

**TEMİNATI İSTİHDAF EDEN TEMLİKÎ  
TASSARRUFLAR**

Asistan Dr. Turhan ESENER

**DAVA:** Para ödendiğinde iadei ferağ etmek şartile davalıya rehin etmiş olduğu han ile müfrez beş parça arsanın ferağını iadeden ve malûmatı olmaksızın davalının satmış olduğu dükkânın satış bedeli olan 4000 lirayı vermeeekten imtina etmekte olduğundan tapu kayıtlarının iptaliyle kendisine iadesine ve satılan ve kendisine ait olan dükkân bedelinin tahsilne karar verilmesi istenilmiştir.

**HÜKÜM:** Davacının 2114 lira 50 kuruş borcunu tamamen ödediği anlaşılmiş ve davalının davacının hüsnü niyetine karşı gayrimenkullerin ferağının iadeden imtina eylediği ve dükkânı 4000 liraya satıp bedelini davacıya vermediği tebeyyün etmiş olduğundan 4000 liranın davacıya vermediği tebeyyün etmiş olduğundan 4000 liranın müddeabih gayri menkuller kayıtlarının iptal ve davacı namına kayıt ve tescillerine dair verilen hüküm Yargıtay Birinci Hukuk Dairesince : «Ferağa karşı muvazaa iddasının şahitle ispatı caiz bulunmamış ve bu gibi hallerde ancak davacının diğer tarafa bir yemin hakkı bulunmuş olduğu halde bu cihetler göz önünde tutulmaksızın şahadet ve o mahiyette olan karinelere dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz» olduğundan bahisle bozularak iade edilmesi üzerine, mahkemece: Bazı sebep ve düşüncelerle israra karar verilmiştir.

**YARGITAY KARARI:** Hadisede hile ve iğfal bahis konusu olmayıp muvazaa suretiyle böyle yapılmış olduğu ve bedel geri verildiği takdirde ferağın iade edileceği dava dilekçesi münderecatından anlaşılmasına göre bu iddianın yazılı delil ile ispat edilmesi lâzım olup şahit dinlenmesi kanunen caiz bulunmasına binaen bozma kararına uyulmak gerekli iken hadisede hata ve hile mevzubahis olduğundan bahisle şahit istimai caiz olduğu düşüncesile eski hükümde israr edilmesi yolsuz olduğundan hükmün bozulmasına oy birliği ile karar verildi. (1)

(1) Tem. H. U. H. 14/12/1949 E. 1/243 - 173, K. 122 Türk İçtihatlar Külliyyatı 1950 c. 1, No 339, s. 375.

Temyiz mahkememiz kararında bir borcu temin etmek maksadile yapılan temlik muamelelerin muvazaalı olduğunu kabul etmekte ve taraflar arasında muvazaanın şahitle isbat edilemeyeceğini teyit eylemektedir.

Resmî senet ve kayıtlara karşı muvazaanın tahriri beyine ile isbat edilebileceği neticesini tasvip etmek lâzım geldiği fikrindeyiz. Şüphesiz ki yazılı beyine resmî senet ve kayıtlara karşı daha dün bir durumdadır. Fakat resmî seenetle isbatın pek zor olacağını nazarı itibara alarak taraflara muvazaayı isbat edebilmek imkânının bahşedilmesi pek yerindedir.

Yukarıda zikrettiğimiz karar üzerinde münakaşa edilmesi iktiza eden başlıca nokta teminatı istihdaf eden temliklerin muvazalı ve binnetice hükümsüz olup olmadığı meselesidir.

