

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TEMİNAT AMACIYLA ALACAĞIN DEVRİ

DOKTORA TEZİ

Simge SARAÇOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet ERDEM

OCAK 2025

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TEMİNAT AMACIYLA ALACAĞIN DEVRİ

DOKTORA TEZİ

Simge SARAÇOĞLU

Tez Savunma Jürisi:

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Baki İlkay Engin

Prof. Dr. Burak Özen

Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

Prof. Dr. Güray Erdönmez

OCAK 2025

ÖNSÖZ

“Teminat Amacıyla Alacağın Devri” başlığını taşıyan bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında, Prof. Dr. Mehmet Erdem’in danışmanlığında doktora tezi olarak hazırlanmış ve Prof. Dr. Mehmet Erdem, Prof. Dr. Baki İlkay Engin, Prof. Dr. Burak Özen, Prof. Dr. H. Murat Develioğlu ve Prof. Dr. Güray Erdönmez’den oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Doktora sürecinde danışmanlığımı üstlenen ve akademik kariyerimin önemli bir kısmında asistanı bulunduğum saygıdeğer hocam Prof. Dr. Mehmet Erdem’e bu süreçteki katkıları için çok teşekkür ederim. Bu çalışma, hocamın değerli katkıları ve yorumları ile ortaya konulabilmiştir. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda kendisinin asistanı olarak geçirdiğim günler için de her zaman minnettar olacağım.

Akademik kariyer yolculuğuna başladığım günden beri her başım sıkıştığında danıştığım, her zaman sonsuz desteğini hissettiğim ve henüz bir lisans öğrencisi olduğum Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi sıralarında kendisini dinlediğim ilk günden beri büyük bir hayranlık beslediğim hocam Prof. Dr. Burak Özen’e edeceğim hiçbir teşekkür minnetimi ifade etmeye yetmez. Hocam bu tezin hazırlanması sırasında da bitmek bilmeyen sorularımı büyük bir sabırla yanıtlamış, bu tezin benim için en karanlık noktalarında yolumu aydınlatmış ve umudumu kaybettiğim anlarda yeniden ayağa kalkmamı sağlamıştır.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda asistanı olarak çalışma fırsatına eriştiğim ve tezimle ilgili desteğini hiçbir zaman esirgemeyen hocam Prof. Dr. H. Murat Develioğlu’na da gerek sağladığı çalışma ortamı için gerek bu çalışmanın yürütülmesi sırasındaki katkıları için ne kadar teşekkür etsem az kalır.

Tez savunma jürimde olmayı kabul ederek beni onurlandıran saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Baki İlkay Engin’e ve Prof. Dr. Güray Erdönmez’e de şükranlarımı sunarım. Hocalarımın değerli katkıları ve yorumları, bu çalışmanın geliştirilmesinde büyük bir öneme sahiptir.

Bu çalışmanın büyük bir bölümü, Zürih Üniversitesi ve Max Planck Uluslararası Özel Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nde gerçekleştirilen araştırma ziyaretleri sırasında tamamlanmıştır. Bu yurtdışı araştırmaları sırasında danışmanlığımı üstlenen Prof. Dr. Yeşim Atamer’e ve Prof. Dr. Ralf Michaels’e çok teşekkür ederim.

Söz konusu araştırma ziyaretleri, 2214-A TÜBİTAK Doktora Sırası Yurtdışı Araştırma Bursu ve DAAD Doktora Öğrencileri İçin Uzun Süreli Araştırma Bursu ile desteklenmiştir. Öte yandan, TÜBİTAK tarafından verilen 2211-A Yurtiçi Doktora Bursu ile de tüm doktora sürecim boyunca çalışmalarım desteklenmiştir. Bu nedenle, TÜBİTAK'a ve DAAD (Alman Akademik Değişim Servisi) Kurumu'na teşekkürlerimi sunarım.

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde fiilen çalışmaya başladıktan sonra ve ancak tezimin son dönemlerinde tanışma fırsatına erişebildiğim ancak buna rağmen bu çalışmanın ortaya konulabilmesinde önemli katkıları bulunan Doç. Dr. Tolunay Ozanemre Yayla'ya teşekkürü bir borç bilirim. Hocamla yaptığımız hukuki tartışmalar kadar bana bu süreçte sağladığı manevi destek için de kendisine minnettar olacağım. Yine Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Başkanı Doç. Dr. Bahar Öcal Apaydın başta olmak üzere tüm kürsü hocalarıma çok teşekkür ederim.

Akademik kariyere adım atmamda bir rol model olarak büyük katkısı bulunan ve hiçbir zaman emeğini ve desteğini benden esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. İpek Sağlam'a da çok teşekkür ederim. Hocamın yalnızca bu çalışmanın ortaya konulması sırasında değil akademik kariyerimin tamamına yaygın olan emekleri ve desteği benim için paha biçilemez.

Onların varlığı olmaksızın bu çalışmanın yapılması da beni ben yapan pek çok unsurun varlığı da düşünölemeyecek olan çok değerli dostlarım ve çalışma arkadaşlarım Ar. Gör. Sena Arslan'a, Av. A. Ecemgöl Çelik'e, Ar. Gör. Dr. İsmail Dede'ye, Dr. Zeynep Güler'e, Ar. Gör. Eylem Işık'a, Ar. Gör. Hatice Nur Aktaş İncel'e, Ar. Gör. Doğan Kara'ya, Dr. Burak Sak'a, Ar. Gör. N. Aybike Seyhan'a, Dr. Ozan Ali Yıldız'a ve Ar. Gör. Ayşe Ziyen'a sonsuz teşekkür ederim. Her biriniz iyi ki varsınız, hep var olun!

Öğrenim yaşantımın tamamındaki destekleri ve fedakarlıkları ile her zaman yanımda olan sevgili annem Mücella Saraçoğlu ve canım babam Levent Saraçoğlu'na minnettarım. Son olarak, bu süreçteki tüm zorlukları aşmamı ve motivasyonumu korumamı sağlayan, uzakları yakın ederek her düştüğümde beni kaldıran Dr. Alejandro Llopis Blaque'ye çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
RÉSUMÉ.....	xii
ABSTRACT	xiv
ÖZET.....	xvi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM TEMİNAT AMACIYLA ALACAĞIN DEVRİNE GENEL BAKIŞ

I. Konunun Tanıtımı.....	5
II. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinin Teminat Olarak Arz Ettiği Özellikler	9
A. Nesnel ve Kişisel (Ayni ve Şahsi) Teminat Ayırımı Bakımından	9
B. Bağımlı (Fer'i) ve Bağımsız Teminat Ayırımı Bakımından	12
C. Talilik Özelliği Bakımından.....	16
III. Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi	16
A. Alacak Rehni.....	16
B. İfa Yerine ve İfa Uğruna Alacağın Devri.....	24
C. Tahsil Amacıyla Alacağın Devri.....	27
D. Tahsil Yetkisi ve Tahsil İçin Temsil Yetkisi	28
E. Factoring.....	29
F. Trust.....	30
IV. Karşılaştırmalı Hukukta Teminat Amacıyla Alacağın Devri.....	34

İKİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT AMACIYLA ALACAĞIN DEVRİNİN YAPISI VE GEÇERLİLİĞİ

I. Borçlandırııcı İşlem: Teminat (İnanç) Anlaşması.....	38
A. Hukuki Sebep (<i>Causa</i>) Niteliği.....	38
B. Hukuki Niteliği ve Tarafları.....	43
C. Unsurları.....	47
D. Uygulanacak Hükümlerin Tespit Edilmesi.....	48
E. Geçerliliği İçin Aranan Unsurlar ve İspatı	61
1. Genel Olarak.....	61
2. Geçerlilik Şekli Bakımından	63
3. Teminat Anlaşmasının İspatı Sorunu	66
F. Nisbi Karakteri	68
1. Genel Olarak.....	68
2. Nisbilik Sorununun Aşılması İçin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	70
a. OR Art. 152/3(TBK m. 171 f. 3) Hükümüne Dayanan Görüş	70
b. İnançlı İşlem Teorisi Bağlamında İleri Sürülen Görüşler	72
aa. Bozucu Koşul Teorisi.....	73
bb. Toplu Mülkiyet Teorisi.....	73
cc. Nisbi Hukuki Durum Teorisi.....	74
3. Nisbiliğin Aşılması Bakımından Görüşümüz.....	74
G. Teminat Altına Alınan Alacağın Konusu ve Teminat Anlaşmasında Bireyselleştirilmesi	77
1. Teminat Altına Alınan Alacağın Konusu	77
2. Teminat Altına Alınan Alacağın Bireyselleştirilmesi	79
H. Teminat Olarak Devredilecek (<i>Devri Taahhüt Edilen</i>) Alacağın Teminat Anlaşmasında Bireyselleştirilmesi.....	82
1. Sözleşmenin Kurulması ve İçeriğinin Tespiti Bakımından.....	82
2. TMK m. 23 f. 2 Bağlamında Kişinin Ekonomik Özgürlüğü Bakımından	84

3. Genel İşlem Koşulları Denetimi Bakımından	88
I. Teminat Olarak Verilen Alacak ile Teminat Altına Alınan Alacak Arasındaki Oransızlık Sorunu (Aşırı Teminatlandırma= <i>Übersicherung</i>).....	90
1. Aşırı Teminatlandırma Kavramı	90
2. Aşırı Teminatlandırmaya Bağlanan Yaptırım	92
a. Teminat Anlaşması Yapıldığı Sırada Mevcut Olan Aşırı Teminatlandırma.....	92
b. Sonradan Ortaya Çıkan Aşırı Teminatlandırma.....	97
II. Tasarruf İşlemi: Alacağın Devri Sözleşmesi.....	102
A. Hukuki Niteliği ve Özellikle Sebebe Bağlı Olup Olmama Sorunu	102
B. Devir Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerliliği.....	110
1. Devir Anlaşmasının Kurulması ile Hüküm ve Sonuçlarını Doğurması	110
2. Devir Anlaşmasının Geçerliliği.....	111
a. Genel Olarak.....	111
b. Adi Yazılı Geçerlilik Şekline Tabi Olması	113
c. Alacağa İlişkin Devir Yasağı Bulunmaması	119
aa. Devir Yasağının Kaynakları.....	119
bb. Devir Yasağının Alacağın Devri Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi ..	124
cc. Borçlunun Vereceği Onayın Devir Yasağına Rağmen Yapılan Devir Anlaşmasına Etkisi	128
dd. Sözleşmesel Devir Yasakları Bakımından TBK m. 183 f. 2’de Düzenlenen İstisna: Hukuki Görünüşe Güvenin Korunması.....	131
C. Devrin Konusu	136
1. Genel Olarak.....	136
2. Henüz Doğmamış (Gelecekteki) Alacaklar ve Global Devir Anlamında Alacak Birlikleri	139
a. Tanım ve Devir Anlaşmasında Alacağın Bireyselleştirilmesi ile İlişkisi... ..	139
b. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler	142
aa. İsviçre Hukukunda İleri Sürülen Görüşler	142
bb. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler.....	145
c. Doktrindeki Görüşlerin Eleştirisi ve Görüşümüz.....	145

d. Henüz Doğmamış Alacakların Devrinin Hukuki Sonuçları.....	150
e. Global Devrin Hukuki Sonuçları.....	158

