığına bağlıdır; iktisadi şahsiyetin sınırlandırılması, borçlunun iktisadi

(8) **Pedrazzini/Oberholzer**, sh. 123; **Grossen**, sh. 12; **Oberlin**, sh. 125; BGE 102 II 218; 104, II 8.

(9) **Pedrazzini/Oberholzer**, sh. 123; **Oberlin**, sh. 125; BGE 95 II 58.

(10) BGE 104 II 8 vd yahut JdT 1978 I 592-593, cons. 2a. Ayrıca bk. BGE 111 II 337 cons. 4; 114 II 159 yahut JdT 1989 I 4.

varlığının temelleri tehlikeye düştüğü takdirde ahlâka aykırı sayılır (bk. BGE 102 II 218, Erw. 6; 88 II 174; 53 II 320)".

II. Topyekûn temlikin MK m23/ II, BK m. 19/ II ve 20 ile ilişkisi:

İsviçre-Türk Borçlar hukukunda mevcut ve gelecekteki tüm alacakların temlikini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla topyekûn temlikin geçerliliği, onun, şahsiyet haklarının kanuna ve ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasını yasaklayan MK m. 23/ II ile BK m. 19/ II ve 20 hükümlerine aykırı olmamasına bağlıdır (11).

İsviçre Federal Mahkemesi, temlikle iktisadi hürriyetin şahsiyet hakkıyla bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırılması ve aynı zamanda ahlaka aykırı akdi tasarruflarda bulunulması halinde, şahsiyet haklarının ihlâl edildiğini kabul etmektedir (12). İsviçre yüksek mahkemesi ve doktrin topyekûn temlik sözleşmesinin ne zaman ahlaka ve şahsiyet haklarına aykırı sayılacağı hususunda genel bir hüküm verilemeyeceği; yargıcın somut olayın özelliklerine ve menfaatler durumuna göre bu hususta karar verebileceği görüşündedir (13). Temlik edenin geniş kapsamlı bir temlik sonucu gelecekteki işletme vasıtalarından ve her türlü kazanç imkânlarından yoksun kalması halinde şahsiyet haklarının ihlâl edildiği kabul edilir. Keza temlik edeni aşırı ölçüde bağlayan ve onun hareket serbestisini daraltan temlik ahlaka aykırı sayılır (14).

Böyle bir durum söz konusu olmaksızın, topyekûn temlikinin süresinin uzunluğu, edim karşı edim dengesinin bulunmaması ve kredi alanının iktisaden zayıf olması, şahsiyet haklarının ihlâl edildiği anlamına gelmez (15).

Şahsiyetin hukuki işlemde kaynaklanan ihlallerini yasaklayan MK m 23/ II hükmü, hükmi şahıslar hakkında da uygulanır.

- (11) **Zobl**, Syst Teil, N. 1676; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 354; **Oberlin**, sh. 136.
- (12) BGE 106 II 377 cons. 4; 112 II 243, 435.
- (13) BGE 106 II 379; 112 II 436 Erw. 3 yahut JdT 1987 I 165; **Zobl**, Syst Teil, N. 1677; Aynı yazar SJZ 1989, sh. 354, dn. 55 e ait metin; **Stachelin**, sh. 385 vd; **Tuor/Schnyder**, sh. 84; **Haensler**, sh. 105 N. 4, dn. 9'a ait metin.
- (14) **Oftinger/Baer**, Art. 899, N. 72; **Zobl**, Syst Teil, N. 1676; **Amonn**, Blatter, sh. 133; **Oberlin**, sh. 137; **Haensler**, sh. 105 N. 4; **Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi**, sh. 337 vd.
- (15) **Zobl**, Syst Teil, N. 1677; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 354; **Grossen**, sh. 13; **Bergmaier**, sh. 107.

Ancak hükmi şahıslar için söz konusu olacak koruma, gerçek kişilerininkine kadar geniş olamaz (16). "Şüphesiz, bir hükmi şahıs, kabul edilemez bir tahdit olmaksızın, hürriyetini tamamen kendisiyle bağılılığı olmayan üçüncü şahıs lehine devredemez. Fakat bağılı olduğu şahıslarla ilişkide durum farklıdır (Egger, Art. 53, N. 17). Hükmi şahısların üyelerinin veya üçüncü şahısların korunmaya değer varlıkları ihlâl edildiği takdirde, hürriyetin kabul edilemez bir tahdidi söz konusu olur; böylece azınlığın haklarının korunması ve "şeffaflık ilkesinin" uygulanması için MK m. 23/ II'ye başvurulur" (17).

Mevcut ve müstakbel her türlü alacağın konu ve zaman sınırı olmaksızın topyekün temlik MK m. 23 anlamında ahlâka aykırı ve batıldır (BK m. 19/ II ve 20). Buna karşılık konu ve zaman bakımından sınırlı bir topyekün temlik, şahsiyet haklarına aykırı sayılmaz ve geçerlidir (18).

1- *Topyekün Temlikin konu bakımından sınırları*

a) Temlik edilen alacağın konusu açısından sınırı

Temlik edilen alacak hukuki sebep veya borçlu çevresi bakımından sınırlandırıldığı takdirde, MK m. 23/ II ye aykırılık gerçekleşmez. Temlik edenin belirli bir ticari işletmesinden, teslimatından veya hizmet ediminden doğan mevcut ve müstakbel her türlü alacağını temlikinde durum böyledir (19). Elverir ki, böyle bir temlik, temlik edeni bütün işletme vasıtalarından ve kazanç imkânından yoksun bırakmasın (20).

