

## İCRA VE İFLÂS YOLLARIYLA TAKİPTE VE KONKORDATODA MÜLKİYETİ MUHAFAZA (MUKAVELESİ) (\*)

Yazan :  
**Dr. B. Haberthür**  
Basel - Stadt İcra ve İflâs  
Dairesi Başkanı

Çeviren :  
**Dr. Ergun ÖNEN**  
Ankara Hukuk Fakültesi Medeni  
Usul ve İcra - İflâs Hukuku Asistanı

Mülkiyeti Muhafaza (MM) müessesesi daha ZGB'nin 716. ve 717. maddelerinde (MK m. 689 ve 690) düzenlenmeden çok önce tatbikatça bilinmekteydi. Bu müessesenin ekonomik değeri ve sür'atli gelişimi karşısında, doktrin ve tatbikatın, ZGB'nin yürürlüğe girişinden bu yana geçen 47 yıl zarfında, maddî hukukun ve takip hukukunun MM'ya ilişkin sorunlarını etraflı ve kesin olarak araştırmış ve aydınlatmış olduğu kabul edilebilir. Fakat iyice tetkik edildiğinde, esash şekilde araştırılmış olan sahaların yanbaşında, bilhassa takip hukuku alanında daha birçok birleştirici çözüm şeklinin noksan olduğu görülür.

Aşağıda MM'nın hukukî esaslarının kısa bir tetkikinden sonra bunun icra, iflâs ve konkordato gibi takip yollarındaki tatbikatından doğan pratik önemi haiz meselelerinin izah edilmesine çalışılacaktır. Fakat burada bir ayırımında bulunarak izaha muhtaç ol-

---

(\*) Bu makale, İsviçre'de çıkan «Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs» adlı derginin 1949 yılına ait 5. sayısının 129 - 140. ve 6. sayısının 162 - 176. sayfalarında yayınlanmıştır.

Metinde Türk Hukuku ile ilgili olarak parantez içinde verilen bilgiler çeviren tarafından eklenmiştir.

- Art** : Artikel (İsviçre kanunlarında madde).  
**BK** : Türk Borçlar Kanunu  
**BISchKG** : Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs (İcra ve İflâs Dergisi) (Dergi).  
**EV** : Eigentumsvorbehalt (Mülkiyeti muhafaza).  
**FM** : Federal Mahkeme (İsviçre).  
**FMK** : Federal Mahkeme Kararı (İsviçre): BGE Bundesgerichtsentscheidung) karşılığı olarak kullanılmaktadır.  
**İHK** : Türk İcra ve İflâs Kanunu.

mayan hususların kısa özetlerinin yapılması ile yetinilecek; böyle bir izahı gerektiren noktalarda ise daha geniş bir münakaşaya yer verecek şekilde çözüm imkânları araştırılacaktır.

### A. MÜLKİYETİ MUHAFAZANIN HUKUKİ KARAKTERİ

MM, ferağ muamelelerinde (temlikî muamelelerde) aynı teminatın özel bir şeklidir. Mülkiyeti mahfuz tutulan mal bu arada alıcıya devredilmiş olsa bile MM müessesesi, iltizamî muamelenin ifasına kadar o mal üzerindeki mülkiyet hakkını satıcı lehine olmak üzere teminat altına alır.

MM'nın tesisi aşağıdaki şartlara bağlıdır:

1. Taraflar arasında aynı zamanda alıcının bir eda mükellefiyetini de tesis eden, münferit menkul malların nakline yöneltilmiş bir ferağ muamelesi (ki bu burada iltizamî muameleyi teşkil eder) aktedilmelidir (1). Bu iltizamî muamele bütün hak ve mükellefiyetleri ile beraber kayıtsız ve şartsız olarak aktedilir. Mukavelenin akdiyle birlikte nef'i ve hasar alıcıya geçer.

İltizamî muamele kanununun ifadesine göre münferit mallar (2) üzerindeki menkul mülkiyetinin nakline yöneltilmiştir. Kira (3)

---

<b>Komm.</b>	: Kommentar (Şerh).
<b>KV</b>	: Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursaemter (İsviçre'de «İflâs Dairelerinin faaliyetlerine dair tüzük») (13/4/1911 tarihli).
<b>m</b>	: madde
<b>MK</b>	: Türk Medenî Kanunu
<b>MM</b>	: Mülkiyeti muhafaza
<b>OR</b>	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu).
<b>Pra</b>	: Die Praxis des Bundesgerichts («İsviçre» Federal Mahkeme Tatbikatı) (Dergi).
<b>SchKG</b>	: Schuldbetreibung und Konkursgesetz (İsviçre İcra ve İflâs Kanunu).
<b>SJZ</b>	: Schweizerische Juristenzeitung (İsviçre Hukukçular Dergisi).
<b>ZBG</b>	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu).
<b>ZR</b>	: Blaetter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich Mahkeme İçtihatları Dergisi).

(1) FMK 43 III 34, 60 III 42.

(2) Keza misli şeyler (Karş. Pra XXI No. 159).

(3) FMK 60 III 42.

ve komisyon mukaveleleri, ardiye muameleleri, keza gayrimenkuller, maddî olmayan mallar (haklar), maddî bütünlükler, tabîi kuvvetler vs. üzerinde MM tesis edilemez. Buna mukabil satım akdinin yanısıra trampa, mükellefiyetli hibe, ölünceye kadar bakma, istisna ve şirket akitleri bu iltizamî muameleyi teşkil edebilirler. Alıcının karşılık edasını ekseriya mevzuu para olan bir ivaz teşkil eder, fakat bu meselâ bir işin yapılması gibi bir edim de olabilir.

İltizamî muamelenin oldukça sık raslanan özel bir şekli «Taksitle satış sözleşmesi» dir. Bu konuda Art. 716 (MK m. 689) aşağıdaki emredici hükmü koymuştur :

«Mülkiyeti muhafaza kaydıyla temlik olunan malların iadesini malik, ancak almış olduğu taksitlerden malın kullanılmakla eskimesinden mütevellit tazminat ve münasip bir ücret miktarını tenzil ederek mütebakiyi geri vermek şartıyla talep edebilir.»

Doktrin ve tatbikattaki hâkim kanaata göre, ödenmiş taksitlere temellük şartı yasağı, genel olarak MM kaydıyla yapılan bütün muameleler için de söz konusu olur. Satıcı bu hükümden ekseri hallerde kullanma hakkının devrini sağlayan akitlerle, bilhassa kira (mobilya âriyet verme) akitleriyle kurtulma yoluna sapar.

Hal ve şartlardan (bilhassa taksitlerin miktarı, kiracının ancak müşkül şartlar altında feshi ihbar hakkı gibi), aslında muvazaalı olan bir temlik muamelesinin mevcut olduğu görülürse, bu takdirde, bu haricî görünüşe rağmen, MM ve taksitle ödeme muameleleri hakkındaki hükümlerin tatbik edilmesi gerekir. Fakat bunu yaparken her hadisenin özel durumunu ehemmiyetle dikkat nazarına almak icap eder (4).

2. Öte yandan âkitler, şartı iltizamî muameleye aykırı olması gereken, şarta bağlı bir teslim akdi de yapabilirler (bu sebepten meselâ MM kaydıyla bir tarz akdi kabil değildir). Şüphe halinde MM, mülkiyeti mahfuz tutulan malın temlik edilmesine bağlı talikî bir şart ihtiva eder ve bu şart gereğince mülkiyet iltizamî muamelenin tamamen ifasına kadar satıcıda kalır (5). Tabiatıyla bu şart âkitler arasında, temlik ancak tam olarak yapılmadığı müd-

(4) Karş. mes. SJZ 31 s. 331 vd.; FMK 60 III 42.

(5) Bk. Jaeger, Komm. 212 N. 5; SJZ 11 s. 249, 13 s. 269.

detçe şartlı olabileceğinden, temlikten evvel kararlaştırılmış olmalıdır (6).

MM ile OR Art. 214 III (BK m. 211 III)'te hükme bağlanan fesih hakkı (temlik edilmiş olan şeyi geri almaya ilişkin şahsî bir hak) arasındaki fark, OR Art. 214 III te bahsedilen mahfuz hakkın, satım akdi yapılması infisahî şartına bağlı bulunması, buna karşılık MM'nın kaideten temlik yapılması talikî şartına muallâk olması karakterini arzemesinde saklıdır (7).

Satıcı mülkiyeti mahfuz tuttuğundan MM, hernekadar alacaklı için iktisaden rehin hakkında benzer bir teminat teşkil ederse de, bu hiçbir zaman ZGB Art. 884 vd. (MK m. 853 vd.) anlamında bir rehin hakkı olamaz. MM'nın rehin hakkı ile olan ilgisi sadece, temlik edilen malın alıcının borçları dolayısıyla olan mesuliyetine karşılık olarak alıkonulmasında görülür; fakat diğer taraftan MM malike iltizamî muamelenin yerine getirilmemesi halinde temlik mevzuu malı ancak ZGB Art. 716 (MK m. 689) daki şartlara tâbi olarak (8) istirdat etmek hakkını bahşeder. Özelliklerini kanunun belirtmiş olduğu bu hususî akit şeklini, MM ile ilgili takip hukukuna ilişkin meseleler hakkında karar verirken daima gözönünde bulundurmak ve rehin hakkına yapılan kıyaslarla sonuçlar çıkarmaktan kaçınmak gerekir; zira bu sonuçlar tarafların MM'ya ilişkin olan asıl iradelerinden uzaklaşmaya sebep olurlar.

Kararlaştırılmış olan bir MM'nın muteber olabilmesi için, bunun alıcının o andaki ikametgâhının bulunduğu yerdeki icra memurunca tutulan resmî bir sicile tescil edilmesi lâzımdır. Teferruatı burada incelenmeyecek olan bu tescil (9) muteberiyet şartıdır. Eğer bu tescil yapılmamışsa mülkiyeti muhafaza kaydına rağmen malın mülkiyeti teslim anında alıcıya geçer; zira MM kaydı, ZGB Art. 715 (MK m. 688)'in emredici ifadesine göre, tescil edilmediği sürece sadece üçüncü şahıslara karşı değil, aksine herkese karşı yani mutlak surette hükümsüz olacak ve bu sebepten de mülkiyetin normal olarak zilyedliğin devrine bağlı bulunan naklini önleyeme-

(6) FMK 35 II 46.

(7) Pra XXI No. 159.

(8) Pra II No. 67.