Temyiz mahkememizin kanaati hilâfına teminat maksadile yapılan temlik muameleleri her hadisede muvazaa zaviyesinden tetkik ederek bu tasarrufların hükümsüzlüğüne karar vermek doğru değildir. Filhakika mezkûr hadisede taraflar üçüncü şahısları aldatmak istememişlerdir. Mavacının davalıya yaptığı temlik tasarruflar ise ciddî surette her iki tarafca istenmiştir. Takip edilen gaye alacaklı durumda olan davalının en sağlam bir şekilde temin edilmesidir. Şu hale göre bahis mevzuu olan temlik itimada müstenit muteber bir muameledir. Nitekim Temyiz Hukuk Umumî Heyeti başka bir kararında pek haklı olarak muvazaadan bahsedilmek için tarafların izhar etmiş oldukları iradenin kasdetmiş oldukları akde uygun olmaması icap eder. Halbuki hadisede taraflar temlikin hakiki kast ve niyetlerine uygun olduğuna ittî fak ettiklerinden da ve konusunu teşkil eden satış akdi muvazaa'ı sayılamaz demektedir (2).

Eğer borçlu şeyin mülkiyetini ciddî olarak alacaklıya nakletmek hususunda onunla anlaşmış ise böyle bir anlaşma muvazaada olduğu gibi devir ve temlikin hükümsüzlüğünü değil bilâkis muamelelenin ciddiliğini gösterir.

Teminat maksadı ile yapılan temlik muameleler hakkında kamunda bir sarahat mevcut değildir.

Esasen müspet hukuk fertlerin bütün ihtiyaçlarını karşılayacak hukukî imkânları ancak mahdut bir şekilde bahsedebilir. Aynı haklar kanun tarafından tahdit edilmişlerdir (Numerus clausus). Bir teminat ancak rehin veya ipotek yolları ile temin edilebilir. Fakat, fertlerin cemiyyet içerisindeki ihtiyaçları o kadar mütenevvidir ki bazan kanun tarafından fertlere bahşedilen imkânlar onların menfaatlerini istedikleri şe-

(2) Tem. H. U. H. 4/4/1951 E. 5-92/54 K. 20

kilde tanzim etmeye kâfi gelmez. Bazan borç veren'in menfaatları, bazan da borç alanın vaziyeti aralarındaki hukukî münasebetin kanun tarafından derpiş edilmemiş şekillerde de tanzim edilmesine sebep olabilir.

Meselâ, borç veren kimse kat'î bir teminat aramaktadır. Bunun için A, B den aldığı borca mukabil bankasında olan bir alacağını ona nakledebileceği gibi (3) bir malını da rehin makamına kaim olmak üzere satabilir. İşte böyle bir maksatla yapılan temlike rehni istihdaf eden temlik (Sicherungszession-La vente à fin de garantie) denmektedir.

İsviçre hukukunda kabul edildiğine göre, rehin maksadile temlik alacaklı lehine yapılan ve muteber olan itimada müstenit bir muameledir (Fiducia cum creditore contracta) (4).

Aynı telâkinin hukukumuzda da kabul edilmesi pek isabetli olur. Fakat, acaba rehin maksadile yapılan mülkiyetin nakli muamelesi vadesinde ödenmemesi takdirinde mürtehinin merhuna malik olmasını tazammun eden her şart batıldır diyen M. K. m. 863'e karşı bir hile teşkil eder mi?

Federal mahkeme bir gayrimenkulün rehin makamına satılması dolayısı ile çıkan bir ihtilâfı hallederken bu meseleye temas etmiştir. Federal mahkemeye göre, rehin maksadile yapılan mülkiyetin nakli M. K. m. 863'ü ihlâl etmez, çünkü rehin maksadile yapılan satış adi rehinden farklıdır. Şeyin mülkiyeti teminatın verildiği anda alacaklıya geçmektedir; fakat borç ödendiği zaman alacaklı, o şeyin mülkiyetini iade etmekle mükelleftir. Halbuki borcun vadesinde ödenmemesi takdirinde mürtehinin merhuna malik olmasını tazammun eden bir şartla yapılan rehin tesisinde vaziyet başkadır. Mülkiyet borç ödenmediği takdirde alacaklıya intikal edecektir. Birinci halde borçlu vaziyetin vahametini daha bidayette farketmektedir. Buna rağmen, şeyin mülkiyetini nakletmiş ise artık rahin gibi himaye edilmesine lüzum yoktur.