- (16) BGE 106 II 378; **Jaeggi**, ZSR 1960, sh. 217a ve 223a; **Zobl**, Syst Teil, N. 1677; **Haensler**, sh. 106.
- (17) BGE 106 II 378-379.
- (18) **Zobl**, Syst Teil, N. 1678; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 354; **Bergmaier**, sh. 106; **Stachelin**, sh. 385 vd; **Amonn**, Blatter, sh. 132; **Oberlin**, sh. 132 vd; **Haensler**, sh. 107; **von Tuhr**/Escher, sh. 350; **von Büren**, sh. 324; **Guhl**/Merz/Kummer, sh. 235; **Gauch**/Schlupe/Jaeggi, N. 2200; BGE 84 II 366, Erw. 3 yahut JdT 1959 I 203, cons. 3; 112 II 436 Erw. 3 yahut JdT 1987 I 165, cons. 3.
- (19) **Zobl**, Syst. Teil, N. 1666 ve 1679; aynı yazar SJZ 1989, sh. 354-355; **von Tuhr**/Escher, sh. 350; **Gauch**/Schlupe, N. 2199; **Stachelin**, sh. 385; **Ernst**/Renz, sh. 284 vd; **Albisetti**/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutsch, sh. 337-338; **Haensler**, sh. 107, N. 7; **Oftinger**/Baer, Art. 899, N. 72; **Oftinger**, Bundesgericht praxis, sh. 202; **Amonn**, Blatter, sh. 132 vd; **Bergmaier**, sh. 106; BGE 69 II 292 yahut JdT 1944 I 190; 112 II 437; 113 II 165 cons 2a; **Nobel**, sh. 358 vd da yayımlanan 8.8.1977 tarihli yayınlanmamış Federal Mahkeme kararı.
- (20) BGE 69 II 292 yahut JdT 1944 I 190, cons. 2a; **Oberlin**, sh. 140; **Haensler** sh. 107.

Buna karşılık, temlik edenin herhangi bir üçüncü şahıstan herhangi bir zamanda sahip olacağı her türlü alacağın devri caiz değildir (21).

b) Teminat altına alınan alacaklar çevresi

Topyekûn temlik, teminat amacına hizmet eder; temlik eden teminat amacıyla temlik ettiği alacaklar karşılığı genellikle sürekli değişen bir banka kredisi şeklinde bir karşı edim elde eder. Bu çerçevede, temlik edilenin devredilen alacakları tahsil etmesiyle, temlik edenin borcu azalır ve artan kredi limiti dolayısıyla onun iktisadi durumu kuvvetlenmiş olur. Bu itibarla, topyekûn temlik işlemiyle MK m. 23/ II hükmü ihlâl edilmemektedir (22).

Topyekûn temlik, miktarı sabit olmayan, değişen banka kredilerini (revolvierenden Bankkrediten) (23) teminat altına almak amacıyla yapıldığı için, devredilen alacaklar kredi limitini önemli ölçüde aşabilir. İsviçre bankacılık uygulamasında % 50 oranında bir güvenlik marjı normal sayılmaktadır (24).

Topyekûn temlikle teminat altına alınan alacak miktarının özel kredilerle sınırlı olması gerekmez. Topyekûn temlikle, bankayla önceden kurulmuş veya mevcut iş ilişkisi çerçevesinde ileride kurulacak sözleşmelerden doğacak bütün alacaklar teminat altına alınabilir (25). Buna karşılık, açık bir anlaşma olmadıkça, devralanın mevcut iş ilişkisinden bağımsız olarak, temlik edenin diğer alacaklılarından kazandığı her türlü alacakları teminat altına alması caiz sayılmaktadır (26).

- (21) **Zobl**, Syst Teil, N. 1679; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 355; **Gauch/Schluep**, II, N. 2200; **von Tuhr/Escher**, sh. 350; **Stachelun**, sh. 385; **Amonn**, Blatter, sh. 133; **Fromer**, sh. 308; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235; BGE 84 II 366 Erw. 3 yahut JdT 1959 I 203; BGE 112 II 436 Erw. 3 yahut JdT 1987 I 165 cons. 3.
- (22) **Zobl**, Syst Teil, N. 1680; **Oberlin**, sh. 141 vd; **Haensler**, sh. 108; **Kaderli**, sh. 109; BGE 69 II 292 yahut JdT 1944 I 190; **Nobel**, sh. 360'da yer alan 8.8.1977 tarihli yayınlanmamış Federal Mahkeme kararı.
- (23) bk. **Albisetti/Boehmle/Ehram/Gsell/Nyffeler/Rutschi**, sh. 105 vd.
- (24) **Zobl**, Syst Teil, N. 1610; **Haensler**, sh. 108-109; **Oberlin**, sh. 142; **Kleyling** sh. 77.
- (25) **Zobl**, Syst Teil, N. 1681; aynı yazar SJZ 1989, sh. 355; **Oberlin**, sh. 141.
- (26) **Zobl**, Syst Teil, N. 1681; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 355, dn. 60 a ait metin; **Oftinger/Baer**, Art. 884, N. 129; **Begmaier**, sh. 106 vd; BGE 51. II 282.

2. Topyekûn Temlikin Zaman Bakımından Sınırlar:

İsviçre bankaları çok ender hallerde topyekûn temlikli belirli bir zaman dilimiyle sınırlanmaktadır (27). Ancak teminat konusu alacakların konu bakımından sınırlandırılması zaman bakımından sınırlamayıda tazammun eder (28). Belirli bir krediyi teminat altına almak için yapılan temlikler, kredi ilişkisinin sona erdiği ve kredinin bankaya ödendiği anda varlıklarını kaybederler (29). Bu durumda, kredi alacağına kavuşan banka, teminat konusu alacakları temlik edene devirle yükümlüdür. Keza, taraflar, topyekûn temlikin banka ile temlik eden arasındaki iş ilişkisinin devamıyla sınırlı olduğunu kararlaştırabilirler (30). Buna karşılık banka ile temlik eden arasındaki iş ilişkisinden bağımsız olarak süresiz devam edecek bir topyekûn temlik, zaman ve konu bakımından sınırsız olduğu için ahlâka aykırı sayılır (31).

III. MK m. 23/ II ye Aykırı Topyekûn Temlikin Sonuçları

Şahsiyet haklarına ve ahlâka aykırı (MK m. 23/ II) topyekûn temlik işlemi, BK m. 20/ I gereğince bătıldır (32). Burada tam butlan söz konusudur.