(9) Burada Paul Schenkel'in «Aus der Praxis des Betreibungsbeamten zun. EV» (BISchKG 1943 S. 1 veya SJZ 39 s. 203 vd.) isimli makalesine atıfta bulunmakla yetinelim.

yecaktır (bu bakımdan malın alıcı tarafından başkasına devrinde de kötü niyet olamaz). MM'nin daha sonra yapılacak olan tescili ile zilyedliğin tekrar satıcıya devrine lüzum olmaksızın mülkiyetin ona (satıcı) nakli sağlanmış olacaktır. Burada mülkiyetin tekrar (satıcıya) naklini özel bir hükümle sağlayan kanunca öngörölmüş bir durum söz konusu olup, MM'nin tescili ile zilyedliğin de yeniden devrine lüzum kalmamaktadır (10).

3. Son olarak, satıcı, iltizamî muameleyi muhtevi akdi, alıcının eda mükellefiyetini yerine getirmemesi halinde feshetmek hakkını mahfuz tutar. Bu fesih hakkının mevcudiyeti MM'da mutlak surette zarurîdir; zira aksi takdirde MM'nin hiçbir manâsı olmazdı (11). Bu itibarla, bu fesih hakkının, daha MM anlaşması yapılrken akdin muhtevasına zımnen dahil edilmiş olduğu faraziyesinden hareket etmek gerekir. Bu hak, MM'nin tescil edilmemiş olması sebebiyle muteber sayılmaması halinde bile mevcuttur; fakat OR Art. 214 III (BK m. 211 III) gereğince ancak şahsî karakterde bir hak olarak. Bu hal ekseriya MM'nin âkitler arasında, tescil bulunmaksızın da muteber olabileceği gibi hatalı bir görüşe sebebiyet vermiştir. Fakat burada böyle bir durum bahis konusu değildir. Aynîliğin mehenk taşı olan iflâsta bile MM tescil edilmeksizin mal talep edilemez.

MM ileri sürölerek malın geri verilmesi istendiği takdirde, satıcı emredici hukuka göre iltizamî muameleyi de feshetmek zorundadır. ZGB Art. 716 (MK m. 689) satıcının haklarını tahdidî olarak tâyin etmektedir. Gerçi alıcının temerrüdü için,

«Satıcının taksidin tediyesini talep edebileceği gibi, kendisi için bu hakkı mahfuz tutmuş ise, satılanın mülkiyetini iddia ve satımı feshedebileceğini» hükme bağlayan OR Art. 226 (BK m. 222)'nin lâfzından, MM ile temin edilmiş olan satıcının üçlü bir seçim hakkına sahip olduğu istihraç olunur, şöyle ki:

- a) Akdin muhafazası ve semenin ödenmesini talep,
- b) Akdi feshetmeksizin mülkiyetin dermeyanı,
- c) Mülkiyetin dermeyanı ve akdin feshi.

(10) Pra V No. 95.

(11) Leemann, Komm 715 No. 7; FMK 60 II 413, 73 III 168.

Fakat OR Art. 227 (BK m. 223) ve ZGB Art. 716 (MK m. 689) dan MM'nın ileri sürülmesinin sadece akdin feshinin bir şartı olduğu anlaşılmaktadır. Satılan ve teslim edilen malın mülkiyetini mahfuz tutmuş olan satıcı, bu mal üzerinde akdin feshi anında istihkak iddiasında bulunabilir. Fakat malın talep edilebilmesi için akdin feshedilmiş olması şarttır.

Bu suretle satıcının, alıcının temerrüdü halinde malı istirdat etmesinin, fakat buna rağmen semenin tam olarak ödenmesini istemesinin önüne geçilmiş olur (12). Satıcının malı geri alması ancak almış olduğu taksitlerin iade edilmesi şartıyla olabilir. Bunu sağlamak maksadıyla da alıcıya ZGB Art. 895 vd. (MK m. 864 vd.) hükümlerine göre mal üzerinde bir hapis hakkı tanınmıştır. Satıcı sadece malın ücreti ve kullanmadan dolayı olan eskime için ZGB Art. 716 (MK m. 689) da öngörülmüş olan iddiaları haizdir. Bu iddialar da duruma göre, ödenmiş olan taksitlerin miktarına ulaşabilir ve hattâ bu miktarı geçebilirler. Satıcı bu iddiaları ileri sürecek yerde, ödenmiş olan taksitlerin mahsup edilmesi yolunu da seçebilir (13), Satıcının iddialarının sınırları Fereral Mahkemece şu şekilde tespit edilmiştir (14): Satıcının ücretten ve kullanma sebebiyle eskimeden dolayı talep edebileceği tazminat miktarı, malın alelâde bir müddinin o maldan istifade edilmiş olan zaman için isteyebileceğinden fazla olmamalıdır. Geri alınan malın değeri mahsuba esas teşkil edecek bir faktör değildir; bu olsa olsa kullanma dolayısıyla eskimeyi tayin etmede esas olabilir.

Öte yandan OR Art. 226 (BK m. 222) delâletiyle ZGB Art. 716 (MK m. 689)'dan, satıcının, alıcının temerrüdü halinde akdi feshetmek zorunda kalacağı sonucu çıkarılamaz. Satıcı semen alacağını herhalde (ayrıca icra yoluyla da) talep edebilir ve malın geri alınması suretiyle, mülkiyeti muhafaza hakkını ileri sürmeksizin belli bir süre bu hakta ısrar edebilir. Semen tam olarak ödenmediği takdirde satıcı, MM hakkını her an kullanabilir (15).

---

(12) Karş. Pra XXIV No. 19.

(13) FMK 73 III 167.

(14) Bk. Pra XXXII No. 33.

(15) FMK 73 III 167.

## B. MM KAYDIYLA DEVREDİLEN MALLARIN HACZİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ

### I. Satıcı elinde haciz

Mülkiyeti mahfuz tutulan malın mülkiyeti semenin tamamen ödenmesine kadar satıcıda kalacağı için, bu malın satıcının bir borcundan dolayı yine satıcı elinde haczi düşünülebilir. Fakat bu takdirde alıcının, mal üzerindeki beklemece hakkını ve satıcı ile olan malî ilişkilerini istihkak prosedürüyle talep etmesi mümkün olacaktır. Eğer alıcı istihkak prosedürü sonucunda haklı çıkacak olursa, bu takdirde, mütemerrit olmayan alıcının hakları mülkiyeti mahfuz tutulan mala ilişkin paraya çevirme muamelelerine engel olacağından, mülkiyeti mahfuz tutulan malın satıcı elinde haczi kabil olmayacaktır. Böylece, MM muamelesine konu olan satıcıya ait mamelekî değerlerin, satıcının alacaklıları yararına paraya çevrilmesi için mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczine gidilmesinin hiçbir faydası bulunmayacaktır. Bu sebepten dolayı burada bizzat mülkiyeti mahfuz tutulan malın değil, SchKG Art. 91/99 (kısmen İİK m. 81/89)'a göre satıcının semen alacağının haczedilmesi gayeye daha uygun olur. MM, iltizamî muameleye ve semen alacağına bağlı tâlî bir hak olduğundan alacağın haczi ipso jure bu MM'yi de kapsar. Fakat bu takdirde haczedilmiş olan bu alacak için alacaklının yeter derecede himaye edilmiş olmasına dikkat etmelidir (16). Eğer alıcı haczin devamı sırasında mütemerrit hale gelirse, o zaman icra dairesi gerekirse SchKG Art. 100 (İİK m. 90)'e göre satış akdini fesh ve satıcı makamına kaim olarak ZGB Art. 716 (MK m. 689)'a göre hareket edebilir. Bu gibi hallerde semen alacağı yerine bizzat malın haciz tutanağına geçirilmesi ve bilâhare paraya çevrilmesinin hukuken hiçbir güçlüğü bulunmamak gerekir.

### II. Alıcı elinde haciz

Mülkiyeti mahfuz tutulan mal alıcının zilyedliğinde bulunur. Bu mal haczi caiz mallardan ise, alıcıya karşı yürütülen haczin kapsamına girer. Fakat eğer böyle bir malın haczi caiz değilse, o zaman bu mal semenin ödenmemiş kısmı için yapılacak bir icra takibinde dahi haczedilemeyecek ve bütün alacaklılar için haciz münasebeti di-

(16) Bk. Leemann, Komm. Art. 715 N. 71; Oser, Art. 164 N. 4'e ve bununla ilgili 5/3 sayılı notlardaki düşünceler.

şında kalacaktır. Fakat bu hal, satıcının haczi caiz olmayan malı geri alamıyacağı anlamına gelmez. Malın haczinin caiz olmadığı yolundaki bir def'i satıcıya karşı ileri sürülemez. Böyle bir durum söz konusu olursa satıcı, alıcıya karşı yürütülen bir icra takibinde, herhangi bir uyuşmazlığa yol açmamak için MM'yi ve akdin feshini ileri sürmelidir. Buna karşılık mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczi caiz ise, bu haczin SchKG Art. 95 (İİK m. 85'i kısmen karşılar) hükmüne göre yapılması icabeder. Şayet alıcı veya üçüncü bir şahıs MM'nin mevcudiyetini ileri sürecektse olursa, o zaman haciz memuru bu malı son olarak hattâ ücretten bile sonra (17) haczeder. Fakat icra memurunun yapacağı haciz malın ancak takibe konu alacağı yetecek kadar olan kısmı üzerinde olmalıdır.

Mülkiyeti mahfuz tutulan bir malın nasıl haczedilip paraya çevrilebileceği ve satıcının haklarının ne şekilde korunabileceği meseleleri kendiliğinden çözümlenemez. Burada üçüncü şahıs alacaklılar tarafından koydurulan hacizle bizzat satıcının koydurmuş olduğu haciz arasında bir ayırım yapılmalıdır :

1. MM kaydıyla devredilen malın üçüncü şahıs alacaklılar yararına haczi ve paraya çevrilmesi

Ehemiyyetle belirtilmelidir ki, üçüncü şahıs alacaklıların koydurmuş oldukları hacizler hakkında FM. 31.3.1911 tarih 29 no.lu ve 11.5.1922 tarih 14 no.lu sirküleriyle uygulanacak usulü tâyin etmiş ve böylece bütün hacze iştirak eden şahıslar için açık ve birleştirici bir çözüm şekli getirmiştir. Buna karşılık satıcının yaptığı haciz takiplerinde ise FM'nin bahsettiği bu imkândan istifade edilememektedir. FM alıcının haiz olduğu, semen bakiyesinin ödenmesi suretiyle mülkiyeti mahfuz tutulan mal üzerindeki mülkiyet hakkını elde etme imkânını, üçüncü şahıs alacaklılar yararına da sağlamıştır. Bilindiği üzere bu hak alıcı nezdinde, onun ödemiş olduğu taksitler sonucu doğar ve onun (alıcı) için büyük bir ekonomik değeri haizdir. Burada, üçüncü şahıslar da bu imkândan faydalandırılırlarken, mülkiyeti mahfuz tutulan malların muayyen bir ölçüye göre paraya çevrilmelerine dikkat etmek gerekecektir. Bu ölçüde, ihalenin yalnız semen bakiyesini aşan bir meblağ üzerinden yapılması ve bakiye semen miktarının satıcıya ödenmesi olacaktır.