Federal mahkemenin vardığı bu neticeye daha basit bir muhakeme tarzı ile de varmak mümkündür. Borçlu alacaklısına teminat vermek istemekte, fakat ona karşı şarta bağlı olarak borcunu ödemeyi arzu etmemektedir. Binanaleyh, alacaklı kendisine devredilen şeyi borç ödeme

(3) Rehin maksadile yapılan alacağın temliki (Lie Sicherungszession) La cession afin de garantie) Bu mevzu için Bk. Hans Bergmîer, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, tez, Zurih, 1945.

(4) K. Oftinger, Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Das Fahrnispfand Zurih, 1952 sys. teil. No. 234 s. 68 ve No. 23 ve müteakip.

(5) RO 56 II 444, JdT 1931, s. 306 - 307, Stadlmann - Vopel/Lötscher.

diği takdirde muhafaza etmek hakkına malik değildir ki M.K.m. 863'e karşı bir hile bahis mevzuu olsun.

Rehin maksadile yapılan temlik alacaklının menfaatına yapılırdiyorduk. Filhakika, rehin alacaklıya merhun üzerinde hiç bir hak vermez. Halbuki yukarıdaki alacaklı B daha imtiyazlı bir mevkie sahiptir: İtımada müstenit temlik neticesinde o şeyi iktisab etmiştir (Vollrechtstheorie). Binanaleyh, itimat mukavelesinde tayin edilen hudutlar dahilinde o şey üzerinde tasarruf etmek hakkını haizdir. Borcun ödenmemesi halinde bir seçim hakkına maliktir? İsterse borçlusunu icra marifetile takip ettirir isterse o şeyi bizzat kendisi satar.

Diğer taraftan, rehin maksadile yapılan temlikte temlik edilen şey alacaklının iflâsı halinde iflâs masasına girdiği halde rehnedilen şey iflâs masasına dahil olmaz.

Federal mahkeme gayrimenkullerin de rehin maksadı ile muteber olarak satılabileceğini ve bu satışın gayrimenkul rehin şekillerini tâdâd eden M.K.m. 765'i ihlâl etmeyeceği fikir ve mütaâlasındadır. M.K.m. 765 gayrimenkul rehni için üç sistem kabul etmekle (ipotek, irat senedi, potekli irat senedi) kanun vaznı İsviçrede muhtelif kanton mevzuatları arasında yeknesaklık kurmak fikrinden hareket etmiş, yoksa mahiyeti itibarile gayrimenkul rehninden tamamen farklı bir müesseseyi men etmek istememiştir.

Bazan da borç alanın menfaati rehin yerine rehni istihdaf eden bir temlikî muamele yapılmasını haklı gösterebilir.

Meselâ küçük bir sanatkârın sermayeye ihtiyacı vardır. Bunu temin etmek için kendisine ödünç para verecek birisini bulmuştur. Fakat bu kimse, haklı olarak, teminat gösterilmeksizin ödünç vermeğe razı olmak tadır. Sanatkârın ise elinde teminat olarak gösterebileceği sanatı icra etmek için kullandığı alat ve adevattan başka hiç bir şeyi yoktur. M.K.m. 853'e göre bir menkul ancak teslimi meşrut şekilde rehnedilebilir. Eğer sanatkâr aletlerini rehin olarak alacaklısına teslim edecek olursa bütün işleri duracak sanatını icra edemeyecektir. İşte böyle bir halde sanatkâr buna bir çare arayacak ve muhtemel olarak şöyle kaçamaklı bir yola sapacaktır.

Hükmen teslim ile mülkiyetin nakli mümkün olduğundan sanatkâr aletlerini alacaklısına satacak ve hemen yapacağı bir mukavele ile de bu aletleri kiralayacaktır. Satış bedeli alacağı, kira kira bedeli ise borcun faizine tekabül edecektir. Böylece hem alacaklı istediği teminatı elde edecek ve hem de sanatkâr aletleriyle çalışmasına devam edecektir.