BK m. 20/II'de öngörülen kısmi butlanın, şartları varsa topyekûn temlihe de uygulanabileceği doktrinde kabul edilmektedir (33). Zira BK m.20/II anlamında kısmi butlan, sadece yan yükümlerde değil, asli yükümlerde de uygulama alanı bulur (34). Böylece temlik, kredi ilişkisinin devamıyla sınırlandırılabilir veya temlik edilen ala-

- (27) **Zobl**, Syst Teil, N. 1682; aynı yazar SJZ 1989, sh. 355. **Haensler**, incelediği İsviçre bankalarına ait tip sözleşmelerde topyekûn temlikin zaman açısından sınırlandırılmasına rastlamadığını söylemektedir (sh. 109).
- (28) **Zobl**, Syst Teil, N. 1682; aynı yazar SJZ 1989, sh. 355; **Haensler**, sh. 109.
- (29) **Zobl**, Syst Teil, N. 1682; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 355; **Haensler**, sh. 109; **Amonn**, Blatter, sh. 133.
- (30) **Zobl**, Syst Teil, N. 1683; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 355; **Haensler**, sh. 109.
- (31) **Zobl**, Syst Teil, N. 1684; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 355; **Oberlin**, sh. 138; **Stachelin**, sh. 385; BGE 84 II 366-367 yahut JdT 1959 I 203.
- (32) **Zobl**, Syst Teil, N. 1685; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 355; **Oftinger/Baer**, Syst Teil, N. 281; **Becker**, Art. 20, N. 7/8; **Wolff**, sh. 222; **Bergmaier**, sh. 101; **Fromer**, sh. 308; **Haensler**, sh.110, N. 9; **Oberlin**, sh. 144; BGE 112 II 436.
- (33) **Zobl**, Syst Teil, N. 1685; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 355; **Stachelin**, sh. 385; **Haensler**, sh. 110-111; **Oberlin**, sh. 145 vd.
- (34) **Oser/Schöneneberger**, Art. 20, N. 68; **von Tuhr/Peter**, sh. 262; **Zobl**, Syst Teil N. 1685; **Bucher**, sh. 238; vd; **Oberlin**, sh. 146-147 **Haensler**, sh. 111; BGE 80 II 231; 93 II 192; 107 II 218.

cağın kapsamı ahlâka ve şahsiyet haklarına aykırı olmayacak derecede daraltılır (35).

İsviçre Federal Mahkemesi 1980 yılında verdiği kararda (36), aynı yöndeki eski kararlarına (37) da atıfta bulunmak suretiyle, MK m.23/II ye aykırı bir işlem'in tam butlan ile geçersiz sayılmayıp, uygun ölçüye getirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Buna karşılık 1986 tarihli kararında, BGE 106 II 379'da ifade edilen kısmi butlana ilişkin mülahazaları isabetli bulmakla beraber (38), hakkında hüküm verdiği olayda kısmi butlanı şu gerekçelerle reddetmektedir (39): "Temlikin bu şekilde kısmi butlanı kabul edilirse, bu, temlik edilen alacağın doğduğu veya ileri sürüldüğü anda, yukarda zikredilen yazarların kabul ettiği anlamda belirliliğe ilişkin ılımlı niteliklerle dahi hiç bağdaşmayan güvensizliği mucip olacaktır. Düşünülebilen her türlü alacağın topyekûn temlikinin batıl olması halinde, temlik edilen alacağın borçlusu kendisinden talep edilen alacağın kısmi butlana dahil olup olmadığını bilemeyecektir".

Federal Mahkemenin bu kararında ileri sürülen mülahazalara katılmak mümkün değildir. Zira MK m. 23/II ile temlik eden yönünden getirilen kısıtlamalar temlik borçlusunun durumu üzerinde herhangi bir etkide bulunmaz. Temlik ihbarının yapılmamasının temlik edilen alacağın borçlusu üzerine yaratacağı belirsizlik BK m. 165 ile çözümlenmiştir. Federal Mahkeme, temlik akdinin muhtevasının belirsizliği ile sözleşmenin taraflardan birini ahlâka aykırı yükümler altında bırakması hu. uslarını birbirine karıştırmış bulunmaktadır (40).

(35) **Zohl**, Syst Teil, N. 1685.

(36) BGE 106 II 379.

(37) BGE 97 II 399; 93 II 300; 62 II 35; 43 II 662.

(38) BGE 112 II 437.

(39) BGE 112 II 438 yahut JdT 1987 I 166.

(40) **Oberlin**, sh. 149, dn. 100. Ayrıca bk. **Haensler**, sh. 112-113, N. 13.

§ 7. ÇİFT VEYA BİRDEN ÇOK TEMLİK

Uygulamada, iktisadi güçlük içinde olan ve bu sebeple yeni kredi arayan şahıs veya firmaların, topyekûn temlik çerçevesinde daha önce temlik ettikleri alacaklarını ikinci def'a temlik ettikleri görülmektedir. Alacaklının aynı alacağı birden çok temlik etmesi olayı ile karşılaşılmasının sebebi, yazılı şekilde düzenlenen temlik sözleşmesinin, bu sözleşmenin tarafı olmayan kişiler açısından aleniyet sağlayan bir fonksiyonunun bulunmamasıdır (1).

Çift temlik halinde ilk (eski) temlik işlemi geçerlidir. Bu husus, temlikin bir tasarruf işlemi olmasının sonucudur. Zira tasarruf işlemlerinde öncelik ilkesi (Prioritaetsprinzip) geçerlidir (2). Alacağı yeni devralanın eski temlikli bilip bilmemesi bu konuda önemli değildir. Hatta bu durumda tasarruf işlemi olarak çifte veya birden çok temlikten söz etmek isabetli değildir. Çünkü birinci temlik yapıldığı andan itibaren, temlik eden, alacaklı sıfatını ve tasarruf yetkisini kaybetmiş bulunmaktadır (3).

Kanun, iyiniyetli temlik borçlusunu, çift veya birden çok temlik arzettiği risklere karşı korumuştur (BK m. 165 ve 168). Bu korumanın sebebi, alacağın temlikine temlik borçlusunun katılmasının gerekli olmamasıdır (BK. m. 162/I). BK m. 165'e göre, çift veya birden çok temlik halinde, kendisine temlik ihbarı yapılmayan temlik borçlusu, iyiniyetle gerçek hak sahibinden (alacaklıdan) başkasına edada bulunmuşsa borçtan kurtulur. Bu cümleden olarak, kendisine sadece ikinci temlikin bilidirimesi halinde, ikinci temlikin alacaklısına iyiniyetle ifade bulunan temlik borçlusu, birinci temlikin alacaklısına karşı edimde bulunmakla yükümlü olmaz (4). Her iki temlik kendisine bildirilmeyen temlik borçlusunun, iyiniyetle temlik edene edada bulunması ihtimalinde de, aynı sonuç hasıl olur (5).