(17) SchKG Art. 95; Pra XVII No. 79.



Alıcı zaten semen bakiyesinin tamamen ödenmesi suretiyle malın malikî olmak imkânını haiz olduğundan, bu yola gidilmiş olması, satıcının haklarının hukuka aykırı surette haleldar edilmiş bulunması anlamını taşımayacaktır.

Fakat bu durum alıcı için pek de istifadeli olmayacaktır. Alıcı evvelâ kalan semen alacağını ödemek zorunda kalacak ve mal üzerinde tasarruf etmek imkânını ancak bundan sonra elde edebilecektir. Cebri icra usulünde icra memuru ancak satıcının tamamen tatmin edilmesi halinde ihalenin yapılacağını ve ona karşı semen bakiyesinin peşinen ödenmesini tekeffül etmiş olduğundan, satıcının doğrudan doğruya FM'ce öngörülmüş olan usulü takip etmesi beklenir.

Satıcının alıcının temerrüdü halinde akdi feshederek mülkiyeti dermeyan etmek hakkı, FM'nin 14 no.lu sirkülerinde de sarahaten belirtildiği gibi, bu haciz ve paraya çevirme usulüyle herhangi bir şekilde haleldar edilmiş olmayacaktır. Buradaki takip usulü esas itibariyle aşağıdaki şekilde olur :

31.3.1911 tarih ve 29 no.lu sirküler :

Bir hacizde herhangi bir kimse tarafından mahcuz mal üzerinde MM iddiasında bulunulacak olursa (MM'n:n mevcudiyeti re'sen araştırılmaz; Pra XXVII No. 145), bu husus bütün ilgililere bildirilmek kaydıyla haciz tutanağına işaret edilmelidir. Satıcı 19 no.lu örnek ile satış bedelinin ödenmeyen kısmını beyan etmeye davet edilir. Eğer satıcı 10 gün içinde cevap vermez ve diğer tarafça da (alıcı) semenin ödenmemiş olan kısmı bildirilmezse, haczin sonraki safhaları için malın uyuşmazlığa yer vermeyecek şekilde alıcının mülkiyetinde bulunduğu kabul edilir.

Buna karşılık semenin bir kısmının ödenmemiş olduğu ileri sürülecek olursa, bu takdirde 20 ve 25 no.lu örnekler kullanılmak suretiyle istihkak prosedürüne başvurulur (burada şunu da belirtmelidir ki, mülkiyeti mahfuz tutulan münferit mallar haczedilmiş olsa bile, satıcı, bakiye semen alacağının tamamını bildirebilir; ve semen bakiyesini mülkiyetleri mahfuz tutulan münferit mallara eşit surette taksim etmekle sorumlu kılınmaz) (18). İstihkak prosedürünün nihayete ermesinden sonra, SchKG Art. 116 (İİK m. 106)'-

(18) Karş. BİSchKG 13 s. 52.

ya göre halâ muteber bir paraya çevirme talebi mevcutsa, MM'nin varlığı ve semen bakiyesinin miktarı hakkında hâkimin tespit ettiği şekle, yani satıcı tarafından talep edilen alacağa itiraz edilmemesinden yahut yine satıcı tarafından mahkemede dâva açılmamasından doğan neticeye uygun olarak, SchKG Art. 122 vd. (İİK m. 112 vd.) hükümlerine göre malın paraya çevrilmesine gidilir. Fakat burada ihale, SchKG Art. 126 ve 127 (İİK m. 115 ve 116)'nın kıyasen uygulanmasıyla, ancak açık artırmada ileri sürülen bedel istihkak prosedürü neticesinde tespit edilen semen bakiyesi miktarını karşılayacak nispette ise yapılabilecektir; bu da, satıcıya artırma bedelinden, başka hiçbir işleme lüzum kalmadan ve öncelikle bu semen bakiyesinin ödeneceği anlamına gelecektir.

Bir haciz alacaklısı, diğer haciz alacaklıları MM'yi ve bakiye semeni kabul ettikleri halde MM'yi reddederek istihkak prosedürüne başvurursa, mal bu durumda hangi fiyata olursa olsun elden çıkarılır ve haklı çıkan haciz alacaklısı alacağını aynı sıradaki bütün alacaklılar için serbest olan paradan (mülkiyeti mahfuz tutulan mala ilişkin semen bakiyesini aşan bedel de dahil olmak üzere) bütün diğer haciz alacaklılarıyla birlikte eşit olarak alır. Bu alacaklı ayrıca kalan alacağı için mülkiyeti mahfuz tutulan malın satış bedelinden, diğer haciz alacaklılarına karşı hâlâ devam eden semen bakiyesi alacağı nispetinde bir meblâğ da alır. Eğer bu alacaklının kalan alacağının ödenmesi için semen bakiyesinin tamamına ihtiyaç yoksa, artan miktar satıcıya ait olur ve ona icra dairesi eliyle ödenir.

11.5.1922 tarih ve 14 no.lu sirküler :

Haciz, ile, satıcıya satış akdi ve MM ile tanımlanmış olan haklar, bilhassa ona OR Art. 226 (BK m. 222)'ya göre verilmiş olan, alıcının taksitlerden birisini ödemede temerrüt etmesiyle satıcının satılan malın mahfuz tutulan mülkiyetini talep edebileceği şeklindeki hak, hiçbir suretle haleldar edilemez. Satıcı bu hakkını kullanırsa, alacaklıların OR Art. 227 I (BK m. 223 I) ve ZGB Art. 716 (MK m. 689)'ya göre satıcının o ana kadarki hakkının yerine geçen rehin hakları, sadece alıcının münasip bir ücret ve malın kullanılmakla eskimesinden dolayı bir tazminat miktarı çıkarıldıktan sonra, ödemiş olduğu taksitlerin iade edilmesine dair olan talebini kapsar. Bunun üzerine haciz alacaklılarının özel bir talebine ihtiyaç

olmaksızın alıcı tarafından bildirilen veya muhtemelen bizzat satıcı tarafından istenilen miktar üzerinden haciz yapılır.

Buradaki takip usulünün özellikleri FM'ce aşağıdaki şekilde tanzim edilmiştir :

Satıcı icra dairesine başvurarak mülkiyeti talep ettiğini ve alıcıya ödenmiş olan taksitlerden ne miktarını geri vermeyi düşündüğünü bildirir. Bunun üzerine alıcıya ve haciz alacaklılarına bu teklife karşı bir diyecekleri bulunup bulunmadığını kısa bir süre içinde bildirmeleri, şayet sükût ederlerse bunun daha yüksek bir meblâğın talep edilmesinden vazgeçme anlamına geleceği ihtar olunur. Satıcı, haciz alacaklıları ve alıcı arasında geri verilmesi gereken miktar hususunda uyuşma olmazsa, o zaman bizzat icra dairesi bütün ihtimalleri hesaba katarak uygun gördüğü bir meblağı tespit etmeli ve bunu, satıcıdan, malın geri verilmesi karşılığında talep etmelidir. İcra dairesi, ödemenin müddeti içinde yapılmaması halinde mülkiyet hakkında istihkak iddiasında bulunmuş olmasına bakılmaksızın takibin devam edeceğini ve böylece malın iadesine dair talebinin artık nazarı itibara alınmayacağını da satıcıya bildirir.

İcra dairesinin, tesirleri oldukça geniş olan bu kararını, aleyhine şikâyet yoluna başvurulabilir bir tasarruf olarak bütün ilgililere bildirmesi yerinde olur.

Alıcı veya muhtemelen satıcı tarafından ileri sürülen, istirdata ilişkin iddia ile talep olunan meblâğ, satıcı tarafından kabul edilmiş olan miktardan fazla olduğu takdirde, bu meblağın ihtilafı bir alacak olarak paraya çevrilmesi gerekir. Bu durumda, alıcıya mahkeme dâva açması için münasip bir mehil verilir. Bu mehil verilirken alıcıya ayrıca, bu sürenin hiçbirşey yapılmadan geçirilmesi halinde, satıcı tarafından gösterilmiş olan teminatın -eğer bu teminat satıcının iadesini kabul ettiği miktarı geçiyorsa- geri verileceği de ihtar olunur.

## 2. MM kaydıyla devredilen malların satıcı yararına haczi

Satıcının kendi semen alacağı (yahut başka bir alacak; zira buradaki hukukî durum için esas olan, satıcının bakiye semeni talep etmesi değil, aksine kendi mülkiyetinde bulunan bir malın yine

kendi alacağı için haczedilmesi hususudur) için, MM kaydıyla devredilen malın haczini ve paraya çevrilmesini, çoğu zaman, böyle bir durumda paraya çevirmenin yalnız kendisi için yapılacağı inancıyla, talep etmesi haline sık sık raslanır. Fakat böyle bir mal diğer mallarla birlikte satıcının iştiraki olmaksızın da haczedilebilir. Bu ancak, icra memurunun, borçlunun ihtilâflı olmayan mallarının hacziyle SchKG Art. 95 (İİK m. 85)'deki sıraya uygun olarak kâfi derecede karşılık elde edemediği ve bu sebepten de son olarak talep edilen menkulü ve o arada MM kaydıyla devredilmiş olan malı haczetmek zorunda kaldığı zaman görülür. Öte yandan, yaptığı bu haciz takibiyle satıcının, mülkiyeti mahfuz tutulan malın da dahil bulunduğu bir dereceye SchKG Art. 110 (İİK m. 100)'a uygun olarak iştirak etmesi de mümkündür.

Acaba burada satıcının hukukî durumu ve MM kaydıyla devredilen malın mukadderatı ne olacaktır?

Bugün artık semenin ödenmemiş kısmının elde edilmesi için icra yoluna başvurma, MM kaydının hükümsüz kalması sonucunu doğuran bir seçim hakkının kullanılması anlamına gelmediği hususunda fikirler arasında uygunluk vardır. MM ile daha ziyade satıcının devamlı olarak korunması sağlanmış olacak ve bu koruma, takip neticesinde onun tam olarak tatmin edilemeyip, aksine son olarak bir borç ödemededen aciz vesikası almış olduğu sürece devam edecektir (19). Eğer satıcı, hassaten, MM kaydıyla yükümlü olan malı kendisi için haczettirir ve paraya çevirtirse, FM'nin aynı mahiyette olan bir sıra kararlarında da (20) belirttiği gibi, durum başka türlü olacaktır. Burada FM'nin diğer bir kararının (21) de-yurucu gerekçesini zikretmek yerinde olur: «MM malike, diğer tarafın yükümlerini yerine getirmemesi halinde, sadece malı geri almak hakkını verir ve bu da ancak münasip bir ücret ve malın kullanılmakla eskimesinden dolayı bir tazminat hariç olmak üzere satıcının alacağının hükümsüz kalması ve muhtemelen ödenmiş olan taksitlerin geri verilmesi şartıyla olur. Bu itibarla, MM kaydıyla devredilen bir malın satıcısı bu malı ancak o takip için (22) o mal üye-

(19) Eskiden mevcut olan fikirler için bk. Usteri «Die Wirkungen des EV», SJZ 35 s. 129 vd.