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Devredenin Hukuki Konumu.....	160
A. Alacağı Devretme Yükümlülüğü	160
1. Genel Olarak.....	160
2. Alacak ile Birlikte Devredilen Yan Haklar ile Öncelik Haklarının Belirlenmesi.....	161
B. Devredilen Alacağa İlişkin Alacak Senetlerini ve Diğer İspat Vasıtalarına İlişkin Belgeleri Devretme Yükümlülüğü.....	165
C. Devredilen Alacağın Yönetimi ve Tahsili İçin Yapılan Masraf ve Giderlere Katlanma Yükümlülüğü.....	168
D. Alacağın Kısmen veya Tamamen Sona Ermesine veya Devralanın Teminat Amacına Ulaşamamasına Neden Olabilecek Davranışlardan Kaçınma Yükümlülüğü	170
1. Genel Olarak.....	170
2. TBK m. 186 Hükmünden Kaynaklanan Durumlar.....	171
3. TBK m. 188 f.1 Hükmünden Kaynaklanan Durumlar	179
E. Ek Teminat Gösterme Yükümlülüğü (<i>Ergänzungspflicht</i>)	183
F. Teminatın Boşa Çıkması Sebebiyle Devralana Karşı Sorumluluk.....	186
1. Teminatın Boşa Çıkabileceği Haller ve Genel Borca Aykırılık Sorumluluğu	186
a. Teminat Olarak Devredilen Alacağın Mevcut Olmaması.....	187
b. Borçlu Tarafından Devralana Yöneltilen Savunmaların Bulunması	190
aa. Devreden ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişkiden Kaynaklanan Savunmalar	190
bb. Devreden ile Devralan Arasındaki Hukuki İlişkiden Kaynaklanan Savunmalar	193

cc. Borçlunun Savunmalarından Feragat Etmesi ve Teminat Amacıyla Alacağın Devrinde Yaygın Bir Uygulama Olarak Teyit Mektubu.....	195
d. Borçlunun Ödeme Gücünün Bulunmaması	196
2. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinde Garanti Sorumluluğunun Bulunup Bulunmadığı Sorunu ve Devredenin Sorumluluğuna Etkisi	198
3. Teminatın Boşa Çıktığı Hallerde Yeniden veya Ek Teminat Gösterme Yükümlülüğü.....	201
II. Devralanın Hukuki Konumu	202
A. Paraya Çevirme Olayı Gerçekleşene Kadar Olan Süreçte Devralan Tarafından Alacak Üzerinde Gerçekleştirilen Tasarruflar	202
1. Devralanın Üçüncü Kişilerle Olan Tasarrufları	203
a. Devir Anlaşmasının Koşula Bağlı Olmadığı Hallerde	203
b. Devir Anlaşmasının Bozucu Koşula Bağlı Olduğu Hallerde.....	205
2. Devralanın Borçlu ile Olan Tasarrufları ve Borçlunun Devredene İfası.....	207
a. Devir Anlaşmasının Koşula Bağlı Olmadığı Hallerde	207
b. Devir Anlaşmasının Bozucu Koşula Bağlı Olduğu Hallerde.....	210
B. Paraya Çevirme Yetkisi ve Paraya Çevirmeye Bağlanan Hukuki Sonuçlar	213
C. Devralanın Teminat Olarak Devredilen Alacakları İade Yükümlülüğü	221
1. İade Yükümlülüğünün Doğduğu Durumlar	221
a. Amacın/Geri Devir Olayının Gerçekleşmesi: Asıl Alacaklının Tatmin Edilmiş Olması.....	221
b. Amacın Boşa Çıkması: Asıl Borcun Baştan İtibaren Bulunmaması veya Sonradan Asıl Alacaklı Tatmin Edilmeksizin Ortadan Kaldırılması.....	225
c. Teminat Altına Alınan Alacağın Kısmen İfası.....	227
d. Asıl Borcu Aşan Kısım Bakımından İade Yükümlülüğü.....	228
2. İade Edilecek Değer ve İadenin Yöntemi.....	230
3. İade Yükümlülüğüne İhtiyaç Bulunmayan Haller: Devredilen Alacağın Kendiliğinden Devredene Dönmesi	232
III. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinin İcra, İflas ve Konkordato Hukuku Bakımından Özellik Arz Eden Sonuçları.....	233
A. Devralanın İflasının Hukuki Sonuçları	233

1.Genel Olarak.....	233
2. TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) Hükümünün İnançlı İşlemlerde Kıyasen Uygulanması Sorunu ve Bu Bağlamda İflas Masasından Çıkarma Hakkı.....	234
a. Doktrindeki Görüşler.....	234
b. TBK m. 509 Hükümünün Teminat Amacıyla Alacağın Devri Bakımından Anlamı.....	236
c. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinde Asıl Borcu Aşan Kısma Özgü Çıkarma Hakkına İlişkin Görüş	237
3. İflas Açıldığı Anda Teminat Altına Alınan Borcun Sona Ermemiş Olması Halinde Ortaya Çıkan Hukuki Durum.....	238
4. Devrin Bozucu Koşula Bağlı Olduğu Hallerde Devralanın İflası	239
5. Özet ve Değerlendirme.....	240
B. Teminat Olarak Devredilen Alacakların Devralanın Alacaklıları Tarafından Hazine Karşı İstihkak İddiası.....	242
C. Devredenin İflasının Hukuki Sonuçları	245
1.Genel Olarak.....	245
2. İstisna: Devralanın Masadan Çıkarma Hakkına İhtiyaç Duyabileceği Haller ve Çıkarma Hakkı Bulunup Bulunmadığı Sorunu	245
3. Devralanın Teminatı Paraya Çevirdikten Sonra Tam Olarak Tatmin Edilememesi Halinde İflas Masasına Kaydedilecek Alacağın Tutarı	249
4. Devredenin Alacaklarının Teminat Amacıyla Alacağın Devrine Karşı Tasarrufun İptali (Paunalische Anfechtung) Davası Açma Hakkı	249
D. Henüz Doğmamış Alacakların Devri Bakımından Devredenin İflasının Arz Ettiği Özellikler.....	253
E. Konkordato Bakımından Özellik Arz Eden Sonuçlar	254
1. Henüz Doğmamış Alacakların Devri Bakımından: Özel Hüküm İİK m. 294 f. 6.....	254
2. Konkordato Mühletinin Bir Sonucu Olarak Teminat Altına Alınan Alacağa İlişkin Takip Yasağının (İİK m. 294 f. 1) Teminat Amacıyla Alacağın Devrine Etkisi.....	257
SONUÇ.....	261
KAYNAKÇA	271

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Allg. Teil	: Allgemeiner Teil
Art	: Artikel/article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER:	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Beck-OK	: Beck'scher Online Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht
BK	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Çev.	: Çeviri
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
e.BK	: 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu
E.T.	: Erişim Tarihi

Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
FS	: Festschrift
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsgb	: Herausgeber
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İİK	: 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
KUKO	: Kurz Kommentar
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKO	: Münchener Kommentar
N.	: Kenar Notu
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nomos HandK.	: Nomos Handkommentar
Nomos Komm.	: Nomos Kommentar
Nr.	: Nummer/Number
OFK	: Orell Füssli Kommentar
OR	: Obligationenrecht
OR AT	: Obligationenrecht Allgemeiner Teil
recht	: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

s.	: sayfa
S.	: Sayı
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
ss.	: Sayfa aralığı
Syst. Teil	: Systematischer Teil
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristvereins
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZK	: Zürcher Kommentar
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht

RÉSUMÉ

La cession de créances à titre de garantie est un type de sûreté très répandu qui se caractérise par sa nature fiduciaire. Cependant, bien qu'il ait réglementé diverses formes de garanties, le législateur n'a pas explicitement prévu ce type de garantie dans la loi. Néanmoins, que ce soit dans la doctrine ou dans la jurisprudence actuelle, la validité des opérations fiduciaires ne fait aucun doute aujourd'hui et, par conséquent, la cession de créances à des fins de garantie peut être établie de manière valide.

Cette forme de garantie est particulièrement appréciée dans la pratique bancaire en raison des nombreux avantages qu'elle présente, notamment pour le cessionnaire. L'un des principaux avantages est la facilité de monétisation, car le cessionnaire n'a besoin d'aucune autorité publique pour convertir les créances en espèces. La monétisation, contrairement à une vente, s'effectue par le recouvrement des créances. En outre, l'établissement de la cession de créances à des fins de garantie ne nécessite pas d'inscription ou de formalités similaires, ce qui est nettement plus pratique tant pour le cédant que pour le cessionnaire. Pour le cédant, ce type de sûreté offre l'avantage d'utiliser les créances comme instrument de crédit, notamment lorsqu'il ne dispose pas de biens mobiliers ou immobiliers ou qu'il souhaite éviter le risque d'une exécution forcée sur ces biens, ce qui lui permet de faire face à ses besoins de liquidité.

Cette étude examine la cession de créances à des fins de garantie en trois parties principales. La première partie présente une introduction générale au sujet, en abordant les caractéristiques de ce type de sûreté, ses distinctions par rapport à des concepts similaires et son traitement en droit comparé. La deuxième partie se concentre sur la structure de la cession de créances à titre de garantie, tandis que la dernière partie aborde les droits et obligations découlant de cette relation juridique.

Dans le cadre de cette étude, de nombreux ouvrages ayant un lien direct ou indirect avec la cession de créances à titre de garantie en droit suisse ont été analysés. En outre, les différences entre le droit allemand et le droit turco-suisse ont été examinées dans différents contextes dans le cadre d'une analyse juridique comparative.