- (1) **Zobl**, SJZ 1989, sh. 356; **Haensler**, sh. 154, N. 2.
- (2) **von Tuhr/Escher**, sh. 338, 360 vd; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 238; **Bucher**, sh. 548; **Zobl**, Syst Teil, N. 1622; aynı yazar, SJZ 1989, sh. 356; **Gauch/Schluep**, II, N. 2232; **Haensler**, sh. 156, N. 7; **Stachelin**, sh. 383.
- (3) **Haensler**, sh. 156, N. 7. Ayrıca bk. **Bucher**, sh. 548 dn. 50.
- (4) **Zobl**, SJZ 1989, sh. 356, dn. 77 ye ait metin; **von Tuhr/Escher**, sh. 361; **Gauch/Schluep**, II, N. 2232; **Bucher**, sh. 563 vd; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 239.
- (5) **Zobl**, SJZ, sh. 356, dn. 78'e ait metin; **von Tuhr/Escher**, sh. 358; **Gauch/Schluep**, II, N. 2225; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 239; **Bucher**, sh. 561-562; **Haensler**, sh. 157.

Çift temlik halinde, alacağına yukarıda açıklanan sebeplerle kavuşamayan birinci temlik alacaklısı (temellük eden) için başlıca iki hukuki imkân vardır: O, temlik edene karşı ikinci temlikle uğradığı zararın tazminini isteyebileceği gibi (BK m. 96 vd), sahip olmadığı bir alacağı tahsil eden ikinci temlikin alacaklısına karşı BK m. 61 vd gereğince sebepsiz zenginleşme davası da açabilir (6).

İsviçre Federal Mahkemesi 1985 yılında verdiği yayımlanmamış bir kararında (7) benzer bir durum hakkında içtihatla bulunmuştur. Karara konu teşkil eden olayı şu şekilde özetlemek mümkündür: A bankası Z AG'ye (bir anonim şirket) hizmet edimleri ve mal tesliminden doğan defter alacaklarının topyekün temlik karşılığında 28 Eylül 1978 tarihinde bir temlik kredisi açmıştır. Bu temlik, temlik borçlusuna ihbar edilmemiştir. Z AG, 30 Ocak 1981'de bir işletme kredisi teminatı olarak mevcut ve müstakbel alacaklarının tamamını B bankasına devretmiştir. Bunun üzerine, sağlanan krediyi ödemek üzere B bankasına külliyetli miktarda ödemelerde bulunulmuştur. Z AG 18 Eylül 1981'de iflâs eder. A bankası iflâsla karşılanmayan 20.000 frankın ödenmesi için B bankasına karşı BK 61 gereğince dava açmıştır. A bankası, kendisine yapılan ilk temlikten sonra B bankasına yapılan ikinci temlikin geçersiz olduğunu ve yapılan ödemelerin sebepsiz zenginleşme teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

Federal Mahkeme davayı şu gerekçelerle reddetmiştir: Sebepsiz zenginleşme borçlusu, başkasının mamelekinden zenginleşen kimse değildir. Zenginleşme ile fakirleşme arasında doğrudan doğruya bir bağın bulunması gerekir. Doğrudan doğruya bağın bulunması zarureti, zenginleşme konusunu ilk fakirleşenden değil, -ilk zenginleşenle kendisinin yaptığı sözleşmeyle- dolaylı olarak kazanan üçüncü şahısların, zenginleşme borçluları arasında sayılmamasını gerektirmektedir. Burada doğrudan doğruya zenginleşmeyi doğrudan doğruya kazandırmayla eş tutmamak gerekir. Doğrudan doğruya kazandırmalar, kazandırma lehdarını sırf dolaylı olarak zenginleştirebilirler (von Tuhr/Peter, sh. 199 vd).

İlk temlik ile Z AG nin alacağı davacıya geçer ve temlik eder artık onun üzerinde tasarrufta bulunamaz. Bu itibarla davalıya yapılan yeni temlik geçersizdir. Z AG, borçlusundan, davalıya edada bulunmasını isteyerek, alacağın ifa ile sona ermesine katkıda bulunmuştur.

(6) von Tuhr/Escher, sh. 361, dn. 25'e ait metin; Zobl, SJZ 1989, sh. 356; Gauch/Schlucep, II, N. 2326; Bucher, sh. 562; Gahl/Merz/Kummer, sh. 259; Kleyling, sh. 38; Haensler, sh. 160 vd, özellikle, sh. 166, N. 36.

(7) Bu kararın metni için bk. Zobl, SJZ 1989, sh. 356 vd; Haensler, sh. 162 vd.

İkinci temlik, ilk plânda temlik edeni ilgilendiren bir teminat amacıyla temliktir. Bu temlikin amacı, davalıdan aldığı karzı ödemektir. Z AG temlik borçlusundan, (ikinci temlik alacaklısı) davalıya ödemedede bulunmasını talep etmek suretiyle, dolaylı olarak davacının mamelekenden davalıya edimde bulunmasını sağlamış olmakta; borçlular da, davalıya doğrudan doğruya kazandırmada bulunmuş olmaktadır. Bununla beraber, Z AG'yı *doğrudan zenginleşen* olarak mütalaa etmek ve onun parayı fiilen aldıktan sonra B bankasına yatırmış saymak zarureti vardır. Z AG, temlik borçlularından, davalı nezdindeki hesabına ödemedede bulunmalarını istemek suretiyle, borçlulara ödeme yeri göstermiş olmaktadır. Bu itibarla, ödemeleri kabul etmekle davalının doğrudan zenginleşmediği ve ona karşı açılan sebepsiz zenginleşme davasının reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Federal Mahkemenin söz konusu içtihadı doktrinde haklı olarak tenkid edilmektedir (8). Federal Mahkemenin görüşüne göre, temlik edenin gösterdiği ödeme yerine tediye, bizzat temlik eden tarafından yapılmış saymak gerekir; ödeme yerinin borçlunun tediyesinin hukuki sebebiyle bir ilişkisi bulunmamaktadır. Banka ile temlik eden arasındaki ilişkinin sadece ödeme yerinden ibaret olduğu hallerde bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Oysa olaydaki çift temlikte ödeme yeriyile temellük eden arasında aynıyet bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, banka zahiren ödeme yeri, fakat esasta gizli temellük eden durumundadır (9). Nitekim Alman Federal Mahkemesi benzer bir olayda, geçersiz bir topyekün temlike dayanan bir ödemenin varlığını kabul etmiştir (10). Palant/Thomas da, ikinci temellük edenin sadece ödeme yeri sıfatını ileri sürmesinin, dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ifade etmiştir (11).