(20) FMK 73 III 42.

(21) FMK 39 I 15.

(22) Bu, FMK 39 I 114'de «halihazırdaki icra yolunda» sözleriyle daha geniş olarak ifade edilmiştir.

rindeki mülkiyet hakkından vazgeçmek suretiyle haczettirebilir» (23).

FM bir kararında (24), bu mala ilişkin olan paraya çevirme talebinin, sonradan bunun paraya çevirmeyeyle sonuçlanıp sonuçlanmadığını yahut icra takibinin bu arada alıcının iflâs etmiş olması sebebiyle kalkmış olup olmadığını nazarı itibara almaksızın (25) MM'dan maddî ve hukukî bakımdan kesin bir feragat anlamına gelip gelmeyeceğini incelemektedir. Fakat bu son durum münasebetiyle, şimdiye kadar olan içtihatların değerlendirilmesinde, takip muameleleri sebebiyle MM'dan maddî ve hukukî yönden kesin bir feragatın mahkemelerce artık kabul edilmeyeceği tespit edilmiştir. Burada bahis konusu olan husus, mülkiyeti mahfuz tutulan malın, bu haciz için takip hukuku bakımından alıcının mülkiyetinde bulunan bir mal olarak mütalâa edilmesidir; ancak bunun için bu malın satıcı tarafından bizzat bir takip muamelesinde, sarahaten veya zımnen, alıcının mülkiyetinde bulunan malmış gibi bir işleme tabî tutulması gerekir. Bahis konusu bu feragatı alelâde bir istihkak dâvasındaki feragate nazaran daha geniş tutmak için hiçbir sebep yoktur. Usteri'nin de (26) isabetle belirttiği gibi, istihkak dâvasında haciz konusu malın mülkiyetinin kime ait olduğu meselesine değil, aksine bu malın bu haczin kapsamına girip girmeyeceği hususuna maddî bakımdan karar verilir.

Bu sebepten dolayı satıcının mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczini sarîh ve şartsız olarak talep etmekle yalnız bu haciz bakımından MM'dan feragat etmiş olduğu fikrinde sebat etmek gerekir. Böyle bir durum karşısında haciz tutanağına tabiatıyla ne MM ne de bakiye semen geçirilir ve eğer böyle bir şerh yapılmışsa tekrar tutanaktan çıkarılır (27).

(23) 39 I 15 deki FMK'nda sarahaten belirtildiğine göre, satıcının mukavale ile kendisi için mahfuz tuttuğu haklar, onun cebri icra takibindeki hukukî durumunun aydınlatılması için ehemmiyetlidir. Zira satıcıya, mukavale ile temin edilmiş olan haklardan daha fazlası ve daha başkası cebri icra takibinde de temin olunmamalıdır. Bilhassa satıcı cebri icra yolu ile malın geri alınmasını (kendi malının yalnız kendisi için paraya çevrilmesini) satış aktinin muhafazası suretiyle temin edememelidir.

(24) FMK 73 III 42.

(25) FMK 32 II 137 de böyle karar verilmiştir.

(26) 1 C. s. 131.

(27) Bu da en emin şekilde haciz alacaklılarına tebliğ edilecek yazılı bir kararla olur.

Fakat satıcının mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczini talep etmekten veya bu malın haciz tutanağına şerh edilmesini istemekten şarta bağlı olmayarak vazgeçmesi, sık raslanan hallerden değildir. Bununla beraber doğurmuş olduğu bu neticelerden dolayı bu halin bir haciz derecesinin teşkili konusunda daha yakından incelenmesi gerekir. İsviçre Hukukuna göre haciz, Alman Hukukunun ferdî haczi (bir tek alacaklının haciz rehin hakkı) ile iflâsta borçlunun bütün mamelekinin paraya çevrilmesinin birleştirilmesinden ibarettir. Hacze iştirakin kabul edilmesinin sonucu olarak her haciz adetâ bir nevi iflâs halini alır. Haciz koyduran alacaklı İsviçre Hukukuna göre diğer alacaklıları bertaraf eden bir münhasır haciz rehin hakkına sahip değildir. Bu alacaklı başlangıçta kendisi için haczedilmiş olan malları, 30 gün zarfında hacze iştirak eden (28) diğer bütün alacaklılarla paylaşmak mecburiyetindedir. Bütün bu alacaklılar haczi ilk koyduran alacaklıyla birlikte kanundan ötürü tek bir sıra teşkil ederler ve aralarında müşterek olan hacze iştirak ederler. Eğer satıcı, yapılan hacizde, mahfuz tutulan malın mülkiyet hakkından bir kere feragat etmiş ise, artık o takipten vazgeçmek suretiyle bile bu malı ait olduğu sıradan çıkaramaz. Satıcının yapmakta olduğu takipten bu şekilde vazgeçmesinin sonucu, onun bu haciz neticesinde yapılacak olan paylaştırmaya iştirak edememesi olacaktır.

Usteri (29), satıcıya, hacze iştirak edilmiş olduğunun bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde takibini geri almak ve böylece MM'yi yeniden ileri sürmek imkânını sağlamak suretiyle, bu neticeyi kabul etmek istememektedir. Bununla bu müellif, satıcıya, o haciz takibi için, haczedilmiş olan mallar üzerindeki istihkak iddiasından icra dairesi nezdinde vazgeçmiş bulunan istihkak müddeisi üçüncü şahsın tâbi olduğu muameleden ayrı bir işlemin uygulanmasını istemektedir. Böyle bir iddianın sahibi olan üçüncü şahsın yeni bir mülkiyet iddiasında bulunmasına, onun, iddialarını ileri sürebileceği diğer alacaklıların hacze iştiraklerini hesaba katmamış olduğu gerekçesiyle, müsaade edilemez. Burada iddia SchKG Art. 106 ve 109 (İİK m. 96 ve 99)'un ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, doğrudan doğruya hacze iştirak etmiş olan münferit alacaklıla-

(28) SchKG Art. 110. Türk Hukukuna göre, ilk haciz üzerine satılan malın tutarı icra veznesine girinceye kadar iştirak mümkündür. (İİK m. 100).

(29) 1 C. s. 132.

ra değil, bilâkis haczedilmiş olan malın hacizden kurtarılmasına yöneltmiştir ve bu sebepten de tek bir haciz için müşterek bir istihkak iddiası zarurîdir. Bunun üzerine icra dairesinin görevi bütün iştirak eden alacaklıları istihkak prosedürü mekanizmasının işletilmesi suretiyle harekete geçmeye davet etmek olacaktır. Bunun sonucu da, bu haciz için icra dairesine karşı yapılmış olan bir istihkak iddiasından feragata dair beyanın bu haczin devamı süresince aynı sıradaki bütün alacaklılar için kesin ve bölünmez bir tesiri haiz bulunması şeklinde görülecektir. Satıcıya, takibini geri almasından sonra, o takip dolayısıyla yapılan ve MM'dan sarîh olarak feragati gerektiren bir haciz işleminde MM şartının ileri sürülmesi imkânı tekrar verilmek istenirse, bu, iyice incelenecek olursa, haciz takibi sırasında yapılmış olması kaydıyla ilk feragatin, aynı sıradaki diğer haciz alacaklılarının bertaraf edilmeleri suretiyle haczin yalnız satıcı için yapılmış olması, başka bir deyimle, satıcının, öteki alacaklıların bu hacze iştiraklerini kaideten önleyen bir ferdî haciz hakkını haiz bulunması anlamına gelecektir. Fakat bu durumda, bir kimsenin kendi malı üzerine haciz koydurmasının ancak maliklik sıfatından vazgeçme ile mümkün olabileceği ve satıcının kendi malı üzerinde rehin hakkının bulunmadığı hususunda doktrin ve içtihat tarafından birlikte konulan prensibin hiç bir manâsı kalmıyacaktır. Usteri satıcının mülkiyet iddiasında bulunmaktan feragat etmeyi kabul etmek suretiyle koydurmuş olduğu hacze, aynı sıradaki alacaklıların kanun gereğince iştirak edebileceklerini nazarı itibara almamıştır. Yine Usteri tarafından, satıcının takipten vazgeçmek suretiyle MM'dan feragat etmesinin hükümsüz bırakılması gayesiyle konulmuş bulunan 10 günlük sürenin de, hiçbir hukukî dayanağı bulunmamaktadır. Bu mehil, açıkça istihkak iddiasında bulunan bir üçüncü şahsın, haberdar olduğu bir haciz takibinde, kendisinin neticede sukut edebilecek olan haklarını beyan etmesi için vaktiyle FM'ce konulan ve sonradan tekrar kaldırılan süreye delâlet eder. Fakat bu müddete riayet etmek veya etmemek suretiyle bir istihkak iddiasında bulunabilmek için, istihkak müddeisinin yapılan hacze ilişkin istihkak iddiasından henüz kesin olarak feragat etmemiş olması icap eder. Satıcı bakımından söz konusu olan durum da zaten budur. Satıcının takibini geri almasıyla, onun, MM hakkından feragat etmek kaydıyla talep etmiş olduğu haciz de hükümsüz kalmış olmayacaktır; Şöyle ki, hacze iştirak etmiş olan aynı sıradaki alacaklılar için o andan itibaren ilk hacizden

farklı yeni bir haciz konulmuş olmayacak; daha doğru bir ifadeyle aynı sıradaki alacaklılar kanundan ötürü, satıcının koydurmuş olduğu ilk hacze eşit haklarla iştirak edeceklerdir. Şu halde satıcının takipten vazgeçmesi sadece, onun bu hacze dahil olmamasını gerektirecek, yoksa haczin hükümsüz kılınmasına yol açmayacaktır. Bu sebepten, takibini geri alan satıcıya, o haciz takibi için bildirmiş olduğu şartsız feragatini yeniden ileri sürmek imkânı verilemez.

Diğer bir çözüm yolunu da Staehlin (30) satıcıyı haciz yoluyla yapılan bu özel takip şeklinde rehin alacaklısı olarak kabul etmek suretiyle aramıştır. Fakat bu hal tarzı başarılı olmaktan uzaktır. Zira bir defa MM bir rehin hakkı değildir ve böyle bir usulün kabulü satıcıya haiz olduğu iki kanunî seçim imkânı yanında üçüncü bir imkân daha verecektir. MM'nin akit şeklinin seçimi ile aynı zamanda taraf iradesi olarak da tescil edilmiş olan bu ilk iki kanunî imkân karşılık üçüncüsü, kanun koyucu tarafından açıkça istenmemiştir; fakat buna göre malın paraya çevrilmesi rehinde olduğu gibi akdi feshetmeksizin de kabil olacaktır. Meselenin bu yönünde izahı hukukî gelişmeden de görüleceği üzere başka taraftar bulamamıştır.