Les principaux points abordés concernant la structure de la cession de créances à titre de garantie, examinés dans la deuxième partie de l'étude, peuvent être résumés comme suit : La cession de créances à des fins de garantie se compose d'une structure en deux étapes, consistant en un acte générateur d'obligation et un acte de disposition. Le contrat de sûreté (fiduciaire), qui constitue l'acte générateur d'obligation, détermine les droits et les obligations des parties dans le cadre de cette relation juridique. Dans ce contexte, le contrat de sûreté sert également de base juridique au contrat de cession. Bien que de nature *sui generis*, la détermination des

dispositions applicables à ce contrat a suscité un débat important dans la doctrine, les dispositions relatives au gage étant fréquemment invoquées à cet égard. Toutefois, à notre avis, les actes fiduciaires devraient être reconnues comme des instruments de garantie distincts, et la préférence des parties pour un acte fiduciaire par rapport à un gage devrait être privilégiée.

Selon la théorie du plein droit adoptée dans les actes fiduciaires, l'objet de la garantie inhérente au contrat n'impose aucune restriction au pouvoir du cessionnaire de disposer des créances cédées. Toutefois, en permettant que l'acte de disposition dans la cession de créances à des fins de garantie soit sous condition, certains inconvénients découlant de la théorie du plein droit peuvent être atténués. À cet égard, il est également concevable, à notre avis, que la convention de cession soit implicitement considérée comme conditionnelle dans certains scénarios.

En outre, le contrat de sûreté est le seul point où la créance garantie est concrétisée et où le lien entre la créance garantie et la créance cédée en garantie est établi. Par conséquent, les deux créances doivent être individualisées dans cette convention.

La convention de cession, qui constitue la deuxième étape (phase de l'acte de disposition) de la cession de créances à titre de garantie, ne présente pas de caractéristiques particulières du point de vue des garanties et ne se distingue pas d'une convention de cession classique. Cependant, notre étude aborde les conditions requises pour la formation et la validité du contrat de cession, ainsi que l'objet de la cession. En outre, des explications détaillées sont fournies concernant la cession de créances futures et les cessions globales, et diverses critiques sont formulées à l'encontre des points de vue présentés dans la doctrine. Les cessions globales de créances futures étant une méthode souvent privilégiée dans la cession de créances à des fins de garantie, cet aspect revêt une importance particulière dans le cadre de notre sujet.

Dans la troisième partie de l'étude, qui porte sur les droits et obligations des parties, les positions du cessionnaire et du cédant sont examinées séparément. Les obligations fondamentales du cédant dans le cadre de cette relation juridique sont de céder la créance servant de garantie et de s'abstenir de tout acte susceptible d'entraver l'objectif de la sûreté. La question de savoir si le cédant assume une responsabilité supplémentaire à l'égard du cessionnaire en cas d'inefficacité de la garantie est également analysée dans le cadre des obligations du cédant.

En ce qui concerne la position juridique du cessionnaire, l'accent est mis sur ses transactions avant la monétisation, son pouvoir de monétiser et son obligation de restituer la créance cédée en garantie une fois que les conditions sont remplies. La possibilité pour le cessionnaire d'agir au-delà de l'autorité accordée par le contrat de garantie constitue le cœur des questions examinées dans cette section.

Enfin, la troisième section aborde les conséquences juridiques de la cession de créances à des fins de garantie en termes d'exécution et de droit de la faillite, ainsi que dans le cadre d'une procédure de concordat. Les principales questions abordées sont les suivantes : le cédant peut-il récupérer les créances cédées à titre de garantie dans la masse de la faillite en cas de faillite du cessionnaire et les différents scénarios qui peuvent se présenter en fonction du statut de la créance garantie au moment de la faillite du cédant.

ABSTRACT

The assignment of receivables for security purposes is a widely used type of security that is characterized by its fiduciary nature. However, despite regulating various forms of security, the legislature has not explicitly provided for this type of security in the law. Nevertheless, both in legal doctrine and judicial practice today, there is no doubt about the validity of fiduciary transactions, and consequently, the assignment of receivables for security purposes can also be validly established.

This form of security is particularly preferred in banking practice due to its numerous advantages, especially for the assignee. This is because the secured party does not need any public authority to realize receivables, and the receivables can be converted into cash through collection without the need for sale of the security. Additionally, the establishment of the assignment of receivables for security purposes does not necessitate registration or similar formalities, which makes it significantly more convenient for both the assignor and the assignee. For the assignor, this type of security offers the advantage of utilizing receivables as a credit instrument, particularly when the assignor lacks movable or immovable assets or wishes to avoid the risk of compulsory enforcement against such assets, thereby meeting cash needs.

This study examines the assignment of receivables for security purposes in three main sections. The first section provides a general introduction to the subject, addressing the characteristics of this type of security, its distinctions from similar concepts, and its treatment in comparative law. The second section focuses on the structure of the assignment of receivables for security purposes, while the final section discusses the rights and obligations arising from this legal relationship.

In this study, numerous works directly or indirectly related to the assignment of receivables for security purposes in Swiss law have been analyzed. Moreover, the differences relevant to the subject matter between German law and Turkish/Swiss law have been examined in various contexts as part of a comparative legal analysis.

The key points addressed regarding the structure of the assignment of receivables for security purposes, discussed in the second section of the study, can be summarized as follows: The assignment of receivables for security purposes consists of a two-tiered structure, including an obligational transaction and a dispositive transaction. The security (fiduciary) agreement, which constitutes the obligational transaction, determines the rights and obligations of the parties within this legal relationship. In this context, the security agreement also serves as the legal basis for the assignment agreement. Although *sui generis* in nature, the determination of the provisions applicable to this agreement has sparked significant debate in legal doctrine, with pledge provisions frequently being invoked in this regard. However, in our view, fiduciary transactions should be recognized as distinct forms of security,

and the preference of the parties for a fiduciary transaction over a pledge should be given priority.

According to the “*full ownership theory*” adopted in fiduciary transactions, the purpose of the security inherent in the agreement does not impose any restrictions on the assignee’s authority to dispose of the assigned receivables. However, by allowing the dispositive transaction in the assignment of receivables for security purposes to be conditional, some adverse effects of the full ownership theory can be mitigated. In this regard, it is also conceivable, in our opinion, that the assignment agreement may implicitly be considered conditional in certain scenarios.

Furthermore, the security agreement is the sole point at which the secured claim is concretized and the connection between the secured claim and the receivable assigned as security is established. Consequently, both claims must be individualized in this agreement.

The assignment agreement, forming the second stage (dispositive transaction phase) of the assignment of receivables for security purposes, does not exhibit any unique characteristics from the perspective of security purposes and is indistinguishable from a classic assignment agreement. However, our study addresses the conditions required for the formation and validity of the assignment agreement, as well as the subject matter of the assignment. Additionally, detailed explanations are provided regarding the assignment of future receivables and global assignments, with various criticisms directed at the views presented in the doctrine. Since global assignments of future receivables are a frequently preferred method in the assignment of receivables for security purposes, this aspect holds particular importance within the scope of our subject.

In the third section of the study, which focuses on the rights and obligations of the parties, the positions of the assignee and assignor are examined separately. The fundamental obligations of the assignor within this legal relationship are to assign the receivable serving as security and to refrain from acts that could hinder the purpose of the security. Whether the assignor bears additional liability to the assignee if the security becomes ineffective is also analyzed under the assignor’s obligations.

Regarding the assignee’s legal position, the focus is on their transactions prior to realization, their authority to realization, and their obligation to return the receivable assigned as security once the conditions are met. The potential for the assignee to act beyond the authority granted by the security agreement forms the crux of the issues examined under this heading.

Finally, the third section addresses the legal consequences of the assignment of receivables for security purposes in terms of enforcement and bankruptcy law, as well as in the context of composition with creditors. The main issues discussed include whether the assignor can reclaim receivables assigned as security from the bankruptcy estate in the event of the assignee’s bankruptcy and the various scenarios that may arise depending on the status of the secured claim at the time of the assignor’s bankruptcy.

ÖZET

Teminat amacıyla alacağın devri, uygulamada oldukça yaygın kullanılan ve karma inançlı işlem niteliğinde bir teminat türüdür. Ancak çeşitli teminatları düzenleyen yasa koyucu, bu tür bir teminata yasada yer vermiş değildir. Yine de bugün hem doktrinde hem de içtihatlarda inançlı işlemlerin geçerli bir biçimde kurulabileceğine dair herhangi bir şüphe bulunmamakta ve bu bağlamda teminat amacıyla alacağın devri de geçerli olarak kurulabilmektedir.

Teminat amacıyla alacağın devri, özellikle banka uygulamasında sıklıkla tercih edilmektedir. Zira bu teminat türü, özellikle teminat alan bakımından pek çok avantaja sahiptir. Bu avantajların başında, paraya çevirme aşamasındaki kolaylık gelmektedir. Zira teminat alanın alacakları paraya çevirmesi için hiçbir kamu gücüne ihtiyaç bulunmadığı gibi teminat konusunun satış yolu zorunlu olmaksızın alacağın tahsili yoluyla paraya çevrilebilmesi söz konusudur. Öte yandan teminat amacıyla alacağın devrinin kuruluşu bakımından tescil vb. herhangi bir zorunluluk da söz konusu olmadığından bu durum hem teminat alan hem teminat veren bakımından büyük bir kolaylık oluşturmaktadır. Teminat amacıyla alacağın devrinin devreden bakımından avantajı ise teminat olarak gösterebileceği herhangi bir taşınır veya taşınmazı bulunmayan veya bunların cebri icra yolu ile paraya çevrilmesi riskini göze almak istemeyen borçluya alacaklarını bir kredi aracı olarak kullanma ve böylece nakit ihtiyacını karşılama imkânı sağlamasıdır.

Bu çalışmada, teminat amacıyla alacağın devri üç ana bölümde incelenmiştir. İlk bölümde, konunun genel bir tanıtımına yer vermek amacıyla bu teminat türünün teminat olarak arz ettiği özellikler ile benzer kavramlardan farklarına ve karşılaştırmalı hukukta teminat amacıyla devrine değinilmektedir. İkinci bölümde teminat amacıyla alacağın devrinin yapısı ve son bölümde tarafların bu hukuki ilişkiden doğan hak ve yükümlülüklerine yer verilmiştir.