Diğer taraftan, yapılan ödemeler tahsili mümkün olmayan kredi alacağını azaltıyorsa, değeri olmayan alacak yerine güvenli bir değere kavuşan ikinci temellük eden, birinci temlik alacaklısı aleyhine doğrudan zenginleşmiş sayılır (12).

Buna göre, ilk temlik alacaklısının (A bankası), ikinci temlik alacaklısına karşı sebepsiz zenginleşme davası açabileceğini kabul etmek gerekir.

(8) **Zobl**, SJZ 1989, sh. 357 vd; **Haensler**, sh. 163 vd.

(9) **Haensler**, sh. 163-164.

(10) BGHZ 72 316.

(11) **Palant/Thomas**, § 816, N. 4.

(12) **Zobl**, SJZ 1989, sh. 358; BGE 92 II 340 vd.

§ 8. İFLÂSTA TOPYEKÜN TEMLİK

İflâsın topyekün temlike etkisini temlik eden ile temellük edenin iflâsına göre, iki kısımda inceliyeceğiz. Son olarak da iptal davasının topyekün temlikte mümkün olup olmadığına temas edeceğiz.

I- Temlik edenin iflâsı

1. Genel olarak

Borçlunun iflâsı açıldıktan sonra onun mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer (İİK m. 191/I). Aynı şekilde, iflâsın açıldığı zaman iflâs edenin haczi kabil malvarlığı bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis edilir (İİK 184/I). Borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf ve taahhüt muamelesi yapma yetkisi iflâs idaresine geçer (İİK m. 226 vd).

Bu durumda iflâsın açılmasından önce devredilen, fakat iflâsın açılmasından sonra doğan alacaklara hangi esasaların uygulanacağına tesbiti önem taşımaktadır.

2. Zaman bakımından sınırlama

İflâsın açıldığı anda iflâs edene karşı mevcut alacaklar, iflâs alacağı sayılır. Buna karşılık iflâs açıldıktan sonra masa veya iflâs eden borçluya karşı doğan alacaklar iflâs alacağı sayılmaz (1). Bir alacak doğum sebebinin mevcut olduğu andan itibaren varlık kazanır. Başka bir ifadeyle hukuki sebebin (causa) iflâsın açılmasından önce gerçekleşmesi yeterlidir (2).

İİK m. 195/I'e göre, borçlunun gayrimenkul mallarının rehni suretiyle teminat altına alınan alacaklar müstesna olmak üzere, iflâsın açılmasıyla, iflâs edenin borçları muaccel olur. Böylece daha önce muaccel olan alacaklarla henüz muaccel olmamış alacaklar aynı işleme tabi tutulmuştur. Bunun sebebi, İİK nun, borçlar hukuku anlamında muacceliyeti, bir imtiyaz sebebi yapmaktan kaçınmak istemesidir (3).

Doktrin ve uygulamada (4) alacağın muaccel olduğu veya talebin kapsam ve mevcudiyetinin kesin olarak belirlendiği tarihler yerine,

(1) Blumenstein, sh. 658; Amonn, Grundriss, sh. 334; Oberlin, sh. 153.

(2) Oberlin, sh. 153.

(3) Amonn, Grundriss, sh. 334; Blumenstein, sh. 660.

sadece alacağın hukuki sebebinin doğduğu an ölçü olarak alınmaktadır. Bu itibarla, taliki şarta bağlı veya vadesi belirsiz alacaklarla iflâs eden borçlunun kefalet alacakları (İİK m. 202/I) iflâs masasına dahil olur (5).

3. İflasın temlik üzerine etkileri

a) İflâsın açılmasından sonraki temlik

İflâs açıldıktan sonra iflâs borçlusu masaya ait haklar üzerinde tasarruf işlemlerinde bulunamaz; alacağın temliki de bir tasarruf işlemi olduğu için, masa alacaklarını temlik edemez (6). Buna karşılık, iflâs masasına girmeyen ve iflâstan sonra kazandığı ücret alacaklarını temlik edebilir (7).

b) İflâs açılmadan önceki temlik

aa) Mevcut alacaklar

İflâs açılmadan önce iflas borçlusu tasarruf yetkisine tam olarak sahip olduğu için, bu dönemde yapılan alacak temlikleri iflas masasına girmez; temellük eden kişinin mamalekine girer. Bu durumda, iflâs masası muvazaa veya İİK m. 277 vd anlamında iptal davası açılmadan başka imkâna sahip değildir (8).

Böyle bir temlik halinde, temlik borçlusu doğrudan temellük eden kimseye ödemedede bulunabilir. Buna karşılık, temlik kendisine ihbar edilmeyen iyiniyetli temlik borçlusu, temlik edene ödemedede bulunursa borçtan kurtulur (BK m.165). Kendisine temlik borçlusu tarafından ödemedede bulunulan temlik eden iflâs ederse, temellük eden ayırma hakkına sahip olacak mıdır?

Temlik edene ödeme onun iflâsından önce yapılmışsa, temellük eden iflâsın ilânından sonra sadece iflâs alacaklısı olarak alacağını ileri sürebilir. Buna karşılık iyiniyetli temlik borçlusu iflâs açıldıktan sonra iflâs masasına ödemedede (İİK m. 191) bulunmuşsa, temellük edenin İİK m. 189 gereğince, ayırma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir (9).

(4) **Amonn**, Grundriss, sh. 335; **Blumenstein**, sh. 660 vd; **Oberlin**, sh. 154; BGE 107 III 143 vd.

(5) **Oberlin**, sh. 154.

(6) **Kuru**, sh. 180.

(7) **Kuru**, sh. 180, dn. 5; **Oberlin**, sh. 154.

(8) **Jaeger**, art. 197, N. 1, sh. 119; **Oberlin**, sh. 155.