Bütün bunlardan dolayı satıcı, şartsız olarak yaptığı bir feragat ile, aynı sıradaki alacaklıların iştirakleri sebebiyle bir rizikoya katlanmak zorunda kalacaktır. Bunun böyle olacağı da tabiidir. Çünkü MM'yi devam ettirmek ve mülkiyeti mahfuz tutulan malı daha önceden sarıh bir irade beyanı ve MM'yi belirtmeksizin haczettirmek onun elindedir. Bu bakımdan satıcının MM hususunda, kendi takip hakkından vazgeçme veya vazgeçmeme kaydıyla yapılan sonraki bir beyanı, kendisinin talebi üzerine yapılan bir hacizde re'sen, gecikmiş olduğu ve aynı sıradaki alacaklıların hiçbirisi için bağlayıcı bulunmadığı gerekçesiyle, reddedilmek gerekir.

Meselenin tam olarak aydınlanması bakımından FM'nin bu konudaki henüz pek açık olmayan görüşüne de değinmek gerekir. Söz konusu kararında (31) Yüksek Mahkeme, satıcının, mülkiyeti mahfuz tutulan malı ancak «o takip için» mülkiyet hakkından feragat etmiş olması şartıyla haczettirebileceğini ifade etmekte ve şöyle devam etmektedir: «Böyle bir durumda satıcı bu hakkını

(30) Probleme des EV, «Basler Diss». 1937, s. 137 vd.

(31) FMK 39 I 15.



ancak diğer alacaklıların yaptıkları takiplerde ileri sürebilir». Aynı şekilde FM'nin diğer bir kararında (32) satıcının mülkiyeti mahfuz tutulan mal hakkındaki haciz talebinin, herşeyden evvel onun bu mal üzerindeki mülkiyet hakkından feragat etmiş olduğu anlamına geleceği tekrarlandıktan sonra şöyle denilmektedir: «Eğer alıcı ayrıca üçüncü şahıslarca da takip edilmekteyse», o zaman bu üçüncü şahıs alacaklılar mülkiyeti mahfuz tutulan malı 29 numaralı sirkülere göre de paraya çevirebilirler. Bu söylenenlerden zarurî olarak şu netice çıkarılabilir: FM, satıcı tarafından yapılan bir feragat beyanının kapsamının, onun kendi takibinin ve haczinin hudutlarını aşamayacağını ve aynı sıradaki diğer bütün alacaklılara karşı ileri sürülecek mülkiyete ilişkin istihkak iddiasını bu feragate rağmen kabul ediyor. Bizatihi bu fikir, sadece aynı sıra için carî hukukî esaslara değil, bilâkis MM meselesi dolayısıyla FM'ce temsil olunan diğer görüşlere de aykırı düşer (33). Onun için bu söylenenlerden mutlaka bahis konusu sonuçlar çıkarılamaz; kaldı ki FM, zikredilen kararında satıcı ile onun koydurduğu hacze iştirak eden aynı sıradaki diğer alacaklılar arasındaki hukukî ilişkilere hiç değinmemiştir.

Fakat ekseriya satıcı, mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczini önceden ve şartsız olarak istememekte, aksine yalnız «kendisi için» yani «kendi takibi bakımından» olmak üzere şarth haciz talebinde bulunmaktadır. Bununla o, diğer bütün üçüncü şahıslara, özellikle aynı sıradaki muhtemel alacaklılara karşı, takip telebinde bulunmuş olmasına rağmen MM'dan feragat etmek istemediğini belirtmiş olur. Böyle bir talep kendi bünyesi içinde ihtilâfıdır ve MM'nın haciz yoluyla takipte de bir rehin hakkı gibi kabul edilmesi gerektiği şeklindeki yanlış kanaatten doğmaktadır. Burada satıcı, icra memuru tarafından, MM'dan haciz için şartsız olarak feragat etmek isteyip istemediğini kısa bir müddet içinde açıklamaya davet olunur. Satıcının sükût etmesi veya ilk talebinde ısrar etmesi üzerine en son çare olarak mülkiyeti mahfuz tutulan malın SchKG Art. 95 III (HK m. 85 II)'e göre ve MM'nın şerh edilmesi kaydıyla haciz edileceği satıcıya ihtar olunur. Bu şekilde hareket edilmesinin sebebi, bir taraftan satıcının ihtirazî kaydı havi olan talebiyle mülkiyetten şartsız olarak feragat etmek istememesi, di-

(32) FMK 73 III 42.

(33) Karş. FMK 39 I 114.

ğer taraftan da talep etmiş olduğu haciz takibindeki mülkiyete ilişkin istihkak iddiasından feragat etmesinin imkânsız ve dolayısıyla ehemmiyetsiz olduğu şeklindeki bazı düşüncelerden ileri gelmektedir. Eğer satıcı haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren 10 gün içinde bu haciz bakımından mülkiyetten şartsız olarak feragat ettiğini açıkca bildirmemişse, o zaman MM'nın serh verilmesi, mülkiyeti mahfuz tutulan malın satıcı için hacze girmemesi sonucunu doğurur (34). Tabiatıyla haciz koyduran satıcı aleyhine, mülkiyeti mahfuz tutulmuş mahcuz maldan ötürü normal bir istihkak yoluna gidilemez; çünkü bu halde hasım tarafın yine bizzat satıcının kendisi olması icap ederdi (35). Fakat eğer satıcı, istihkak iddiasına konu olan malın haczin dışında kalmasını istemezse, haczin kendisine karşı da kesin hale geleceği 10 günlük bir istihkak iddiasına itiraz süresi zarfında, mülkiyetini talep ettiği malı hacze dahil edip etmeyeceği hususunda karar vermelidir. Mülkiyeti mahfuz tutulmuş olan mal bir kere hacze dahil edilemeyecek olursa, bu mal satıcının o hususta sarıh bir talebi bulunsa bile o haciz takibinde artık paraya çevrilemez. Böyle bir durumda mülkiyeti mahfuz tutulmuş olan mallar hakkındaki paraya çevirme taleplerinin icra dairesi kararıyla reddedilmesi gerekir.

Zürih Yüksek Mahkemesinin bir kararı (36) satıcıya çok şüpheli olmakla beraber aşağıdaki imkânı tanımaktadır. Bu karara göre, haczedilen bir malın sahibi olan ve o mal üzerinde istihkak iddiasında bulunan üçüncü şahsa istihkak prosedürü dışında, yani SchKG Art. 106 ve 109 (İİK m. 96 ve 99)'a göre kendisine tekaddüm eden aynı sıradaki bir başka alacaklı bulunmaksızın, bu sıradaki bir tek alacaklı lehine iddialarından vazgeçme hakkı tanınmıştır. Meseleyi haczi koydurmuş olan satıcı bakımından ele alacak olursak, satıcının herşeyden evvel mülkiyeti talep etme imkânına sahip olduğunu ve bunun neticesi olarak mülkiyeti mahfuz tutulan malın onun için de hacze dahil olmayacağını görürdük. Bununla beraber -daha önceden kararlaştırılmış olmak şartıyla- aynı sıradaki diğer herhangi bir alacaklıya karşı MM'dan feragat etmek suretiyle, malın tekrardan hacze girmesi sağlanabilir. FM'nin bazı kararlarına

(34) Karş. FMK 69 III 12.

(35) FMK 65 III 32.

(36) Bk. ZR 44 No. 76; Bu kararı FM de bütün ana meseleleri kapalı geçecek eski somut hadiseye dayanmak suretiyle benimsemiştir.

(37) dayanarak bu durumdan sadece aynı sıradaki bu alacaklı ile bizzat satıcı faydalanabilirler. FM'nin zikredilen bu kararlarına göre, söz konusu hacizdeki bu sıraya iştirak eden istihkak müddeisi üçüncü şahıs, aynı sıradaki bir alacaklının da üzerinde hak iddia ettiği bu mala ilişkin istihkak dâvasını kazanması halinde ve o nispette bu şahısla birlikte malın satışı neticesinde elde edilen paraya iştirak edecektir. Şu halde satıcı bu dolambaçlı yol ile, malın, kendisi ve aynı sıradaki bu alacaklı için, esasen feshi kabi olmayan MM'ya itiraz etmemiş olan o sıranın diğer alacaklılarının ıskatı suretiyle, yani pratik olarak yalnız kendi lehine paraya çevrilmesini elde etmiş olur. Bu suretle satıcı sadece, mülkiyeti mahfuz tutulan bir malın kendisi tarafından haczinin yine kendi mülkiyetinin bekası ile olan uyumsuzluğu hakkındaki nazariyeye aykırı hareket etmiş olmakla kalmıyor, üstelik ZGB Art. 716 (MK m. 689)'nın koyduğu emredici hükümlere de aykırı düşecek bir yola sapıyor. Böylelikle satıcının haciz koydurmuş olması hali için henüz kat'i birşey söylenmiş olunmuyor. Bütün bu ihtimallerin değerlendirilmesi sonucu olarak çözüm şeklini yine FM'nin bir kararı (38) istikametinde aramak gerekecektir. Bu FMK'nda, istihkak müddeisinin, ileri sürdüğü istihkak iddiası bakımından aynı sıradaki diğer bütün alacaklılara karşı yeknesak bir tutum takınması kabul edilmiştir. Bunun neticesi, aynı sırada bulunan tek bir alacaklı için MM'dan feragat etmenin icra dairesince, aynı mealdeki bir karar ile tamamen tersersiz olarak açıklanması ve reddedilmesi olacaktır. Zira bu feragatten aynı sıradaki bütün alacaklıların faydalandırılmaları yönündeki diğer alternatif, feragat edenin iradesine doğrudan doğruya aykırı olması dolayısıyla uygulanamayacaktır. Bu hal tarzı aynı sıradaki münferit alacaklıları tercih etmek istemeleri halinde istihkak müddeisi şahısların, üçüncü bir şahıs elinde yapılan hacizde tercih edilenin menfaatine olarak mülkiyet haklarından feragat yoluyla sarfınazar etmelerine lüzum olmaması bakımından da doğrudur. Mal üçüncü şahıs elinde yapılan hacizden hariç kaldıktan sonra istihkak iddiasında bulunan şahıslar bu tercihi takip prosedürü dışında, doğrudan doğruya maddî-hukukî bir esasa dayanmak suretiyle yaparlar. Bu itibarla ihtiyarî olarak yapılan bir feragatin, hiç olmazsa ileri sürülen istihkak iddialarını kabule yanaşmadığını göstermek gayesiyle, aynı sıradaki bir alacaklı tarafından tahrik

(37) FMK 28 I 372 ve FMK 65 III 32.