Fakat menkul rehni'nin teslim suretiyle yapılacağını beyan eden

M.K.m. 853 ün bu şekilde bertaraf edilmesini kanun vazı hususi bir hükümle (M.K.m. 690) menetmiş bulunmaktadır.

Vakıa, kanunumuz zilyedliğin teslimsiz iktisab edilebileceğini derpiş etmektedir. Filhakika, M.K.m. 892 f. 1'e göre bir üçüncü şahıs veya temlik eden hususi bir sebep binaen zilyed olmakta devam ederse, zilyedlik teslim olmaksızın iktisab olunabilir.

Burada bahis mevzuu olan hususi sebep, yani zilyedliği devredenin temlik mukavelesine rağmen şeyi elinde fer-i zilyed sıfatıyla tutabilmesinin sebebi, ya aynı mahiyette bir hukuki münasebet veya muayyen bir şahsi hakka istinad eden bir münasebettir. (6)

Meselâ satın alınan bir otomobilin, garajının inşasına kadar satıcının garajında kalması halinde otomobilin aslı zilyedliği alıcıya int'kal ettiği halde satıcı fer'i zilyed olmakta devam edecektir. (7).

Keza banka muamelelerinde de hükmen teslim sık sık rastlanır. Bir banka müşterisi nam ve hesabına aldığı senetleri bir vedia akdine istinaden elinde bulundurmaya devam eder.

Fakat bir hakkın iktisab edilmesi için zilyedliğin nakline imkân yoktur. İşte kanunumuz 69 ıncı maddesinde bir başkasını ızzar veya teminat hükümlerini ihlâl kasdıyla bir menkulü temlik eden kimse onu hususi bir sebeple yedinde alırsa mülkiyetin intikali üçüncü şahıs hakkında muteber olmaz denmektedir.

Acaba bu hükmün manası nedir? Bu suale ifrata kaçmadan ve kanunun ifade etmek istemediği bir hususu kabul etmekten sakınarak ihtiyatla cevap vermek lâzımdır.

Hükmen teslim şu iki halde üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilemeyip ancak taraftar arasında lüzum ifade eder. (8).

a) Hükmen teslim üçüncü şahısları ızzar ediyorsa

b) Hükmen teslim ile menkul rehni hakkında vazedilmiş hükümler bertaraf edilmiş ise.

Burada üzerinde durulması lâzımgelen en ehemmiyetli husus 69 uncu maddede aranan teminat hükümlerinin ihlâl edilip edilmemiş olduğu hususundaki kasdın ne şekilde araştırılacağıdır. Bu meselenin cevabını bizzat kanun vermektedir. M. K. m. 690 ın sonuncu fıkrasına göre bu kasdın takdiri hakime müffevezdür.

Acaba hâkim bu kasdı ararken hangi kıstaslara müracaat edecektir.

(6) Homberger - Marti, FJS, No. 644, s. 3. (Possesion - Acquisition et perte).

(7) Bk. Hüseyin Avni Göktürk, Aynî Haklar, Ankara, 1949, s. 767.

(8) Göktürk, a. g. e., s. 938 - 939.

Fikrimizce burada her şeyden evvel kanuna karşı hile mefhumuna baş vurmak icap eder. Yapılan muamelenin kanuna karşı hile olarak tavşif edilmesi halindedir ki M.K. 690 ıncı maddede artırılan teminat hüyüklerini ihlâl kasdının mevcudiyetine kanaat getirilebilir.

Maday bir muamelenin kanuna karşı olarak telâkki edilebilmesi için üç şartın bulunması lâzım geldiğini yazmaktadır (9).

a) Hadisenin değiştirilmesi veya tahrifi (Die tatbestanasverândarung Hadisen'in değiştirilmesi suretiyle âmir hüküm bertaraf edilmek te ve bunun yerine değiştirilen hadiseye uygun bir hüküm tatbik edilmektedir. Burada taraflar rehin hükümlerini bertaraf etmek için o şeyi satmış görünmektedirler.

b) Kanunen memnu olan bir neticenin istihsalı.