(9) **Jaeger**, art. 202, N. 2, sh. 154-155; **Bergmaier**, sh. 218 vd; **Oberlin**, sh. 156; BGE 70 III 84, 87 II 19; 90 III 90. Aksi fikirde: **Blumenstein**, sh. 764; **Kleyling**, sh. 48.

bb) Müstakbel Alacaklar

Temlik edenin, iflâs açılmadan önce topyekûn temlik çerçevesinde temlik ettiği müstakbel alacaklar, iflâs açılmadan doğarsa, temellük edene geçer (10).

Buna karşılık, iflâs açılmadan topyekûn temlik konusu olan, iflâs açıldıktan sonra doğan müstakbel alacaklar iflâs masasına girer (11). Alacağın temlikî konusunda kabul edilen, önceden tasarruf edilebilirlik (Vorausverfügbarkeit) kavramında tasarruf fiili ve tasarruf sonucu arasında ayırım yapılmaktadır (12). Tasarruf fiilinin yapıldığı anda, temlik edenin tasarruf yetkisine sahip olmasını yeterli saymak, henüz konusu oluşmamış, maddi muhtevadan yoksun bir temlikî kabul etmek gibi bir güçlüğü beraberinde getirir (13).

Diğer taraftan, müstakbel alacakların iktisabı konusunda mevcut olan "geçiş teorisi" (Durchgangstheorie) (14) de, "doğrudan doğruya iktisab teorisi" (Unmittelbarkeitstheorie) (15) de, temlik edenin alacağın doğduğu anda tasarruf yetkisine sahip olması şartını aramaktadır. Bu iki teori açısından da iflâs açıldıktan sonra doğan alacaklar iflâs masasına dahil olur (16).

Bu çözüm tarzı iflâs hukukunun amacına da uygundur. Zira iflâsta alacaklıların eşit bir şekilde muamele görmesi asıldır (17); hiç bir alacaklı diğer alacaklılar aleyhine çıkar sağlayamaz. İİK m.206' da sayılan imtiyazlı alacaklar arasında, müstakbel alacaklar yer almamaktadır. Şayet iflâs açıldıktan sonra, iflâs idaresince yürütülen faaliyetlerden doğan alacakların temellük edene ait olduğu kabul edilecek olursa, bundan, iflâs masasının küçülmesi sebebiyle, diğer alacaklılar zarar görecektir (18).

(10) **Amonn**, Blatter, sh. 136; **Oberlin**, sh. 155; **Haensler**, sh. 121-122.

(11) **Amonn**, Blatter, sh. 136-137; **Oberlin**, sh. 158; **Haensler**, sh. 124 vd.

(12) bk. yukarda, § 4.

(13) **Amonn**, Blatter, sh. 136; **Oberlin**, sh. 157-158.

(14) Geçiş teorisine göre, alacaklar mantıken bir saniyelik temlik edenin şahsında doğduktan sonra-tasarruf sözleşmesi sebebiyle-otomatik olarak temellük edene geçer. Bk. **Oser/Schönenberger**, art. 164, N. 4; **Wolff**, sh. 224 vd; **Zobl**, Syst. Teil, N. 1571; **Bucher**, sh. 547; **Keller/Schöbi** IV, sh. 60; **Gauch/Schluep** II, N. 2197.

(15) Bu teoriye göre, temlik edilen müstakbel alacaklar doğrudan doğruya temellük edenin şahsında doğar. bk. **von Tuhr/Escher**, sh. 349; **Guhl/Merz/Kummer**, sh. 235; **Becker**, Art. 164, N. 16; **Kleyling**, sh. 77 vd.

(16) **Haensler**, sh. 123, N. 15.

(17) **Kuru**, sh. 246; **Haensler**, sh. 124; **Amonn**, sh. 282, N. 3.

(18) **Oberlin**, sh. 158, dn. 27; **Haensler**, sh. 124-125; **Amonn**, Blatter, sh. 136.

II- Temellük edenin İflâsı

Teminat amacıyla inançlı temliklerde inanılan temlik konusu alacak üzerinde tam hak kazanır; inanan inanç konusu alacağın kendisine devri konusunda, inanılana karşı sadece şahsi bir talep hakkına sahiptir (19).

Inanılanın (temellük edenin) iflâsı halinde, inançlı temlikle ona devredilen alacaklar da iflâs mäsasına girer (İJK m.184). Bu durumda, temlik eden (inanan) iflâs mäsasına karşı ileri sürülebilecek bir ayırma hakkına sahip olacak mıdır? İsviçre-Türk hukukunda, inananın ayırma hakkına kanuni dayanak olarak BK m.393 hükmü gösterilebilir.

İnananın korunmasında BK m. 393'e dayanma imkânı son derecede tartışmalı bir husustur (20). İnanç anlaşmasını alelâde bir vekâlet olarak niteliyen Gautschi'ye göre (21), BK m. 3â3, taşınmazlara ilişkin olanlar dışında, bütün inançlı işlemlerde uygulanır. Bu yazar, dolaylı temsil yoluyla ifa edilen vekâletle inançlı işlem arasında bir fark bulunmadığı fikrindedir (22). Buna karşılık bazı yazarlar, BK m. 393'ün inançlı işlemlerde hiç uygulanamayacağı görüşünü savunurken (23), bazıları da (24) ancak inanılanın üçüncü kişilerden kazandığı alacaklar ve şeyler için uygulanabileceği kanaatindedir.

Kanaatimizce BK m. 393 hükmü ancak inanılanın üçüncü kişilerden kazandığı alacaklara uygulanır. Bizzat inananın inanılana temlik ettiği alacaklar için BK m. 393'ün uygulanacağını söylemek tatmin edici bir yorum sayılmaz. İnananın korunması, ancak de lege feranda BK m. 393 ün tamamlanması suretiyle gerçekleşebilir (25).

III- Topyekûn temlikin İflâs hukukuna göre iptali davası (İJK m.277-284)

İflâs açılmadan önce tasarruf yetkisi henüz kısıtlanmayan kimse-lerin, iflâs etmek üzere iken, mal varlığına dahil değerleri alacaklıla-

(19) bk yuk. §9 2, III.

(20) Bu hususta ileri sürülen çeşitli fikirlerin değerlendirilmesi ve izahı için bk. **Tandoğan**, C. II, sh. 552 vd.

(21) Art. 394, N. 13, a-c, 56, 58; Art. 401, N. 15.

(22) Art. 401, N. 15.