(38) FMK 61 III 138.

edilen istihkak prosedürü neticesinde yapılan bir feragate nazaran daha başka şekilde kıymetlendirilmesi icap eder. Eğer talebi ciddi ise istihkak müddeisinin, daha haciz alacaklısı bu iradeyi açıklamadan evvel istihkak iddiasından feragat etmesi için en küçük bir sebep dahi mevcut olmayacaktır. Bu gibi lüzumsuz feragatlere müsaade etme, sadece aynı derecedeki iyi niyetli alacaklıların zararına olarak karışık birtakım ilişkileri kolaylıkla geliştirir ve üçüncü bir şahsın arzu ve eğilimine göre (belki de bizzat ona karşı bir takipte bulunmaktan tasarruf etmek için veya benzeri bir amaçla) muayyen bir alacaklının yararına olarak, üçüncü şahsa ait mülkiyetin haczedilmesi ve paraya çevrilmesi suretiyle haciz takiplerini güçleştirir. Bu bakımdan satıcının yalnız aynı sıradaki münferit alacaklılar yararına tesir icra edecek ve istihkak yoluna başvurulmak suretiyle sebeplendirilmiş ve gerekçelendirilmiş olan feragatlerinin, sırf hükümsüz oldukları kaydıyla re'sen reddedilememeleri gerekir.

Şimdi münferit hadiselerin elde edilen bilgilere dayanmak suretiyle incelenmesi daha da kolay olacaktır. Sadeliği temin maksadıyla, satıcının burada semen alacağı hakkında icra yoluna müraaat etmiş olduğu esasından hareket edilecektir. Satıcının diğer alacaklıları bakımından dikkatle incelenmesi gereken husus ise, onun haciz sırasında bu alacaklıları için daima alıcının MM kaydıyla satılan mallar dışındaki mevcudunun satış bedeline ve mülkiyeti mahfuz tutulan malın aynı sıradaki diğer alacaklılar tarafından 29 no. lu sirkülere uygun olarak haczedilmiş olması halinde, ayrıca, mülkiyeti mahfuz tutulan malın paraya çevrilmesi ile elde edilen ve bizzat kendi semen bakiyesinden daha fazla olan bir paraya da iştirak etmesi olacaktır.

a) Satıcının mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczini açıkça talep etmiş olması hali :

Bununla o bu icra takibinde MM'nın dermeyan edilmesinden hem kendisi hem de aynı sıradaki diğer alacaklılar için feragat etmiş olur. Eğer alacaklı haczin yalnız kendisi için yapılmasını talep etmişse, bu takdirde o, icra dairesince kısa bir süre tayin edilmek suretiyle hacizden önce tedbir alması için haberdar edilir. Zira burada MM kaydı şerh edilmemiş veya edilmiş bulunan; fakat her iki halde de şartsız olan bir haciz mevcuttur. Şüphe halinde MM'nın mutlaka şerh edilmesi lâzımdır; bunun üzerine mülkiyeti mahfuz

tutulan mal haczin kesinleşmesiyle haczedilecek mallar arasından kat'i olarak çıkarılır.

b) Satıcının mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczini istemiş fakat malın haczedilmiş olması hali :

Burada iki durumu birbirinden ayırmak icap eder: MM başlangıçta hiç kimse tarafından bildirilmemişse, mülkiyeti mahfuz tutulan malın mukadderatı paraya çevirme talebine kadar askıda kalacaktır. Satıcı malı paraya çevirtirse, MM son bulur. Veya satıcı bu yola gitmez ve haczolunmuş bir mal üzerindeki istihkak iddiasının bildirilmesi gayesiyle evvelce carî olan 10 günlük süre Federal Mahkemenin kararlarıyla (39) iptal edilmiş olduğundan, MM'yi ileri sürme şikkını tercih edebilir. Yalnız bu beyan, icra takibinin hile sebebiyle sürüncemede bırakılmış olması dolayısıyla gecikerek yapılmışsa, nazarı itibara alınamaz. Bu duruma, aksi halde aynı sıradaki diğer alacaklıların hakları haleldar edilmiş olacağından (kifayetsiz karşılık), satıcının (derecelerin teşkili tamamlanmış olmasına rağmen) MM'yi ileri sürmekte tereddüt ediyor olması halinde dahi raslanabilir.

Buna mukabil MM (herhangi bir kimse tarafından) ileri sürülmüşse bunun haciz tutanağına şerh edilmesi gerekir ve bunun sonucu olarak da mülkiyeti mahfuz tutulan mal satıcının sükûtu halinde hacze dâhil edilmez.

c) Satıcının koydurduğu hacze diğer alacaklıların iştirak etmesi hali :

Bunların hacze iştiraki haczin o andaki durumuna göre olur. Eğer satıcı sarîh bir haciz talebinde bulunmak suretiyle mahfuz tutulan mal üzerindeki mülkiyet hakkından o haciz takibi için feragat etmişse, o zaman bu malın satışından elde edilen bedeli, aynı sıradaki diğer alacaklılarla paylaşmak zorundadır. Halbuki satıcı mülkiyeti mahfuz tutmuş olduğunu bildirmişse, mülkiyeti mahfuz tutulan bu mal hacze girmeyecektir. Bunun üzerine üçüncü şahıs alacaklılar mülkiyeti mahfuz tutulmuş olan malı kendileri için 29 no. lu sirkülere göre haczettirebilirler. Bununla satıcıya karşı bir haksızlık yapılmış olunmaz; o ya takip masraflarının yanısıra bakiye semeni alır ve böylece o haciz derecesinden ayrılmış olur

(satıcı gerekirse alıcı tarafından SchKG Art. 85 «İİK m. 71»e göre ayrılmaya zorlanabilir), yahut da mal kat'i olarak hacze dahil edilmez. Bizzat kendisince takip edilmekte olan semen alacağı için satıcı bu son halde alıcının MM ile kayıtlı olmaması olan mallarının satılmasıyla elde edilecek bedele alacak hissesi nispetinde iştirak eder.

Fakat üçüncü şahıs alacaklı beyan edilen MM'yi kabul etmeyebilir. Şayet üçüncü şahıs alacaklı satıcıya karşı olan istihkak iddiasında haklı çıkarsa, bu takdirde bu alacaklı ve satıcı paraya çevirme sonucunda elde edilen meblağın bildirilmiş olan ve aynı sıradaki diğer alacaklılar tarafından itiraz edilmeyen satış bedeli bakiyesi kadar olan bölümüne, aynı sıradaki bu alacaklıların iskat edilmesi suretiyle, alacak hisseleri nispetinde iştirak ederler (40). Öte yandan, bu alacaklı üçüncü şahıs ve satıcı, borçlunun mallarının satışı neticesi elde edilen paraya alacaklarının tamamı nispetinde ve mülkiyeti mahfuz tutulan malın bildirilen semen bakiyesini aşan satış bedeline de aynı sıradaki diğer bütün alacaklılarla birlikte yine alacak hisseleri derecesinde iştirak ederler (41).

d) Satıcının mülkiyeti mahfuz tutulmuş malın haczedilmiş ve mahfuziyet kaydının şerh edilmiş olduğu mevcut bir hacze iştirak etmesi hali :

Satıcı hacze iştirak esnasında MM'dan sarahaten feragat edecek olursa, bu takdirde mülkiyeti mahfuz tutulmuş olan mal aynı sıradaki bütün alacaklılar bakımından, istihkak iddiasına itiraz süreleri geçmiş olsa bile, MM'dan ârî imiş gibi mütalâa edilir; zira haczin mevcuduna bir iştirak ile ortaya çıkacak değişiklikler aynı sıradaki bütün alacaklıların zararlarına olduğu kadar menfaatlerine de uygun şekilde görünürler.

Satıcı MM'dan feragat etmezse, bu husus haciz tutanağına şerh verilir ve mal satıcı bakımından hacze dahil edilmez. Diğer alacaklılar bakımından ise takibe 29 numaralı sirkülere göre devam olunur. Satıcı ya semen bakiyesi için malın paraya çevrilmesi ile tamamen tatmin edilir ve alelâde bir alacaklı olarak takipten çekilir, yahut mülkiyeti mahfuz tutulan malın artırılmasından bir neti-

(40) FMK 65 III 32.

(41) Bk. SchKG Art. 250 (İİK m. 235)'nin kıyasen uygulanması için Jaeger-Daeniker'in Art. 146 ya dair olan 3 no. lu notu.

ce elde edilmemişse, MM'nın devam ettirilmesi kaydıyla aynı sıradaki diğer alacaklılarla birlikte bu mal dışında kalan malların satış bedeline iştirak eder.

Satıcı MM'da karar kılmış olmasına rağmen daha sonra mülkiyeti mahfuz tutulan malın «yalnız kendisi için» paraya çevrilmesini talep edecek olursa, bu talep, mülkiyeti mahfuz tutulan mal, mahfuziyet kaydının dermeyanı neticesinde satıcı için kesin olarak hacze dahil edilemeyeceğinden ve üçüncü şahsın mülkiyete ilişkin istihkak iddiasının kabulü halinde icra dairesi kanalıyla paraya çevrilemeyeceğinden, yine bu dairenin kararıyla reddedilecektir.

e) Satıcının mülkiyeti mahfuz tutulan malın henüz haczedilmemiş olduğu mevcut bir takibe iştirak etmesi hali :

Satıcı hacze iştirak edilmesi halinde SchKG Art. 95 III (IIK m. 85 II)'den veya diğer sebeplerden dolayı o zamana kadar henüz haczedilmemiş olan mülkiyeti mahfuz tutulmuş malın haczedilmesini açıkça isteyecek olursa ve gerçekten o haciz derecesinin tatmini için ilâve suretiyle haciz yapılması lüzumlu ise, mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczi ile o takip için mülkiyet hakkı son bulur ve bununla mal, takip hukuku bakımından alıcının serbest tasarrufuna (MM'dan ârî olan yeni bir aktif) tâbî olacağından aynı derecedeki bütün alacaklılar için MM'dan kurtulmuş olur.

Eğer mülkiyeti mahfuz tutulan mal satıcının iştirak etmesi neticesinde ve fakat onun tesiri olmaksızın haczedilmişse, MM şerh edilir; bu suretle mal, -satıcı MM'dan açıkça feragat etmemişse- satıcı bakımından hacze dahil edilemez; halbuki bu mal aynı sıradaki diğer alacaklılar bakımından, 29 no. lu sirküler gereğince, kalan semen alacağını aşan satış bedeli ile birlikte hacze dahil olur.