Çalışmamızda, mehz İsviçre Hukuku'nda teminat amacıyla alacağın devrini doğrudan ve dolaylı olarak ilgilendiren pek çok eser incelenmiş ve bir karşılaştırmalı hukuk verisi olarak Alman Hukuku ile Türk/İsviçre Hukuku arasında konumuzu ilgilendiren farklılıklar çeşitli bağlamlarda ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünü oluşturan teminat amacıyla alacağın devrinin yapısı bakımından ele alınan hususlar şu şekilde özetlenebilir: Teminat amacıyla alacağın devri, biri borçlandırıcı işlem diğeri tasarruf işlemi olmak üzere iki aşamalı bir yapıdan oluşmaktadır. Borçlandırıcı işlem ayağını teşkil eden teminat (inanç) anlaşması, tarafların bu hukuki ilişkiden doğan hak ve yükümlülüklerini belirlemektedir. Bu anlamda, teminat anlaşması alacağın devri sözleşmesinin hukuki sebebini de teşkil etmektedir. Sui generis bir nitelik arz eden bu anlaşmaya uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından doktrinde pek çok tartışma yer almakta ve özellikle rehin hükümlerinin bu bağlamda sıklıkla devreye sokulduğu

görülmektedir. Ancak kanımızca inançlı işlemlerin rehinden ayrı birer teminat aracı olarak kabul edilmesi ve bu anlamda tarafların rehin yerine inançlı işlemi tercih etmeleri yönündeki iradeleri üstün tutulmalıdır.

İnançlı işlemlerde benimsenen tam hak teorisi gereği, teminat anlaşmasına içkin bulunan teminat amacı devralanın devraldığı alacaklar üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi kısıtlaması meydana getirmemektedir. Ancak teminat amacıyla alacağın devrinde tasarruf işleminin koşula bağlı olarak kurulabilmesi ile tam hak teorisinin ortaya çıkardığı bazı olumsuz sonuçların üstesinden gelinmesi mümkün olmaktadır. Bu bağlamda alacağın devri sözleşmesinin örtülü bir koşula bağlı sayılabildiği çeşitli ihtimaller de kanımızca söz konusudur.

Öte yandan, teminat anlaşması teminat altına alınan alacağın somutlaştığı ve teminat altına alınan alacak ile teminat olarak devredilen alacak ile bağlantının kurulduğu tek yerdir. Bu bakımdan, her iki alacağın da bu anlaşmada bireyselleştirilmiş olması gerekir.

Teminat amacıyla alacağın devrinin ikinci aşamasını (tasarruf işlemi basamağını) oluşturan alacağın devri sözleşmesi, teminat amacı bakımından bir özellik arz etmez ve klasik bir devir anlaşmasından farksızdır. Ancak çalışmamızda devir anlaşmasının kurulması ve geçerliliği için aranan şartlar ile devrin konusu yönünden açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca, devrin konusu bahsinde henüz doğmamış alacakların devri ile global (toplu) devirler bakımından ayrıntılı açıklamalar yer verilmiş ve bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşlere çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Gelecekteki alacakların global devri, teminat amacıyla alacağın devrinde sıklıkla tercih edilen bir yöntem olduğundan bu kısım konumuz bakımından özel bir önem arz etmektedir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünü oluşturan tarafların hak ve yükümlülükleri başlığında, devralanın ve devredenin konumları ayrı ayrı ele alınmıştır. Devredenin bu hukuki ilişki kapsamındaki temel yükümlülükleri, teminat teşkil eden alacağı devretme ve teminatın amacına ulaşmasını engelleyecek davranışlardan kaçınmaktır. Teminatın boşa çıkması halinde devredenin devralana karşı ayrıca bir sorumluluğu bulunup bulunmadığı devredenin yükümlülükleri bahsinde irdelenmiştir.

Devralanın hukuki konumu bakımından ise onun paraya çevirme öncesindeki tasarrufları ile paraya çevirme yetkisi ve teminat olarak devredilen alacağı şartları gerçekleştirdiği takdirde iade borcu hususları önem arz etmektedir. Özellikle devralanın teminat anlaşması ile yetkili kılındığından fazlasını gerçekleştirebilmesi, bu başlık altında ele alınan sorunların temel noktasını oluşturmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde son olarak teminat amacıyla alacağın devrinin icra ve iflas hukuku ile konkordato bakımından hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Devralanın iflası halinde devredenin teminat olarak devredilen alacakları iflas masasından çıkarma hakkı bulunup bulunmadığı ve devredenin iflası halinde teminat altına alınan alacağın da iflas açıldığı andaki durumuna bağlı olarak ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimaller, bu başlık altında ele alınan temel hususlardır.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu, teminat amacıyla alacağın devri oluşturmaktadır. Teminat amacıyla alacağın devri, bir inançlı işlem türü olup tıpkı diğer inançlı işlemler gibi yasada düzenlenmiş değildir. Ancak gerek doktrinde gerek uygulamada böyle bir teminatın geçerli olarak kurulabileceği kabul edilmektedir. Teminat amacıyla alacağın devrinin uygulamada en sık karşılaşıldığı alan banka kredileridir. Bu teminatın, ayni ve şahsi diğer teminatlar karşısında sahip olduğu birtakım avantajlar, onun uygulamada sıklıkla tercih edilmesine neden olmaktadır. Uygulamadaki bu yaygınlığına karşın konunun doktrinde halen pek çok tartışmaya neden olduğu ve özellikle Türk hukuk doktrininde ele alınmamış pek çok hukuki sorunu içerdiği tespit edilmiştir. Bu durum, konunun doktora tezi olarak seçilmesinde etkin bir faktör olmuştur.

Teminat amacıyla alacağın devri, bir yandan teminat hukukunun bir parçası olması ve inançlı işlem niteliğini haiz olması; diğer yandan alacağın devri yolu ile kurulması bakımından çok yönlü bir incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, çalışmamızda teminat amacından kaynaklanan özellikler ile alacağın devri hükümlerinden kaynaklanan sonuçlar arasında bağlantı kurulmasına özen gösterilmiştir. Öte yandan, teminat amacıyla alacağın devrinin karma nitelikli bir inançlı işlem olduğu konusunda herhangi bir tartışmaya yer olmadığından inançlı işlem kavramı ve inançlı işlemin yapısı ayrıca ele alınmamıştır. İnançlı işlem olma özelliğinden kaynaklanan açıklama ve tartışmalara yeri geldikçe ilgili başlıklarda değinilmiştir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde teminat amacıyla alacağın devrinin daha iyi anlaşılabilmesi ve diğer bölümlerdeki açıklamalara öncülük etmesi bakımından genel itibariyle konunun tanıtımı yapılmıştır. Bu bağlamda, konunun kısa bir tanımı ve tanıtımının ardından, ilk olarak teminat hukukuna dair bazı ayrımlar ve bu ayrımlar bakımından teminat amacıyla alacağın devrinin konumu ele

alınmıştır. Bu kapsamda teminat amacıyla alacağın devrinin nesnel ve kişisel teminatlar arasındaki yeri, fer'i bir teminat olup olmadığı ve talilik ilkesinin bu teminat bakımından geçerli bulunup bulunmadığı meseleleri incelenmiştir. Ardından, teminat amacıyla alacağın devrinin benzer kurumlardan farklarına yer verilmiştir. Bu başlık altında, teminat amacıyla alacağın devri, ilk olarak alacak rehni ile karşılaştırılmış ve birbirine oldukça yakın olan bu iki teminat türünün kuruluşları, tarafları üzerinde meydana getirdikleri hak ve yükümlülükler ve özellikle paraya çevirme bakımından arz ettikleri özellikler ele alınmıştır. İlk bölümün son başlığı olarak, teminat amacıyla alacağın devrinin karşılaştırmalı hukuktaki görünümüne değinilmiştir. Bu kapsamda ele alınan hukuk sistemleri olan İsviçre ve Alman Hukuku'nda da teminat amacıyla alacağın devrine dair yasal bir düzenleme bulunmadığından konunun literatürdeki ele alınışı ve uygulamadaki önemi üzerinde durulmuştur. Bu başlık altında son olarak, alacağın devrini ele alan bazı *soft law* metinlerine ve bu metinlerde dikkat çeken düzenlemelere yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, teminat amacıyla alacağın devri kurumunun yapısı ve geçerliliği ele alınmıştır. Bir inançlı işlem olarak teminat amacıyla alacağın devri, bir borçlandırıcı işlem ve bir tasarruf işlemi olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak borçlandırıcı işlem niteliğindeki teminat anlaşması ele alınmıştır. Ardından tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devri sözleşmesine yer verilmiştir.

İkinci bölümün birinci kısmını oluşturan teminat anlaşması, ilk olarak alacağın devrinin hukuki sebebi olması itibariyle ve inançlı işlemlerin hukuki sebep teşkil etmesinin arz ettiği özellikler bakımından ele alınmıştır. Ardından, bu anlaşmanın hukuki niteliği değerlendirilmiş ve tarafları açıklanmıştır. İnançlı işlem olmasından kaynaklanan özellikler de dikkate alınarak, teminat anlaşmasının içerdiği temel unsurlara da yer verilmiştir. Yine bu başlık altında özellikle teminat anlaşmasının geçerliliği bakımından özellik arz eden hususlara da değinilmiştir. Teminat anlaşmasının, tüm inançlı işlemler gibi, dış ilişkide hiçbir etkisinin bulunmaması ve buna karşı ileri sürülen, gerek eski gerek modern doktrinindeki bazı görüşlere de yer verilmiştir. Konumuzu teşkil eden inançlı işlemin bir alacağın devrini ele alması itibariyle, bu görüşlerden alacağa uygun olmayanlara değinilmemiştir. Bu başlık altında son olarak, teminat anlaşmasında gerek teminat altına alınan gerek teminat olarak devri taahhüt edilen alacakların bireyselleştirilmesi zorunluluğu ve bunun