(23) bk. **Walli**, sh. 35-31, 101-120; **Raymond**, sh. 57; **Özsunay**, sh. 207-208, 236-237.

(24) **Bergmaier**, sh. 213 vd; **Keller**, sh. 70 vd; **Merz**, Legalzession, sh. 464.

(25) **Merz**, Legalzession, sh. 464; **Tandoğan**, II. sh. 563; **Oberlin**, sh. 162, 164.

rından kaçırmak için, bazı (hileli) tasarruflarda buldukları görülmektedir. Bunun sonucu olarak, borçlu iflâs edince iflâs masasına çok az bir malı girmekte ve bunlar alacağını karşılamaya yetmemektedir. Bunu önlemek için İcra ve İflâs kanununda, alacaklılara iptal davası açma imkânı öngörülmüştür (İİK m. 277-284). Borçlunun iflas etmeden önce alacaklılarından mal kaçırmak için yaptığı bağışlamalar ile şüpheli (hileli) tasarrufların iptali için alacaklıların açacağı davaya iptal davası denir (26). İflâs açılmadan önce borçlunun temlik çerçevesinde yaptığı temlikler de, iptal davasına konu olabilir.

1. İvazsız tasarrufların iptali (İİK m. 278)

İİK m. 278'e göre, mutad hediyeler hariç, borçlunun iflasın açılmasından iki yıl önce yaptığı bağışlamalar ile ivazsız tasarrufları iptal edilebilir. Bu maddenin 3. fıkrasında 3 bend halinde sayılan kazandırma ve akitler kanun gereği bağışlama hükmüne tabi tutulmuştur.

Topyekûn temlikin ivazsız yapılması ancak başkasının borcunu teminat altına alma amacıyla gerçekleştirilen temliklerde söz konusu olabilir (27). Kendi borcu için teminat verme hali, aciz halinde iken yapılan tasarruflara (İİK m. 279) ilişkin esaslara göre değerlendirilir (28). Bu bakımdan banka uygulamalarında bu tür inançlı temlike rastlanmamaktadır (29).

2. Aciz halinde iken yapılan temlikler (İİK m. 279)

Borcunu ödemeyen bir borçlu tarafından iflâsın açılmasından önce bir sene içinde, "borçlunun teminat göstermeyi evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna, olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler" iptal edilebilir (İİK m. 279/b.1). Teminat amacıyla temlikler, borçluya açılan bir kredinin temini için yapılmışsa maddede geçen rehin kavramına dahil sayılır (30).

(26) **Kuru**, sh. 375.

(27) **Amonn**, Blatter, sh. 138; **Oberlin**, sh. 167; **Haensler**, sh. 126, dn. 52.

(28) **Zobl**, Syst Teil, N. 812; **Jaeger**, Art. 286, N. 3; **Amonn**, Blatter, sh. 138; **Blumenstein**, sh. 878.

(29) **Oberlin**, sh. 167.

(30) **Oberlin**, sh. 168; **Haensler** sh. 135; **Fritische**, Bd. II, sh. 281; **Amonn**, Blatter, sh. 138.

Topyekün temlikin İİK m.279/b.1 gereğince iptali açısından bir yıllık sürenin hesaplanmasında temlik sözleşmesinin kurulduğu anı esas almak gerekir (31).

3. Diğer Butlan Halleri (İİK m. 280).

İİK m.280'de ödeme kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmiş bir borçlunun alacaklılarının zararına yaptığı hileli tasarrufların iptali düzenlenmiştir. Maddede geçen ödeme kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetme keyfiyeti, genellikle tam veya kısmi borç ödemekten aciz belgesiyle isbat edilir (32). Borçlunun aynı değerinde bir krediye kavuşmak için yaptığı (inançlı) topyekün temliklerde alacaklılara zarar verme kastından söz edilemez. Meğer ki, borçlu bu temlik sonucu gizli yoldan bir para almış olsun (33).

Bibliyografya

- Albisetti, Z/Boemle, M/Ehrsam, P/Gsell, M/Nyffeler, P/Rutschi, E.** *Handbuch des Geld-, Bank-und Börsenwesens der Schweiz*, 4.Aufl. Thun 1987.
- Akipek, J:** *Türk Eşya Hukuku, C.I: Ziyetlik ve Tapu Sicili*, Ankara, 1972.
- Amonn, K.:** *Die generalle Debitorenzession im Konkurs*, Blatter für Schuldbetreibung und Konkurs, 1979, sh. 129 vd.
- Amonn, K:** *Grundriss des Schuldbetreibung und Konkursrecht*, 4. Aufl, Bern 1988.
- Baer, T:** *Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft*, Winterthur 1963.
- Becker, H:** *Berner Kommentar, Bd. IV/1, Allgemeine Bestimmungen* (Art. 1-183), 2.Aufl. Bern 1941/1945.
- Bergmaier, H:** *Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht*, Aarau 1945.

(31) **Zobl**, Syst Teil, N. 815; **Fritsche**, Bd. II, sh. 280 vd; **Oberlin**, sh. 171. Aksi fikirde (alacağın doğduğu anı esas alınması fikrinde); **Amonn**, Blatter, sh. 138; **Haensler**, sh. 137 vd.

(32) **Kuru**, sh. 384.

(33) **Amonn**, Blatter, sh. 137-138; **Haensler**, sh. 142 dn. 123'e ait metin.

- Blumenstein, E:** *Handbuch des schweizerischen Schuldbtreibungsrecht*, Bern 1911.
- Bucher, E:** *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl Zürich 1988.
- Bucher, E:** *Zur Gültigkeit von Globalzession*, recht 1989, sh. 12 vd.
- Bucher, E:** *Kreditsicherung durch Zession in: Probleme der Kreditsicherung*, Berner Tage für juristische Praxis 1981, Bern 19812.
- Davran, B:** *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972.
- Egger, A:** *Zürcher Kommentar, Bd. I, Einleitung und Personenrecht*, 2. Aufl, Zürich 1930.
- Emch, U/Renz, H:** *Das schweizerische Bankgeschäft*, 3. Aufl, Thun 1984.
- Engel, P:** *Traité des Obligations en droit suisse*, Neuchatel, 1972.
- Enneccerus/Nipperdey,** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I-II, Tübingen 1959/1960.
- Eren, F:** *Boğlar Hukuku*, C.I, Ankara 1992; C.III, Ankara 1992.
- Flume, W:** *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II Das Rechtsgeschäft* Berlin 1979.
- Fromer, L:** *Die Abtretung künftiger Forderungen*, ZSR 1938, sh. 273 vd.
- Gauch/Schluep,** *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl, Bd. I-II, Zürich 1977.
- Gautschi, G:** *Berner Kommentar, VI/2-4, Der einfache Auftrag*, Art. 394-4076 OR Berr. 1971.
- Grossen, J-M:** *Traité de Droit Civil Suisse, T. II/2, les personnes physiques* Fribourg 1974.
- Gugenheim, D:** *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 2. éd, Geneve 1985.
- Guhl/Merz/Kummer:** *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7. Aufl, Zürich 1980.
- Haab, R:** *Zürcher Kommentar, IV/1, Art. 641-729 ZGB*, 2. Aufl, Zürich 1977.
- Heansler, P:** *Die Globalzession*, Zürich 1991.