### C. İFLÂSTA MM

#### 1. Satıcının iflâsı

Eğer satıcı borcunu ödemişse (aksi halde alıcı satıcının iflâs masasına karşı sadece tazminat alacağını haiz olurdu), bu takdirde satıcının iflâsının üçüncü bir şahısla MM kaydı altında aktedilmiş olan bir ferağ mukavelesine tesiri olmaz. İflâs eden satıcı yerine üçüncü şahsa karşı iflâs masası geçer. İflâs eden kimse olarak satıcı hiçbir hakka sahip değildir ve bu sebepten o, mülkiyeti mahfuz

tutulan malı da, hernekadar bu mal halâ talikî şarta bağı olarak kendisinin mülkiyetinde bulunmaktaysa da, iflâs masasına sokamaz. İflâs masası herşeyden evvel mülkiyeti mahfuz tutulmuş olan malı mukavele hükümlerine uygun olarak alıcıya, kullanmak üzere terketmekle mükelleftir ve alıcı malın kendisinden istenmesine karşı haiz olduğu bir takım haklara dayanarak kendini müdafaa edebilir. İflâs masası, alıcının temerrüdü halinde, mülkiyeti sadece mukavele hudutları dahilinde kalmak ve ZGB Art. 716 (MK m. 689) ve OR Art. 226, 227 (BK m. 222, 223) hükümlerine riayet etmek şartıyla talep erebilir.

## 2. Alıcının iflâsı

İflâsı kimin istemiş olduğu satıcının hakları bakımından mühim değildir. Bu kimse bizzat kendi semen alacağını elde etmek isteyen satıcı da olabilir.

İflâs idaresinin bildirilmiş olan bir MM'ya karşı takınacağı tutum aşağıdaki şekilde olur :

a) Evvelâ mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczinin caiz olup olmadığına karar vermek gerekir. Eğer bunun haczi caiz olmayan mal vasfını haiz olduğu kabul edilirse mal iflâs masasına dahil edilmez ve satıcının bu mal üzerindeki haklarını iflâs dışında talep etmesi icap eder. Buna rağmen iflâsta satıcının semen alacağını bildirmesi suretiyle de bir neticeye varılabilir. Bu suretle satıcı bizzat MM'dan feragat etmiş olur; zira onun alıcıya karşı hem haczi caiz olmayan mal üzerinde hak sahibi olarak masaya girmemiş olan bu gibi mallar üzerinde MM'yı devam ettirmesi, hem de iflâs alacağı olarak semen bakiyesini talep etmesi imkânsızdır. Satıcı bunlardan kesin olarak hangisini seçmek istediği hususunda kararlı olmalıdır. Eğer o akitten vazgeçerek mülkiyeti tercih edecek olursa, o zaman sadece ücret ve kullanma sebebiyle eskimeden dolayı tazminat arasındaki farkı ve borçlunun iflâstaki bazı muhtemel ödemelerini bildirebilir. Fakat eğer MM'dan feragat yoluna gidecek olursa, bu takdirde iflâsta bütün semen alacağını bildirebilir; böylece mülkiyeti mahfuz tutulan mal müflisin MM'dan ârî olan bir malı durumunu kazanır (42).



Eğer mülkiyeti mahfuz tutulan malların hacizleri kısmen caiz değilse, fakat iflâs yönünden bakıldığında kısmen de caiz görülüyorsa, o zaman haczi caiz olmayan malların mukadderatı da başlangıçta mülkiyetleri mahfuz tutulan ama sonradan MM'dan kurtulmuş olan diğer mallar gibi olacaktır. Bunun hakkında da şunlar söylenebilir :

b) Mülkiyeti mahfuz tutulan malın haczi caiz ise, iflâs idaresinin MM'nın muteber olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Bunun için MM'nın tescil edilmiş olup olmadığını ve ödeme, ikametgâh nakli, birleşme yoluyla malın diğer bir malın mütemmim cüz'ü haline gelmesi, istihlâk edilmesi, tağyir edilmesi, diğer bir malla karışması gibi sukut sebeplerinin mevcut bulunup bulunmadığının, MM anlaşmasının muhtemelen teslimden sonra yapılmış (43) ve nihayet kabili iptal olup olmadığını da kontrol edilmesi icap eder (44). Eğer iflâs idaresi MM'nın muteber olmadığını tespit etmişse, bunun reddi SchKG Art. 242 (İİK m. 228) ve KV Art. 45 vd. ndaki hükümlere uygun şekilde olur. Halbuki iflâs idaresi MM'yı kabul etmek istiyorsa, bu takdirde takibin devamına aşağıdaki prensipler hakim olurlar :

c) İflâsın açılması ile satış bedeli SshKG Art. 208 (İİK m. 195)'e göre muacceliyet kazanır. Şayet satıcı daha iflâsın açılmasından evvel alıcının temerrüdü dolayısıyla fesih hakkını kullanmamış bulunuyorsa, iflas idaresi alıcının semen bakiyesinin ödenmesi karşılığında malın iktisap edilmesine dair olan talebini tamamen bir masa borcu olarak üzerine alır (SchKG Art. 211 II) (İİK m. 198 I C.2 ve 3). Satıcı normal olarak ikinci alacaklılar toplanmasıyla hüküm ifade edecek olan bu kararı beklemek zorundadır. İflâs alacaklıları akde girmeyi reddettikleri takdirde, satıcının, kendisinin ilerdeki tutumu hakkında bizzat karar vermesi gerekir. Bu karara iflâs idaresi vasıtasıyla önceden müdahale edilemez. Bu da herşeyden evvel, satıcının takınacağı bu kesin durumun gerektirdiği talepler hakkında, iflâs alacaklıların sıra cetveline itiraz etmelerinden evvel karar verilmemiş olması ile sağalanır.

d) Satıcının hukukî durumuna iki esas hâkimdir:

aa) Alıcının iflâsında satıcı hem semeni hem de mülkiyeti talep edemez. Satıcı bu iki haktan sadece bir tanesine sahiptir. İflâsın

(43) Karş. Leemann, *Komzn.*, ZGB Art. 715 hakkındaki 68 no. lu not.

(44) Pra V No. 95.

açılmasıyla o bir seçimde bulunmaya zorlanır. Satıcı bu imkânlardan birisini tercih etmekle seçim hakkını kullanmış olur (45).

bb) MM semenin bakiyesini teminat altına alan teslimi meşrut rehin için bir baz teşkil etmez; zira satıcı bakımından teslimi meşrut bir rehin veya teslimi meşrut rehin hakkına benzer bir hak olarak mütalâa edilemez. Bunun için semen alacağının teslimi meşrut rehinle temin edilmiş alacaklarla aynı sıraya konulmasına katıyen gidilmemek gerekir. Aynı şekilde FM'nin de defalarca ve son olarak yine bir kararında (46) açıkladığı gibi, karşılama (örtme) prensibi iflâs yoluyla takipte carî olmadığı için 29 No.lu sirkülere benzer bir takip usulü de söz konusu olamaz.

Satıcılar iflâsta ekseriya MM'yi ve semen alacağını bildirirler. Bu itibarla iflâs idaresi MM'yi prensip olarak kabul ettikten ve akde girme hakkından vazgeçtikten hemen sonra, satıcılar MM' dan ve bakiye semen alacağının sırasından feragat veya bu bakiyenin bildirilmesinden sarfınazar ederek MM'yi talep etme arasındaki seçim haklarını kullanmaya davet olunmalıdırlar.

Bu hususta kesin bir karara varılamamış olması halinde, satıcının kaideten MM'yi tercih etmiş olduğu kabul edilir. Bunun için de bildirilmiş olan semen alacağı sıra cetvelinde reddedilmelidir. Bizzat mülkiyeti mahfuz tutulmuş olan mal ZGB Art. 716 (MK m.689)'nin emredici hükümlerinin uygulanması suretiyle, alıcı tarafından ödenmiş olan taksitlerin (47) geri verilmesi karşılığında satıcıya teslim edilmelidir. Masa menfaatine mevcut bulunan semen bakiyesi için masanın mülkiyeti mahfuz tutulan mal üzerinde bir hapis hakkı vardır. Satıcının kesin hesaba göre semen taksitlerinden elde ettiği miktardan daha fazlasını talep etmeye hakkı olduğu anlaşılırsa, o bu fazla alacağını 5.sırada (48) bildirir. Burada bahis konusu olan bir semen bakiyesi değil, bilâkis akdin hükümsüz olması neticesinde doğan bir alacak (başka bir hukukî sebep) olduğundan, satıcı semen alacağının reddedilmiş olmasıyla, bu alacağını bildirmek hakkından da mahrum bırakılamaz. Eğer ücret ve kullanmadan dolayı eskimenin miktarı üzerinde uyumsuzluk mevcutsa, istirdat iddiasın-

(45) Pra XI No. 129.

(46) FMK 73 III 42.

(47) Ücret ve eskimeden dolayı tazminatın düşülmesi kaydıyla (hesaplaşma için bk. Pra XXXII No. 33 ve XXIV No. 19).

(48) Türk Hukukunda 6. sırayı karşılar (Bk. İK m. 206).

da bulunan masa, her bakiye alacağın tahsilinde olduğu gibi, hattâ dâva yoluna bile müracaat etmek zorunda kalır. Burada SchKG Art. 242 II (İİK m. 228 II)' ye göre bir süre tayini de bahis konusu değildir (49).

Bu arada iki özel duruma da kısaca değinmek gerekir :

Alıcı salâhiyeti olmaksızın, mülkiyeti muhafaza kaydıyla devralmış olduğu malı bir başkasına satar ve iflâsın açılması anında semeni henüz almamış olursa, bu takdirde SchKG Art. 202 (İİK m. 189) uygulanır. Fakat eğer satış bedeli iflâsın açılmasından evvel müflise ödenmiş olursa, satıcı iflâsta ancak bir tazminat talebinde bulunabilir.

Şayet bizzat masa MM'dan haberdar olmayarak malı paraya çevirmiş bulunmaktaysa, takibi, bu durumun öğrenilmesinden sonra bile SchKG Art. 242 (İİK m. 228) ye göre devam ettirmelidir. Bu durumda mal yerine onun satışından elde edilecek bedelin tamamı masadan çıkarılır. Eğer satıcının mülkiyeti muhafaza hakkının kaideten kabulü gerekmeğe, takip masrafları ile diğer masrafların onun aleyhine tenzili kabil değildir (50).