M. K. m. 690 Hükmen teslim ile rehin tesisine cevaz vermemektedir. Öyleyse, aynı gayeyi temin edecek başka bir vasıtaya müracat kanuna karşı hile teşkil edecektir.

c) Hile kasdının mevcudiyeti. (Umgehunssabsicht)

Kanaatımıza göre M. K. m. 690 da zikredilen teminat hükümlerini ihlâl kasdı kanuna karşı hilenin üçüncü unsuru olan kanuna karşı hile kasdından başka bir şey değildir. Bunun içindir ki M. K. m. 690 ı tatbik etmeden evvel hâkimin hâdisenin hususiyetlerini nazarı itibara alarak hile kasdının mevcut olup olmadığını araştırması lâzım geldiği kanaatını izhar ediyoruz.

Şu halde hükmen tesliminin istinat ettiği hukukî münasebetin (mese-lâ kira veya vedia) hakim tarafından incelenerek rehin hükümlerini ih-lâl kasdını taşıyıp taşımadığının tayin ve tesbit edilmesi icap eder.

Ekseri hallerde, bayii sattığı malı gayri muayyen bir müddet içeri-sinde tekrar satın alabileceğinin kararlaştırılmış olması satışın esas ga-yesi olan bir malın semenle değiştirilmesinden uzaklaştırılarak, iktisadî bakımdan şeyi teslim etmeksizin rehin tesis etmektir. Fakat, mücerret, borç miktarı ile satış bedelinin aynı olduğuna bakılarak yapılan satışın rehin hükümlerini bertaraf etmek için yapıldığına karar vererek mesele-yeye M. K. m. 690 ı tatbik etmemek lâzımdır.

Bu bakımdan enteresan bulduğumuz Federal Mahkemenin en son bir içtihadına burada temas etmeyi faydalı buluyoruz. (10)

Hâdise şudur: 10 Şubat 1950 de Hans Wanner - Ludin otomobilini

(9) Maday, Die sogenante Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizeris-chen Obligationenrecht, tez, Bern, 1941.

Gene bk. Topçuoğlu, Kanuna karşı hile, 1950, s. 187.

(10) RO 78 II 207 JdT 1953 I 140 «Gehrig» Dame Wanner - Ludin.

Lucerne de bir bankaya 9000 franklık borcuna mukabil rehnetmiştir. Banka da otomobili garaja koymuştur.

14 nisan da Wanner, Willi Gehrig ile iki mukavele akdetmiştir. Birinci mukavele ile otomobilini ona 9215 fr. a satmakta ikinci mukavele lie de 1000 fr. mukabilinde bu otomobili 6 mayıs 1950 tarihine kadar kiralamaktadır. Bu kira müdeti zarfında kira bedeli olan 1000 frangı tam olarak ödemek şartıyla Wanner otomobili tekrar 925 franga selâhiyetine haizdir.

9 Mayıs 1950 de Gehrin Wanner'in otomobili teslime dâvet etmiş fakat Wanner'in talebi üzerine kira münasebetini 15 Mayıs a kadar uzatmıştır.

Bu müdetin hitamında da Wanner otomobili teslim etmediğinden mahkemeye müracat ederek otomobilin kendisine teslim edilmesine hükmeidmesini talep etmiştir.

Wanner 17 Ekim 1950 de iflâs etmesi üzerine Gehrig otomobil üzerinde mülkiyet iddiasıyla 23 Haziran 1951 de Wannerin karısı aleyhine hakkının tanınması için bir dâva ikame etmiştir. Mahalli mahkeme tarafından kabul edilen bu talep 14 Şubat 1952 de İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu mahkeme dâvacının otomobili teslimsiz olarak iktisab ettiğini kabul etmiştir. Dâvacı Federal Mahkemeye müracat ederek karar bozdurmuştur.