teminat anlaşması bakımından ne anlama geldiği meselesine yer verilmiş ve son olarak bu ikisi orasındaki aşırı oransızlık sorunu ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünün ikinci kısmında, alacağın devri aşamasına dair olan ve bu işlemin kurulması ve geçerliliğini ilgilendiren hususlar ele alınmıştır. Bu bağlamda, devrin sebepten soyut olup olmadığı, devir sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği için aranan unsurlar ve özellikle şekil ile devir yasaklarının etkisi açıklanmıştır. Son olarak, devrin konusu incelenmiş ve bu kısımda henüz doğmamış alacakların devri ile global (toplu) alacak devrinin devrin geçerliliği üzerine etkisine ve bunların hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Bu bağlamda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve İsviçre doktrinin konuya yaklaşımı çeşitli perspektiflerden ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde, teminat amacıyla alacağın devrinde tarafların hak ve yükümlülükleri incelenmektedir. Bu bölümde, teminat ilişkisi ile alacağın devrine dair hükümlerden kaynaklanan sonuçlar, birbiri ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda, ilk olarak devreden hukuki konumuna yer verilmiştir. Devreden hukuki konumu bakımından, onun devralana karşı yükümlülükleri alt başlıklar halinde ele alınmış ve teminat ilişkisi bakımından devreden aynı zamanda asıl borçlu olup olmamasına göre çeşitli ayrımlara yer verilmiştir. Üçüncü bölümün ikinci kısmında devralanın hukuki konumuna yer verilmiştir. Bu kapsamda, devralanın teminatın paraya çevrilmesinden önceki konumu, paraya çevirme sırasındaki hak ve yükümlülükleri ile teminat olarak devraldığı alacakları devredene iade yükümlülüğü ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünün üçüncü ve son kısmında, teminat amacıyla alacağın devrinin icra ve iflas hukuku bakımından sonuçları ile sınırlı bir biçimde konkordatonun teminat amacıyla alacağın devrinde arz ettiği özelliklere yer verilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak, devralanın iflası ve bu bağlamda temel olarak devreden teminat konusunu iflas masasından çıkarma hakkı bulunup bulunmadığı ele alınmıştır. Yine, iflas açıldığı anda teminat altına alınan alacağın durumu da dikkate alınarak diğer bazı hukuki sonuçlara değinilmiştir. Son olarak, devralanın alacaklılarının teminat konusu alacakları haczedip haczedemeyeceği tartışılmıştır. Ardından, devreden iflasının arz ettiği özelliklere yer verilmiştir. Bu bağlamda, devralanın iflasının teminat altına alınan alacak ile ilişkili olarak devreden nezdinde yaratabileceği olası sorunlara ve doktrinde ileri sürülen bazı çözüm önerilerine yer

verilmiştir. Yine teminat amacıyla alacağın devrinin tasarrufun iptali davasına konu edilmesi ihtimali ele alınmıştır.

Devreden ve devralanın iflasının hukuki sonuçlarına ek olarak, ayrı bir başlık altında, henüz doğmamış alacakların teminat amacıyla devredildiği hallerde devreden iflasının bu alacakların akıbeti bakımından ortaya çıkardığı hukuki sonuç ve tasarrufun iptali davasındaki süreler bakımından bu tür devirlerin arz ettiği özellik ele alınmıştır. Son olarak, konkordatonun teminat amacıyla alacağın devrinde arz ettiği bazı temel sonuçlar inceleme konusu yapılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT AMACIYLA ALACAĞIN DEVRİNE GENEL BAKIŞ

I. Konunun Tanıtımı

Teminat amacıyla alacağın devri, devreden belirlir bir alacağını veya alacaklarını, bir borcun teminat altına alınması amacıyla, teminat altına alınan alacağın alacaklısına devrettiği bir teminat türüdür. Teminat altına alınan borç, devredene ait olabileceği gibi üçüncü bir kimseye de ait olabilir.

Alacaklar devralanın malvarlığına teminat teşkil etmek üzere devredilmesine rağmen devralan devredilen alacak üzerinde bundan bağımsız olarak tam hak sahipliği konumunu elde etmektedir. Bu yönüyle teminat amacıyla alacağın devri bir inançlı işlem niteliğindedir. Öte yandan, bu inançlı işlem salt devralanın (inanılanın) menfaatlerine hizmet ettiğinden inançlı işlemin karma türüne aittir¹.

Tüm inançlı işlemler gibi, teminat amacıyla alacağın devri de yasada düzenlenmiş değildir. Ancak günümüz hukukunda bir inançlı işlemin geçerli olarak yapılabileceğinden şüphe duyulmamaktadır. Bu anlamda inançlı işlem kavramı, ne başlı başına muvazaa teşkil etmekte ne de kanuna karşı hile olarak yorumlanmaktadır². Ne var ki, inançlı işlemlerin yasada düzenlenmiyor olması bu hukuki işlemlere uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi bakımından halen güncelliğini koruyan bazı hukuki sorunlara ve tartışmalara neden olmaktadır.

¹ **Bergmaier, Hans**, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, Aarau, 1945, s. 30, 32; **Özsunay, Ergun**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul, 1968, s. 56-57; **Öztürk, Gülay**, İnançlı İşlemler, Ankara, 1998, s. 72.

² İnançlı işlemin muvazaa ve kanuna karşı hile kavramlarından ayırt edilmesi için ayrıca bkz. **Esener, Turhan**, “*Teminatı İstihdaf Eden Temlik Tasarruflar*”, AÜHFD, Y. 1952, C.9, S. 3, ss. 376-383, s. 377 vd; **Özsunay**, s. 82-83; s. 221 vd; **Öztürk**, s. 76 vd. Yine inançlı işlemlerin hukuk doktrinindeki gelişimi ve kabul edilmesi hakkında bkz. **Wiegand, Wolfgang**, “*Fiduziarische Sicherungsgeschäfte*” Zeitschrift des Bernischen Juristvereins, Band 116, Dezember, 1980, ss. 537-567, s. 538 vd.

Belirtmek gerekir ki, teminat amacıyla alacağın devri inançlı işlemlere ilişkin yapılan pek çok tartışmanın odağında yer almamaktadır. Zira bu sorunların pek çoğu, konusunu taşınmazların ve yer yer taşınır eşyaların oluşturduğu inançlı işlemlere ilişkindir. Ancak teminat amacıyla alacağın devrinde inançlı işlemin konusunu bir alacak oluşturmaktadır. Bu inançlı işlemin tasarruf işlemi ayağını teşkil eden devir anlaşması bakımından da herhangi bir kamuya açıklık özelliği söz konusu olmadığından, konusunu eşyaların teşkil ettiği inançlı işlemlere ilişkin bazı temel sorunlara konumuz bakımından yer bulunmamaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda inançlı işlemlere ilişkin açıklamalara ayrı bölüm veya başlıklar altında yer verilmeyecektir. Yalnızca yeri geldikçe bu kavramın konumuzu ilgilendiren tartışmalarına, teminat amacıyla alacağın devri odağında yer verilecektir.

Çalışmamız, bir alacağın inançlı işleme konu edilmesinin ötesinde alacakların bir teminat unsuru olarak kullanılması nedeniyle de özellik arz etmektedir. Zira klasik bir (nesnel) teminat anlayışının ötesinde, burada teminat olarak verilen şey, bir eşya değil cismani varlığı bulunmayan bir alacaktan ibarettir. Belirtmek gerekir ki, alacakların bir malvarlığı değeri olarak hukuki işlemlere konu edilmesi de esasen çok köklü bir geçmişe sahip değildir. Söz gelimi, Roma Hukuku'nda alacağın devri kurumuna rastlamak mümkün değildir³. Alacağın devrine benzer benzer bir sonuca ulaşmaya yönelik olarak, Roma Hukuku'nda iki farklı kurumdan söz edilmektedir. Bunlardan ilki, yenileme; diğeri ise temsilciye borçludan ifa ve borçluyu ifaya zorlamak üzere dava açma yetkilerinin verilmesiydi⁴. Hal böyle olunca, cismani olmayan şeylerin teminat olarak verilmesi ve genel itibarıyla alacağın tedavül kabiliyeti bulunan bir malvarlığı değeri olarak kabul edilmesi, hukuk düzeninde sonradan yerleşmiş bir olgudur.

³ **Franko, Nisim**, “Alacağın Temliki” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 1994, C. 49, S. 1, ss. 177-197, s. 178.

⁴ **Kötz, Hein**, Europäisches Vertragsrecht, Europäisches Vertragsrecht, 2. aktualisierte und vervollständigte Auflage, Mohr Siebeck, 2015, s. 495-496; **von Tuhr, Andreas** (çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Ankara, 1983, s. 825; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2024, N. 1657; **Ozanemre-Yayla, H. Tolunay**, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği), Ankara, 2019, s. 43,44; **Arsebük, Esat**, Borçlar Hukuku, Ankara, 1950, s. 1044.

Teminat amacıyla alacağın devri, cismani olmayan şeylerin teminat olarak verilmesi yönüyle alacak rehni kurumu ile benzeşmekte ve teminat türleri arasında en çok bu kuruma yaklaşmaktadır. Ancak alacak rehninin bir rehin türü olmasından kaynaklanan birtakım dezavantajlar, teminat amacıyla alacağın devrinde bulunmadığından ve bu teminat özellikle teminat alan bakımından daha avantajlı olduğundan bugün uygulamada teminat amacıyla alacağın devrinin neredeyse alacak rehninin uygulama alanını işgal ettiği söylenebilir⁵.

Uygulamadaki bu kullanım sıklığına rağmen, özellikle doktrinde teminat amacıyla alacağın devrinin güncel bir biçimde ele alındığını söylemek güçtür. Zira teminat amacıyla yapılan inançlı işlemler, rehin ile benzerliklerine istinaden, hukuk sahnesine çıktıkları günden itibaren uzun yıllar boyunca rehinden tam olarak ayırt edilememiştir. Bu kapsamda, teminat amaçlı inançlı işlemlere çoğunlukla kıyasen rehin işlemlerinin uygulanacağı yönünde bir kanaat geliştirilmiştir. Kanımızca bu kanının arkasında yatan neden, inançlı işlemlerin rehin hükümlerinin dolanılması yoluyla kanuna karşı hile teşkil edebileceği kaygısıdır.

Ancak günümüzde teminat amaçlı inançlı işlemler, ayrı birer teminat aracı olarak varlığını kabul ettirmiş ve bu kaygılarla inançlı işlemlere rehin hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki bakış açısı güncelliğini kaybetmiştir. Bundan yola çıkarak, biz çalışmamızda teminat amacıyla alacağın devrine ilişkin pek çok hukuki sorunda, rehin hükümlerine başvurma ne mümkün ne de yerinde olacağı kanısını taşımaktayız⁶. Teminat amacıyla alacağın devrinin, bir tez konusu olarak güncel bir biçimde ele alınması gerekliliğinin altında yatan neden de kanımızca rehin hükümlerine dayalı arkaik bakış açısının terk edilmesi gerekliliğidir.

Teminat amacıyla alacağın devrinin uygulamadaki en yaygın görünümünü banka kredileri oluşturmaktadır. Banka çoğu zaman, bir kredi ilişkisinden doğan kredinin bankaya geri ödenmesi borcunun teminatı olarak, kredi alanın belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş ve doğacak alacaklarını devralmaktadır. Bu çerçevede, teminat amacıyla alacağın devri ile en az üç köşeli bir hukuki ilişki meydana gelmektedir. Bu üç köşeyi, teminat altına alınan alacağın borçlusu (devreden) ile

⁵ Bu bakımdan mevduat rehni istisna görülebilir. Zira mevduat rehninde banka kendisinin borçlusu olduğu mevdurat alacaklarını rehin olarak alabilmektedir. Bkz. **Taşkın, Zeynep Damla**, Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni, İstanbul, 2023, s. 1.