- Hahnzog, K:** *Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen*, München 1962.
- Homburger, E:** *Besprechung von BGE 113 II 163*, SAG 1988, sh. 157 vd.
- Jaeggi, P:** *Zur Rechtsnatur der Zession*, SJZ 1971, sh. 6 vd.
- Jaeggi/Gauch:** *Zürcher Kommentar*, VI/1 b, Art. 18 OR, Zürich 1980.
- Jaeger, C:** *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, T.I-III, Lausanne/Geneve 1920.
- Jeanpretre, R:** *La cession de salaire*, SJZ 1967, sh. 20 vd.
- Kaderli, R:** *Die Sicherung des Bankkredites*, Diss. Bern 1938.
- Keller/Schöbi:** *Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerchtfertigter Bereicherung*, Basel 1984.
- Klein, F-E:** *De la Cession globale de creances à titre de garantie*, Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, sh. 207–221.
- Kleiner, B:** *Bankgarantie*, 4. Aufl, Zürich 1990.
- Kleyling, T:** *Zession-unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession und Forderungverpfändung als Mittel zur Sicherung von Krediten*, Zürich 1980.
- Koller, A:** *Der gute und böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Freiburg 1985.
- Köprülü/Kaneti:** *Smirli Ayni Haklar*, Istanbul 1982/1983.
- Kramer, E.A.:** *Berner Kommentar VI/1/1 (art. 1–2 OR)* Bern 1980; VI/1/4 (Art. 18 OR) Bern 1985.
- Kuru, B:** *İera ve İflâs Hukuku, C. II: İflâs ve Konkordato Hukuku*, Ankara 1971.
- Leemann, H:** *Berner Kommentar, Die beschränkten dinglichen Rechte* Bern 1925.
- Meier-Hayoz, A:** *Berner Kommentar IV/1/1, Systematischer Teil Allgemeine Bestimmungen Art. 641–654 ZGB*, 4. Aufl Bern 1968.
- Merz, H:** *Obligationenrecht, allgemeiner Teil*, SPR, Bd. VI/1, Basel/Stuttgart 1984.

- Merz, H:** *Legalzession und Aussonderungsrecht gemaess Art. 401 OR, Erhaltung des Rechtes in der Rechtssprechung des schweizerischen Bundesgerichts*, Basel 1975.
- Merz, H:** *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg 1988.
- Nobel, P:** *Praxis zum öffentlichen und privaten Bankrecht der Schweiz*, Bern 1979.
- Oberlin, B:** *Die Globalzession in Theorie und Bankpraxis*, Diss. Basel 1989.
- Oftinger, K:** *Bundesgerichtspraxis zum allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrecht*, 2. Aufl Zürich 1973.
- Oftinger/Baer:** *Zürcher Kommentar*, Bd. IV/2c: *Das Fahrnispfand*, Art. 884–918 ZGB, 3.Aufl, Zürich 1981.
- Oğuzman/Seliçi:** *Eşya Hukuku*, 6. bası, İstanbul 1992.
- Oser/Schönenberger:** *Zürcher Kommentar*, Bd. V: *Das Obligationenrecht*, 1.Teil (Art.1–183 OR), Zürich 1929.
- Pedrazzini/Oberholzer:** *Grundriss des Personenrecht*, 2. Aufl, Bern 1985.
- Pulaşlı, H:** *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 1989.
- Reisoğlu, S:** *Menkul İpoteği*, Ankara 1965.
- Reymond, C:** *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Lausanne 1948.
- Schöhle, H:** *Bank-und Börsenrecht*, München 1971.
- Schönle, H:** *Die Einmann und Strohmanngesellschaft*, Freiburg 1957.
- Scyboz, G:** *le contrat de garantie et le cautionnement*, Fribourg 1979.
- Sirmen, L:** *Alacak Rehni*, Ankara 1990.
- Sirmen, L:** *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara 1992.
- Stachelin, A:** *Zur Abtretung künftiger Forderungen*, Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, sh. 381 vd.
- Sungurbey, İ:** *Borç İkrarı ve Borç Vaadi*, İstanbul 1957.
- Tandoğan, H:** *Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri*. C. II, Ankara 1987.

- Tuor/Schnyder:** *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 10. Aufl. Zürich 1986.
- Ünal, M:** *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara 1989.
- von Büren, B:** *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 1964.
- von Tuhr/Peter:** *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht*, Bd. I/1, Zürich 1974.
- von Tuhr/Escher:** *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*. Bd. II, 3. Aufl, Zürich 1974.
- Walder, H.U.:** *Lohnabtretung und Zwangsvollstreckung*, Zürich 1974.
- Waelli, P:** *Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft*, Diss. Zürich 1969.
- Wiegand, W:** *Fiduziarische Rechtsgeschäft*, ZBJV 116/1980, sh. 537 vd.
- Wiegand, W:** *Kreditsicherung und Rechtsdogmatik*, in: Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bern 1979, sh. 283 vd.
- Wieland, C:** *les droits reels dans le code civil suisse*, T. I-II, Paris, Paris 1913-1914.
- Wolff, M.** *Wesen und Voraussetzung der zession*, Zürich 1917.
- Zobl, D:** *Berner Kommentar, IV |2|5|1, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil* und Art. 884-887 ZGB, Bern 1982.
- Zobl, D:** *Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung-eine Standortbestimmung*, SJZ 1989, sh. 349 vd.