#### D. KONDORDATODA MM

##### 1. Satıcının konkordato teklif etmesi

Eğer satıcı bir kondordato teklifinde bulunursa, satım akdi satıcı tarafından ifa edilmiş olduğu takdirde, bu konkordatonun MM'ya bir tesiri olmaz. Henüz ifa edilmemiş olan bir satım akdinin konkordato mühletinin devamı sırasında ifa edilip edilmeyeceği ve ne nisbette ifa edilebileceği, konkordato komiserinin muvafakat etmesinin yanı sıra münferit hallerin sayısız meselelerine de bağlıdır; öyle ki bu mevzuda kat'i birşey söylenemez. Fakat ifa yerine getirilmemişse, alıcı konkordatoda ademi ifadan dolayı herhalde bir tazminat talebinde bulunabilecektir.

(49) İstirdat iddiasının mevcudiyeti ve miktarı hakkında durum mahkemece kat'i olarak belli oluncaya kadar iflâs masası mülkiyeti mahfuz tutulan mal üzerinde bir hapis hakkını haizdir. Fakat bu hal tarafların rollerinin taksiminde birşey değiştirmez. Eğer masa faraza istirdat iddiası için rehin yolu ile takip usulünü uygulamak isterse, o zaman masanın satıcının itirazı ile doğrudan doğruya kendisine yönelen dâvacı rolüne bürünmesi icap edecektir.

(50) FMK 37 I 54.

Alıcı satıcı tarafından teklif edilen konkordatoya iştirak edemez. Alıcının, akdin feshedilmesi halinde ücret ve kullanma sebebiyle eskimeden dolayı istenebilecek olan tazminat miktarını aşan, semen taksitlerinin iadesine dair —teoritik bakımdan düşünülebilen ve hukukî muamelenin özünde bulunan— talebi konkordato nazarı itibara alınmamak icap eder; zira burada alıcıya bu alacağı karşılığında mülkiyeti mahfuz tutulan mal üzerinde onu SchKG Art. 311 (İİK m. 303)'e göre diğer konkordato alacaklılarından ayıran bir hapis hakkı tanınmış bulunmaktadır. Bunun haricinde alıcı âkitten doğan ödevlerini konkordato mühleti esnasında, sanki satıcı hiç konkordato teklifinde bulunmamış gibi yerine getirmeye devam edecektir.

## 2. Alıcının teklif ettiği Konkordato

Eğer alıcı bir konkordato teklifinde bulunacak olursa, bu teklifin herşeyden önce onun satıcı ile arasında mevcut olan akit münasebetine tesiri olmayacaktır. Alıcı henüz mütemerrit değilse yahut satıcı daha akdin feshini beyan etmemişse, alıcı konkordato komiserinin muvafakatiyle olmak şartıyla akdi ifa edebilir. Şüphesiz ki, bu satıcının aynı teminat altına alınmış olan alacağı bakımından caizdir ve —muhtemelen— konkordatoya tabî malların menfaati icabındandır. Öte yandan bir semen bakiyesi mevcut olduğu takdirde satıcı, ücret ve kullanma sebebiyle eskimeden dolayı, o zamana kadar ödenmiş olan taksitleri aşan taleplerini konkordato mühleti içinde, fesih hali için bildirmek imkânından mahrum edilmemelidir.

Bu, satıcının, konkordato münasebetinden tamamen ayrılmak zorunda kalması halinde taksitlerin muaccel hale gelmelerini nazarı itibara almaksızın, mukavelenin tamamının ifasının SchKG Art. 211 (İİK m. 198)'e kıyasen derhal teminat altına alınması gerektiği şartına bağlıdır. Böyle bir şart mevcut değilse, satıcının, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi hareket serbestisine sahip olması icap eder. Bunun doğru olduğu, alıcının, mühlet talebinde de belirttiği gibi yükümlerini ve dolayısıyla kalan semen taksitlerinin ödenmesi mükellefiyetini artık aralarındaki anlaşmaya göre değil, ancak konkordatodaki nisbete göre yerine getirmek istediği şeklindeki düşünceden de anlaşılmaktadır. Böylece o aslı mükellefiyetlerini yerine getirmekte mecburen mütemerrit hale gelmiş olur. Bu durum dolayısıyla konkordato mühleti hakkındaki talep, iflâ-

sın açılmasında olduğu gibi, akit ile öngörülmüş bulunan muacceliyetin ve temerrüdün yerini alır ve bu suretle satıcı seçim imkânlarını kullanmak hakkını elde eder. Bundan başka, henüz muaccel olmayan talepler de, hukuken doğmuş oldukları takdirde, konkordatoya dahil olurlar. Bu takdirde bunlara SchKG Art. 208, 210 ve 211 (İİK m. 195, 197 ve 198) in yani, ifâs yoluyla takip hakkındaki ilgili hükümlerin imkân nisbetinde kıyasen uygulanmaları gerekir (51).

O halde satıcı hemen tatmin edilmez veya bakiye alacağı için kâfi miktarda teminat gösterilmezse, onun kanun ve tatbikat çerçevesi dahilinde, konkordatoya göre durumunun incelenmesi gerekir. Burada esas olan satıcının bir taraftan MM'yi ileri sürüp, öte taraftan da âdî alacaklı olarak konkordatoya iştirak edemeyeceğidir. FM'nin isabetle belirttiği (52) gibi, satıcı mahfuziyet kaydını ileri sürecek olursa, rehin alacaklılarını rehin ile temin edilmiş olan alacak miktarında istisna eden SchKG Art. 311 (İİK m. 303) in hükümlerine tâbi olur. SchKG Art. 311 deki rehin kavramını FM hukukî mânasıyla gayrimenkul veya menkul rehni (teslimi meşrut rehin) olarak değil, iktisadî anlamıyla «aynî teminat» olarak yorumlamaktadır. Alıcıdan MM gibi bir teminat talep eden satıcı, ona kendi mamelek hukuku bakımından olan durumundan ötürü kredi vermez ve bu sebepten dolayı konkordatoya sadece SchKG Art. 305 (İİK m. 297)'e göre iştirak etmiş olan alelâde alacaklılar gurubuna girmez.

Bu itibarla, alıcı hakkındaki konkordato, iflâsın açılmasında olduğu gibi, satıcıyı MM'dan feragat etmek suretiyle konkordatoya iştirak veya OR Art. 226 (BK m. 222) ve ZGB Art. 716 (MK m. 689) gereğince akdi feshederek mülkiyeti mahfuz tutulan mal üzerindeki mülkiyet hakkını talep edip etmeme hususunda karar vermeye zorlar. Satıcının sükût etmesi bu iki halden sonuncusu lehine yorumlanır. Bunun üzerine o konkordatodan tamamen ayrılır, zira alıcının uhdesinde bulunan malların üçüncü şahıs maliki olarak satıcının, alıcının teklif ettiği konkordatoda hiçbir şekilde iştiraki olmamalıdır. Akdin daha sonraki bir feshinde satıcının ödenmiş olan semen taksitlerinin mahsup edilmesinden sonra halâ ücret ve eskime dolayısıyla tazminat bakiyesi olarak mevcut kalan alacağı-

(51) Karş. Jaeger, Komm. SchKG Art. 300'e ilişkin 2 no. lu not.

(52) Bk. FMK 41 III 100.

nın nasıl izah edileceği hususu şüphesiz ki enteresan bir meseledir. Bu konuda mevcut olan pek az doküman (53), hernekadar alacak sonradan doğmuşsa da, daha takibin başlamasından evvel veya başlaması anında bir sebebe dayanmış olduğu gerekçesiyle bu alacağın konkordatoya esas teşkil ettiğine delâlet eder. Hiç şüphesiz bu hal tarzı, satıcının, fesih hakkını konkordato esnasında istediği gibi kullanmak suretiyle kendisi için tek taraflı bir iradî muameleyle alıcının diğer âdî alacaklılarına nazaran daha iyi bir durum sağlamak imkânını bertaraf ettiğinden dolayı gayeye daha uygundur.

Buna karşılık satıcı konkordatoda semen alacağını bildirecek olursa, bununla o MM'dan kat'i olarak vazgeçmiş olur. İflâs idaresinin yaptığı gibi sarih olmayan beyanları satıcıya yeniden açıklamak ve şüphe halinde satıcının mülkiyet hakkı lehine karar vermek konkordato komiserinin vazifesidir. Mülkiyet hakkından feragat kat'i ise, satıcı âdî alacaklı olarak konkordatoya, bütün hakları haiz, fakat aynı zamanda konkordatonun bütün tahditleriyle de bağlı bulunarak iştirâk eder; fakat böylece onun haiz olduğu MM da kat'i olarak son bulmuş olur.

### İLÂVE

a) Kirada hapis hakkının paraya çevrilmesi halinde MM

Kiraya veren MM'yi, bunun ancak kendisine sarahaten bildirilmiş olması halinde nazarı itibara almak mecburiyetindedir. Bu hususun malın kiraya verilmesinden önce kiralayana bildirilmesi halinde, MM alacaklısının hudutsuz olarak korunması da garanti edilmiş olur. Şayet bu bildirme daha sonra yapılırsa, kiralayanın hapis hakkı, onun kira mukavelesini mümkün olan en yakın bir zaman için feshi ihbar etmemesi halinde OR Art. 273 II (BK m. 268 II) gereğince son bulur. Buna karşılık işleyen kira devresi için bir hapis hakkı mevcuttur.

Eğer kiralayan hapis hakkının paraya çevrilmesini talep ederse, üçüncü şahısların iddiaları SchKG Art. 155'e (54) göre istihkak prosedürü dahilinde ileri sürülmelidir. MM alacaklısı, kiralaya-

(53) Jaeger - Daeniker, I s. 546; Staehlin, Probleme, s. 147; Elisabeth Jaeger, Der EV, s. 71 vd.

(54) Türk Hukukunda bu hüküm karşılığı olarak İİK m. 150 g'yi gösterebiliriz; fakat m. 150 g, 538 sayılı kanun ile kabul edilmiş olup, SchKG Art. 155 den bu maddede SchKG Art. 156 ile birlikte bahsedilmiştir.

nın MM'dan haberdar olduğunu ispat etmek zorundadır. Aksi takdirde, onun mükiyet iddiası hapis hakkının paraya çevrilmesi sırasında sukut eder. Bu suretle yapılan takibin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, mal üzerindeki MM devam ettiği halde, hapis hakkı son bulur (55).

b) İhtiyatî hacizde MM

İhtiyatî haciz usulü bakımından kaideten haciz için yapılan açıklamalar söz konusu olurlar. Yalnız şu noktayı belirtmek gerekir ki, satıcı SchKG Art. 279 (İİK m. 265)'a (ihtiyatî haciz kararına itiraz dâvası) istinat edemez ve mülkiyeti mahfuz tutulan mal üzerindeki ihtiyatî haczin kaldırılmasını sağlayamaz; o haklarını daha ziyade SchKG Art. 275 (İİK m. 261)'e uygun olarak istihkak prosedürü ile ve 29 ve 14 sayılı sirkülerlere göre korumak mecburiyetindedir.