⁶ Zira bu bakımdan kanımızca taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve onların rehin kurma imkanı varken inançlı işlem yolunu tercih etmelerinin arkasında yatan nedenler göz ardı edilmemelidir.

alacaklısı (devralan) ve teminat olarak verilen alacağın borçlusu teşkil etmektedir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, teminat amacıyla alacağın devrinde teminat verenin her zaman teminat altına alınan asıl alacağın borçlusu olması zorunlu değildir. Dolayısıyla, bir üçüncü kişinin de başkasının borcu için teminat vermesi mümkündür. Bu durumda ortaya dört süjesi bulunan bir hukuki ilişki çıkacağına şüphe yoktur.

Doktrinde, teminat amacıyla alacağın devrinin çeşitli türlerde yapılabileceği kabul edilmektedir⁷. Kanımızca bunlar teminat amacıyla alacağın devrinin türlerinden çok, uygulamadaki görünüm şekillerini teşkil etmektedir. Bu görünüm şekillerinden biri de “*garanti benzeri teminat amacıyla alacağın devri*” olarak karşımıza çıkmaktadır⁸. Burada “*garanti benzeri*” ifadesinden kasıt, teminatın, bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin ötesinde ve onun varlığından bağımsız olarak garanti edildiği hallerdir.

Şüphesiz ki, tarafların teminat anlaşması ile bu fonksiyon üzerinde anlaşmalarına bir engel yoktur. Ancak taraflar bu konuda özel olarak anlaşmadıkları sürece, teminat amacıyla alacağın devrinde garanti benzeri bir fonksiyondan söz etmek mümkün değildir.

Teminat amacıyla alacağın devrinin yapısına da değinmek gerekirse, bu teminatın kurulabilmesi, devreden ve devralan arasındaki bir teminat (inanç) anlaşması ile alacağın devri sözleşmesinden oluşmaktadır. Çalışmamızın devamında da ele alacağımız üzere, teminat anlaşması (*Sicherungsabrede*), devir anlaşmasının hukuki sebebinin ve dolayısıyla borçlandırıci işlem basamağını oluşturmaktadır. Alacağın devri sözleşmesi ise alacağın devralana geçmesini sağlayan tasarruf işlemidir. Tüm bu yapı, arz ettiği özellikler ve bu yapıdan doğan hak ve yükümlülükler, çalışmamızın devamında ele alınacaktır.

Bu başlık altında son olarak belirtmek gerekir ki, çalışmamız kapsamında kıymetli evraka bağlanmış alacakların teminat amacıyla devrine yer verilmeyecektir. Zira bu alacakların rehni de senedin teslimi zorunluluğu itibariyle adi alacakların rehninden büyük ölçüde farklılaşmaktadır. Kıymetli evraka bağlı alacakların teminat amacıyla devri de bu bakımdan adi alacakların devrinden tamamen farklı özellikler

⁷ Reetz, Peter, Sicherungszession von Forderungen, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, §2, N. 26 vd.

⁸ Reetz, Diss., §2, N. 27.

arz etmektedir⁹. Zira kıymetli evrakta devredilen şey cismani bir özellik kazanmakta ve teminat olarak devredilen şey aynı zamanda kıymetli evrakın zilyetliğini de kapsamaktadır. Bu itibarla teminat amacıyla alacağın devri için yaptığımız tespitlerin pek çoğu kıymetli evrakın teminat amacıyla devri ile bağdaşmamaktadır¹⁰.

II. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinin Teminat Olarak Arz Ettiği Özellikler

Teminat hukuku sistemimiz, teminatları çeşitli kategoriler altında ele almaktadır. Bu bakımdan teminat amacıyla gerçekleştirilen alacağın devrinin de bu kategorilerden hangisine dahil olduğu ve bu kapsamda arz ettiği özelliklerin belirlenmesi gerekmektedir. Teminatları sınıflandırmak bakımından öngörülen kategoriler temel olarak, nesnel (ayni) ve kişisel (şahsi) teminatlar; bağımlı (fer'i) ve bağımsız teminatlar ile teminatta talilik özelliği bulunup bulunmadığına göre yapılan ayırım şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Teminat amacıyla alacağın devrinin bu ayrımlar bakımından arz ettiği özellikler aşağıda ele alınacaktır.

A. Nesnel ve Kişisel (Ayni ve Şahsi) Teminat Ayrımı Bakımından

Nesnel (ayni) ve kişisel (şahsi) teminatları kategorize etmek bakımından dikkate alınan kriterler ve bu teminatlar arasında teminat amacıyla alacağın devrinin konumu doktrinde tartışmalıdır¹¹. Nesnel teminat, belirli bir malvarlığı değerinin paraya çevrilmesi yoluyla alacaklının tatmin edilmesini sağlayan teminat türüdür. Bu değer borçluya veya üçüncü bir kişiye ait olabilir. Nesnel teminatları, kişisel teminatlardan ayıran en önemli özellik, teminat verenin yalnızca “nesne ile sorumlu” olması; teminat konusu nesnenin paraya çevrilmesi ve bundan elde edilen değer alacaklıyı tamamen tatmin etmemesi halinde teminat verenin kişisel sorumluluğuna

⁹ Kıymetli evrakların rehni bakımından en sık karşılaşılan ihtimal, kambiyo senetleri söz konusu olduğunda rehin kurmanın yolu olarak yasada düzenlenen rehin cirosudur. Rehin cirosu, TTK m. 689 ve TMK m. 956 f. 2 hükümlerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Doktrinde, TMK m. 956 f. 2’de düzenlenen rehin cirosunun gizli rehin cirosu olduğu kabul edilmektedir. Zira bu rehin cirosunda senet üzerinden rehin amacı anlaşılamamaktadır. Ancak yine de bu durumda rehin alanın kıymetli evrakın mülkiyetini kazanmadığı onun üzerinde yalnızca rehin hakkı sahibi olduğu kabul edilmektedir. Teminat amacıyla kıymetli evrakın devrinde ise teminat verme amacı korunmakla birlikte devralan kıymetli evrakın maliki konumuna gelmektedir. Bkz. **Develi, Emine**, “*Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu*” Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Aralık 2016, ss. 79-102, s. 82 vd.

¹⁰ En temel farklılık, kanımızca cismani olma unsuruna ilişkin olmakla birlikte devralanın borçlu ile ilişkisinde ileri sürebileceği savunmaların kapsamı ve niteliği ve yine bu kapsamda borçlunun TBK m. 186 gereğince borçtan kurtarıcı etki ile devredene ifada bulunmasının kıymetli evraka bağlı alacaklar bakımından mümkün olmaması da önemli farklılıklardandır.

¹¹ Bu teminat türlerinden hangisinin daha avantajlı olduğu konusunda bugün ayni teminatlar üstün tutulsa da Roma Hukuku’nda ayni teminatların şahsi teminatlara göre pek çok dezavantajı olduğu yönünde bkz. **Erdoğan, Belgin**, “*Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış*” Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan Cilt 1, İstanbul, 1982, ss. 255-274, s. 256 vd.

gidilememesidir. Ne var ki, bu durum ancak üçüncü kişiler tarafından verilen nesnel teminatlarda kendini göstermektedir. Doğaldır ki, nesnel teminatı veren borçlunun kendisi olduğunda onun kişisel sorumluluğu, esas borcu ifa etmemiş olması nedeniyle bakidir. Dolayısıyla nesnel teminatların, kişisel sorumluluğu önleyici özelliği, yalnızca üçüncü kişiler tarafından verilen nesnel teminatlarda söz konusudur¹². Kişisel teminatlar ise teminata başvurulduğu hallerde teminat verenin haczi mümkün tüm varlığı ile sorumlu tutulduğu teminatlardır. Bu bakımdan ayırt edici olan, şahsi teminatın ancak borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından sağlanmasının mümkün olması; borçlunun kendi borcunu garanti etmesinin teknik anlamda bir şahsi teminat yaratmamasıdır¹³.

Nesnel ve kişisel teminat ayrımı bakımından, nesnel teminatların aynı haklardan ibaret olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, bir teminatın nesnel teminat özelliği taşıyabilmesi için teminat teşkil eden hakkın aynı hak niteliğinde de bulunması gerekir¹⁴. Teminat amacıyla alacağın devrinde de teminat alan alacak hakkı niteliğindeki bir şahsi hakka sahip olduğundan bu teminatı nesnel teminat olarak nitelendirmek mümkün değildir¹⁵. Bu görüşe göre, teminat amacıyla alacağın devri ne kişisel ne nesnel teminat kategorisine aittir ve diğer teminatlar şeklindeki üçüncü bir kategoriye ait kabul edilmelidir¹⁶.

¹² Bkz. **Kuntalp, Erden**, “*Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, ss. 263-299, s. 280 vd.

¹³ Bkz. **Kuntalp**, Teminat Türleri, s. 287. Ancak şahsi teminatları geniş anlamda ele alarak bir kimsenin kendi borcu için de şahsi teminat verebileceği görüşünde bkz. **Çetiner, Bilgehan**, “*Teminat Hukukunun Genel Esasları*”, Teminat Hukuku (Ed. Bilgehan Çetiner/Abdullah Furkan Korkmaz), Ankara, 2023, ss. 45-110, s. 48. Bu bakımdan bir kimsenin kendi borcu için şahsi teminat verebileceğini ifade eden ve buna örnek olarak borçlunun mevcut bir borcu için bono vermesini örnek gösteren yazar için bkz. **Davran, Bülent**, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 3.

¹⁴ **Aydıncık, Şirin**, “*Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın teminat Amacıyla Temlik*”, İÜHFM, C. LXIV, S. 1, ss. 131-194, s. 143-144; **Aral, Fahrettin**, “*Topyekün Temlik*”, AÜHFD, Y.1992, C.42, S.1, ss. 93-140, s. 96; **Yüksel-Orhun, Mercan**, Teminat Amacıyla Alacağın Devri, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017, s. 193-194; **Barlas, Nami** “*Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri*”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul, 2003, ss. 569-588, s. 570; **Davran**, s. 3. Ancak bu yazarlardan **Davran**, alacak rehnini ve teminat amacıyla devri de aynı teminatlar arasında saymaktadır. Bkz. **Davran**, s. 4.