Federal Mahkemenin ileri sürdüğü sebepler şunlardır:

1) Taraflarının niyetlerinin ihtilâfa mevzu teşkil eden otomobilin mülkiyetinin dâvacıya nakledilmeyip sadece üzerinde rehin tesis etmek olduğuna dair hiç bir delil yoktur. Böylece Kanton mahkemesi haklı olarak muvaza itirazını reddetmiştir. Wanner hakikaten mülkiyeti nakletmek istememişse bu hukukun bir kıymet ifade etmeyen kaydızihniden ibaret olacaktır.

2) Mülkiyetin intikali için muteber bir hukukî sebebin mevcudiyetinden başka şeyin iktisab edene teslim edilmesi şarttır. (İMK. m. 714 f. 1 - TMK. m. 687).

2) Teslim vaki olmaksızın yapılan mülkiyetin nakli muamelesinin menkul rehnine müteallik kaideleri bertaraf etmek için yapıldığını kabul etmek lâzımdır. Binaenaleyh rehni istihdaf eden mülkiyetin nakli hükmen teslim tarihiyle yapıldığı zaman üçüncü şahıslara karşı yapıldığı zaman hiç bir hüküm ifade etmez.

Satılan şey bir kira mukavelesi neticesinde bayie bırakılmışsa İMK. 717 ye göre ortada kanunu bertaraf edilmek için yapılmış bir muamele mevcuttur. Meselâ, kira mukavelesi muayyen bir müddet için akdedilmiş ve bu akdin hitamında satıcının semeni iade ederek satılan şeyi geri ala-

cağı kararlar—tırılmış olabilir. İktisadî bakımdan böyle bir anlaşma muayyen bir müdet için yapılmış karz akdinin satılan şey ile rehnedilmesi neticesini husule getirir. Şu farkla ki bu son halde mevzubahs olan şey temlik edenin zilyedliğinde kalır. Umumî olarak satıcının tekrar satın alma hakkını gayrimuayyen veya uzun bir müdet haiz olacağını kararlaştırılmış olması halinde takip edilen başlıca gaye rehin tesis mukabilinde bir kredinin bahşedilmesidir. Fakat hâdisedeki vaziyet böyle değildir. Kira mukavelesi ve fariğe tanınan şira hakkı kısa bir müddete in hisar ettirilmişdir.

Eğer Wanner otomobili tekrar satın alma hakkını mahfuz tutmuşsa bu ancak tayin edilmiş müdet içerisinde ve bir tesadüf neticesinde borcunu ödeyebilme ümididir. Şu halde taraflar hükmen teslim ile bir rehin tesis etmek istememişlerdir. Satış fiyatının garanti edilen borca tekabül etmesi aktedilen anlaşmanın başka türlü tefsir edilmesini intaç etmez. Nitekim Kanton Mahkemesi de ödenen bedelin otomobilin hakiki kıymetine tekabül ettiğini müşahade etmiştir. Binaenaleyh, satış bedelinin miktarının borç miktarına tekabül etmesi İMK. m. 717 (TMK. m. 690) ye göre kanunu bertaraf etmek niyetinin mevcudiyetini isbat etmeğe kâfi gelmez.

Tekrar Temyiz Mahkemesinin mezkûr kararı üzerine avdet edecek olursak varacağımız netice şu olacaktır: Han ile müfrez beş parça arsanın dâvacı tarafından dâvalıya ferağı muamelesi itimada müstenit bir muameledir ve binnetice muteberdir. Başka bir tabirle dâvalı muteber olarak bunları iktisab etmiştir ve ortada bir muvazaa hali bahis mevzuu değildir. Şu hale göre dâvacı muvazaayı ispat ederek kayıtların iptali cihetine gidememesi icap eder. Eğer dâvalı iadei ferağdan imtina ediyorsa dâvacı kendisine karşı itimat sözleşmesinin (Pactum fiduciae) edilmesinden dolayı şahsî bir dâva hakkına sahiptir. Hadisede dâvacı bu ifayı temin edemediğine göre B. K. m. 96 mucibince bir tazminat talep edebilecektir.