¹⁵ **Aydıncık**, s. 143-144; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 193-194.

¹⁶ **Aydıncık**, s. 144; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 193-194; **Aral**, s. 96. Benzer yönde bkz. **Şafak, Ali**, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Teminat Amacıyla Alacağın Temlik, Ankara, 2017, s. 73. Kendine özgü teminat görüşünü kabul etmekle birlikte gerekçe olarak aynı teminat için aynı hak bulunması gerektiği görüşüne haklı olarak karşı çıkan görüş için ayrıca bkz. **Turan-Fühner, Ezgi**, Alacağın Teminat Amaçlı Temlik, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016, s. 50 vd. Ancak bu yazarın gerekçesi de kanımızca tatmin edici değildir. Zira yazar teminat amacıyla alacağın devrinde üçüncü kişi borçlunun sınırlı sorumluluğundan bahsetmektedir. Bkz. **Turan-Fühner**, s. 47. Oysa bu bakımdan üçüncü kişi borçlunun kefinden veya garanti verenden pek de farklı olduğu söylenemez. Yazarın kendine özgü

Doktrinde hakim olan görüşe göre¹⁷ ise teminat amacıyla alacağın devri de diğer teminat amaçlı inançlı işlemler gibi nesnel teminatlardandır. Bu görüş, diğer inançlı işlemlerde mülkiyet hakkı söz konusu iken teminat amaçlı alacak devrinde şahsi hakkın söz konusu olmasının bu ayırım bakımından bir önem arz etmediği kanaatindedir.

Kanımızca da teminat amacıyla alacağın devrinde teminat teşkil eden hakkın aynı hak olmaması, tek başına bu teminatı nesnel teminat olmaktan çıkarmaz. Ancak teminat amacıyla alacağın devrinin diğer nesnel teminatlardan farklı birtakım özellikler taşıdığını da ifade etmek gerekir¹⁸. Bu teminat türünde teminat, kişisel teminatlarda olduğu gibi, üçüncü kişiye karşı (kefil, garantör, 3. kişi borçlu) ileri sürülebilecek bir alacak hakkından ibarettir¹⁹. Teminat alan, bu alacağı elde edebilmek için borçlunun haczi kabil tüm varlığına başvurabilir ve teminat üçüncü bir kişinin ödeme gücüne bağlıdır²⁰. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devri, bu açılardan şahsi teminatlara yaklaşmaktadır. Ancak aynı zamanda burada teminat veren, alacağı devredendir ve bu kimse çoğunlukla aynı zamanda uğruna teminat verilen esas borcun da borçlusudur. Oysa şahsi teminatlarda kural, bir kimsenin kendi borcu için şahsi teminat vermesinin mümkün olmadığıdır. Gerçi bu durum teminat amacıyla alacağın devrinin yapısından kaynaklanmaktadır²¹. Her ne kadar

teminat görüşüne gösterdiği gerekçe, teminat alanın alacak üzerinde doğrudan etki etme imkanına sahip olmasıdır. Buna göre, teminat amacıyla alacağın devrini aynı teminatlardan farklılaştıran tek husus budur. Bkz. **Turan-Fühner**, s. 51-52. Kanımızca eğer bu gerekçe kabul edilecek olursa mülkiyet hakkını konu alan inançlı işlemler; hatta rehin alana tahsil yetkisi verilen alacak rehni de aynı teminat kategorisinden çıkarılmalıdır.

¹⁷ **Kuntalp**, Teminat Türleri, s. 283; **Özen, Burak**, Kefalet Sözleşmesi İstanbul, 2017, s. 2; **Ayan, Serkan**, Kefalet Sözleşmesi, Ankara, 2018, s. 12; **Çetiner**, Esaslar, s.49; **Akkanat-Öztürk, Elif Beyza**, “Alacağın Teminaten Devri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2021, C. 79, S. 1, ss. 1-26, s. 5, dn. 10.

¹⁸ Bu bakımdan *Kleyling*, teminat alanın devraldığı alacağın borçlusunun ona karşı ileri sürebileceği defilere maruz kalabilecek olmasını ve iyi niyet korumasının alacak devirleri bakımından çok sınırlı olmasını gerekçe göstererek teminat amacıyla alacağın devrinin nesnel teminatlara göre teminat alan bakımından dezavantaj yarattığını ifade etmektedir. Yazara göre burada nesnel teminatlara ifade etmek üzere kullanılan “*real teminat*” terimi de aynı teminatlara ilişkilendirildiği için bu isimlendirmeden kaçınılması gerekir. Bkz. **Kleyling, Thomas F.**, Zession- Unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession- und Forderungsverpfändung als Mittel Zur Sicherung von Krediten, Basel, 1979, s. 3.

¹⁹ Teminat amacıyla alacağın devri ve şahsi teminatlar arasındaki benzerliğin, her ikisinde de alacaklının borçluya duyduğu güvenin esaslı bir rol oynaması olduğu yönünde bkz. **Kleyling**, s. 3.

²⁰ Her ne kadar burada devredilen alacağın borçlusu teknik anlamıyla teminat veren değilse de teminata başvurulması, onun malvarlığına başvurulması anlamına gelmektedir.

²¹ Teminat amacıyla alacağın devrinde borçlu bakımından zaten var olan bir borç söz konusu iken kişisel teminatlarda kefil veya garantör için yeni bir borç yaratılmaktadır. Bu farkın doğal bir sonucu olarak da kişisel teminatlarda kefil veya garantör teminatı ortaya çıkaran hukuki ilişkinin tarafı olurken teminat amacıyla alacağın devrinde borçlu bu hukuki ilişkinin tarafı olmaz. Hatta bu ilişki ondan habersiz dahi kurulabilir. İşte bu nedenle, kişisel teminatlarda teminat veren şüpheye düşmeksizin bir üçüncü kişi olarak kabul edilirken; teminat amacıyla alacağın devrinde teminat

teminat veren esas borçlu olsa da teminatın yerine getirilmesinde başvuru alan esas borçlunun kendisi değil; teminat olarak devredilen alacağın borçlusudur. Şahsi teminatlara özgü olan “*teminatın ancak borçlu dışında bir başkası tarafından verilebileceği*” ilkesi de esasen teminatın borçlu dışında bir üçüncü kişinin malvarlığından karşılanması gerektiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla burada tam olarak kendi borcunu garanti etme söz konusu değildir. Ancak yine de teminat amacıyla alacağın devrinin bir şahsi teminat olduğundan söz edilemez. Zira teminat alan teminata başvurduğunda, devredilen alacağın borçlusunu ifaya zorlamak ve alacağı tahsil etmek yerine bu alacağı paraya çevirmek; söz gelimi onu bir başkasına satıp devretmek yolunu da tercih edebilir. Bu şekilde teminatı üçüncü bir kişinin ödeme gücüne bağlı olmaktan belli ölçüde kurtarma imkânına sahiptir. Üstelik bunun için, alacak rehnindeki gibi, taraflar arasında bir paraya çevirme anlaşması yapılması da gerekli değildir. Bu durumda da teminat amacıyla alacağın devrinin nesnel teminatlara daha çok yaklaştığı kabul edilmelidir.

Öte yandan, bir teminatı ne nesnel ne de kişisel teminat kategorisine dahil olmayacak şekilde kendine özgü bir nitelikte kabul etmek, yasa koyucunun nesnel ve kişisel teminatları dikkate alarak getirdiği çeşitli düzenlemeler bakımından sakıncalar doğurmaya elverişlidir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, kanımızca teminat amacıyla alacağın devri nesnel teminat kategorisine dahil kabul edilmelidir.

B. Bağımlı (Fer’i) ve Bağımsız Teminat Ayrımı Bakımından

Teminatın bağımlı ya da bağımsız oluşu, onun teminat altına alınan asıl alacak ile ilişkisine bakılarak belirlenir. Asıl alacak ile kader birliği içinde bulunan teminatlar bağımlı (*fer’i*) teminatlar olarak sınıflandırılır. Bağımlı teminatlar, asıl alacağın mevcut olmaması veya geçersiz olması halinde hiç kurulmamış olur; asıl alacağın bir başkasına geçmesi halinde kural olarak teminat da asıl alacağı takip eder ve nihayet asıl alacağın sona ermesi halinde teminat da kendiliğinden sona erer²². Tüm bu sonuçların ortaya çıkması için tarafların aralarında ayrıca anlaşmış bulunmaları gerekmez.

fonksiyonu bir üçüncü kişi tarafından sağlansa da teminat veren, (çoğunlukla) alacağı devreden esas borçludur.

²² Teminat amacıyla alacağın devrinde fer’iliği son iki yönden inceleyen ve bu özelliklerin teminat amacıyla alacağın devrinde bulunmadığını belirten görüş için bkz. **Reetz, Peter/Burri, Christof**, OR Art. 164-183, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), 3. Auflage, 2016, Art., 164, N. 65.

Bağımsız teminatlar ise teminat altına alınan alacağın varlığına ve geçerliliğine bağlı olmadığı gibi teminat altına alınan alacağı takip etmez ve onun sona ermesi halinde kendiliğinden sona ermez. Teminat amacıyla alacağın devri de teminat altına alınan alacaktan bağımsız bir nitelik arz eder²³. Bu bakımdan teminat altına alınan alacağın var olmaması, bir başkasına devri veya sona ermesi hallerinin devir işlemi üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Teminat altına alınan alacağın en baştan hiç var olmaması ve söz gelimi ifa yolu ile sona ermesi hallerinde, ileride değineceğimiz üzere²⁴, yalnızca devralanın teminat olarak devraldığı alacağı devredene iade yükümlülüğü doğar²⁵. Dolayısıyla bu durumda alacağın devredenden devralana hiç geçmemiş sayılması veya kendiliğinden devredene geri dönmesi söz konusu değildir. Bu nedenle teminat amacıyla alacağın devrinde bağımlılık özelliği bulunduğundan söz edilemez.

Ancak teminat alan ile teminat verenin aralarında yapacakları anlaşma ile bağımlı teminatlara ait bazı özellikleri teminat amacıyla alacağın devri bakımından da ortaya çıkarmaları söz konusu olabilir. Söz gelimi, taraflar alacağın devri işlemini, teminat altına alınan alacağın varlığı koşuluna bağlayabilir veya teminat amacıyla yaptıkları alacağın devrini aralarında yapacakları bir anlaşma ile sebebe bağlı hale getirerek teminat altına alınan alacak ile devir anlaşmasının bağlantısını

²³ **Walter, Hans Peter**, “Die Sicherungszession im schweizerischen Recht”, Mobiliarsicherheiten Sicherungszession und –übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht (Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Wiegand), Stämpfli Verlag AG Bern, 1998, ss. 43-74, s. 60; **Zobl, Dieter/Thurnherr, Christoph**, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, BK Berner Kommentar, Band IV/2/5/1, (Hrsg: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Stämpfli, 3. Auflage, 2010, N. 1555; **Kieninger, Eva Maria**, § 399-413 BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II: §§ 311-432, (Hrsg: Wolfgang Krüger), 9. Auflage, 2022, BGB §398, N. 108; **Mühl, Otto**, “Sicherungsübereignung, Sicherungsabrede und Sicherungszweck”, Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag (Herausgeber: Ulrich Huber/Erik Jayme), Heidelberg, 1992, ss. 285-296, s. 289; **Schmidt, Karsten**, “Zur Akzessorietätsdiskussion bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung”, Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag (Herausgeber: Ulrich Huber/Erik Jayme), Heidelberg, 1992, ss. 329-350, s. 331; **Çetiner, Esaslar**, s. 50-51; **Şafak, İnançlı**, s. 75; **Turan-Fühner**, s.52 vd; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 195; **Aydıncık**, s. 144; **Aral**, s. 98. Avusturya hukuku bakımından da ağırlıklı olarak doktrinde teminat amacıyla alacağın devrinin *fer’i* nitelikte olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Geroldinger, Andreas/ Lukas, Meinhard**, “Sicherungszession: ergänzende Vertragsauslegung und (Ersatz-)Akzessorietät” Juristische Blätter, Vol.142 (10), 2020, ss.697-712, s. 707.

²⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, C.

²⁵ Yalnızca iade borcunun doğması, *fer’ilik* özelliğinin bulunduğu anlamına gelmez. Bkz. **Kahveci, Zeynep Ülkü**, “Alacağın Teminat Amaçlı İnançlı Devri”, Teminat Hukuku (Ed. Bilgehan Çetiner/Abdullah Furkan Korkmaz), Ankara, 2023, ss. 661-692, s. 674. Öte yandan asıl borcun sona ermesi sonucunda iade borcunun doğmasının *fer’ilik* olarak nitelendirilmesi ya da bunun reddedilmesinin yalnızca teorik bir önemi olduğu, ortaya çıkan hukuki sonucu değiştirmeyeceği yönünde bkz. **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 66.

güçlendirebilirler²⁶. Ne var ki bu durumda gerçek anlamıyla fer'ilikten söz edilemez²⁷. Zira teminat amacıyla alacağın devri de dahil olmak üzere teminat amaçlı inançlı işlemler bakımından sözleşme ile yaratılan bu özellik, yalnızca teminat altına alınan alacağın en baştan hiç var olmaması (veya geçersiz olması) ile sona ermesi hallerinde bunun teminat olarak devredilen alacağa (veya hakka) etkisi ile ilgilidir (*Ersatzakzessorität*). Oysa fer'ilik çok daha geniş kapsamlı bir kavramdır²⁸.

Tarafların bağımlı teminatlarda bulunan bazı özellikleri sözleşme ile kararlaştırarak ortaya çıkarmaları için teminat altına alınan alacağın varlığı ve geçerliliği ile tasarruf işlemi niteliğindeki devir anlaşması arasında bir bağlantı kurmaları gerekir. Bu bakımdan ilk akla gelen, tarafların devir anlaşmasını teminat altına alınan alacağın varlığı ve geçerliliği koşuluna bağlı olarak yapmalarıdır²⁹. Tarafların böyle bir koşul kararlaştırıp kararlaştırmadıkları ancak adi yazılı şekle tabi³⁰ devir anlaşmasının yorumlanması ile saptanabilir. Belirtmek gerekir ki, her teminat amaçlı alacağın devrinde tasarruf işlemini bu koşula bağlı kabul etmek mümkün olmadığı gibi böyle bir koşulun varlığı için güçlü emarelerin bulunması şarttır. Öte yandan özellikle teminat altına alınan alacağı doğuran kredi ilişkisinin niteliği de tarafların ortak iradesinin bu yönde olmadığı sonucuna varılmasına neden olabilir³¹.

Teminat altına alınan alacak ile devir anlaşması arasında bağlantı kurmak bakımından Avusturya hukukunda ileri sürülen ve azınlıkta kalan bir görüş ise Alman hukukunda yer alan ve teminat amacıyla alacağın devrinde mümkün olduğunca varsayılması önerilen örtülü koşul (*stillschweigende Bedingung*) yerine

²⁶ İleride bkz. İkinci Bölüm, I, F, 3.

²⁷ Fer'iliği tarafların sözleşme ile kararlaştıramayacakları; ancak onun yerini alabilecek çözümler bakımından koşul kararlaştırabilecekleri yönünde bkz. **Çetiner**, Esaslar, s. 52-53.

²⁸ **Schmidt**, s. 331, 333.

²⁹ Alman hukukunda fer'iliğe benzer sonuçlar doğuracak bu türden kararlaştırmaları koşul kavramı ile açıklama eğilimi hakimdir. Böyle bir koşulun her teminat veya devir anlaşmasına içkin olup olmadığı sözleşmenin yorumlanması ile ortaya çıkarılmaktadır. Bu bakımdan Alman hukukundaki temel tartışma noktası, her teminat amaçlı devirde başkaca hiçbir emare aramaksızın böyle bir koşulun varlığını kabul etmenin mümkün olup olmadığıdır. Bu konuda bkz. **Schmidt**, s. 333, 336 vd, 342 vd.

³⁰ Devir anlaşmasının koşula bağlı olarak yapılması, devrin geçerliliği bakımından adi yazılı şeklin öngörüldüğü Türk/İsviçre hukukunda bu koşulun da adi yazılı şekle yansımış olmasını zorunlu kılar. Bu bakımdan Alman hukukundaki durumun aksine her teminat amaçlı alacağın devrinde tasarruf işleminin koşula bağlandığını varsaymak mümkün değildir. İleride bkz. İkinci Bölüm, I, F.

³¹ Bu konuda detaylı açıklamalar için ileride bkz. İkinci Bölüm, I, F, 3.

başka bir hukuki dayanak göstermektedir³². Bu görüş, borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşmasının (*Sicherungsabrede*) içerik olarak teminat altına alınan alacağa bağlı olduğu ve teminat altına alınan borcun en baştan var olmadığı veya ifa vb. yollar ile ortadan kalktığı hallerde teminat anlaşmasının da geçersiz olacağını kabul etmektedir. Söz konusu hukuk sisteminde alacağın devrinin sebebe bağlı olduğu da kabul edildiğinden bu durum tasarruf işlemi olan devir anlaşmasının geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Böylece teminat altına alınan alacağın varlığı ve ortadan kalkması, teminat üzerinde de *ipso iure* bir etki gösterecek ve alacak kendiliğinden devredene dönmüş (veya devralana hiç geçmemiş) olacaktır³³. İleride de açıklayacağımız üzere, biz alacağın devrinin sebepten soyut olduğu görüşüne katılmaktayız. Dolayısıyla kanımızca teminat altına alınan alacağın var olmaması veya sona ermesi ile teminat amacı çöktüğünden hukuki sebebin de geçersiz olacağı veya ortadan kalkacağı kabul edilebilirse bile tasarruf işlemi niteliğindeki devir anlaşmasının bundan etkilenmesi söz konusu olmaz.

Son olarak, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, tarafların sözleşme ile yaratabilecekleri bağımlılık, bağımlı teminatların tüm özelliklerini kapsamaz. Bu bakımdan *fer'iliğin* bir diğer sonucu olan “*teminatın asıl alacağı takip etmesi*” prensibinin inanan ve inanılan tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümle sağlanması mümkün değildir. Böyle bir sözleşme klozu ile teminat olarak devredilen alacağın asıl alacakla birlikte kendiliğinden yeni devralana geçmesini sağlanamaz. Bunun için mutlaka yeni devreden ile yeni devralan arasında yeni bir devir anlaşması yapılması gerekir³⁴. Dolayısıyla burada *fer'ilikten* söz edilemez. Diğer yandan, devralanın teminat olarak devraldığı alacağı “paraya çevirme olayının” (*Verwertungsfall*) henüz gerçekleşmediği bir aşamada bir başkasına devretmesi, ilk devreden ile arasındaki teminat (inanç) anlaşmasının da ihlali anlamına gelecektir.

³² Avusturya hukukunda genel olarak böyle bir koşulun mevcudiyetine –koşul açıkça kararlaştırılmadığı sürece- pek sıcak bakılmamaktadır. Bkz. **Geroldinger/Lukas**, s. 708.

³³ Bu görüşte bkz. **Koziol, Helmut**, “*Sicherungssektion und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht*” *Mobiliarsicherheiten Sicherungssektion und –übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht* (Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Wiegand), Stämpfli Verlag AG Bern, 1998, ss. 19-42, s. 30. Ancak ağırlıklı görüş, teminat amacıyla alacağın devri bakımından bu görüşe karşı çıkmakta ve bu görüşün yalnızca teminat altına alınan borcun en baştan var olmadığı teminat amacıyla mülkiyet devirlerine özgü olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Geroldinger/Lukas**, s. 707.

³⁴ Öte yandan, bu durum tek başına en başta teminat olarak verilmiş olan alacağın üçüncü kişi bakımından da ona devredilen asıl alacağın teminatı olduğu anlamına gelmez. Bunun için ilk devralan ile ikinci devralanın, tıpkı asıl borçlu olmayan üçüncü kişilerce verilen teminatlarda olduğu gibi, bu alacağın ilk alacağın teminatı olmak üzere devrolunduğu üzerine anlaşmış; eş deyişle, ikinci bir teminat (inanç) anlaşması kurmuş olmaları gerekir.

C. Talilik Özelliği Bakımından

Teminatlar arasında yapılan bir diğer ayrım da teminatın ikincil (tali) bir nitelik taşıyıp taşımadığına göre belirlenir. İkincil nitelikteki teminatlarda asıl borç için bu borcun borçlusuna başvurulmadan teminata başvurulması mümkün değildir.

Teminat amacıyla alacağın devri bakımından teminatın ikincil nitelikte olduğundan ve önce asıl borca başvurulması zorunluluğundan söz edilemez. Zira teminat olarak devredilen alacağın borçlusunun devralana karşı böyle bir savunma ileri sürerek teminat teşkil eden alacağı ifadan kaçınması mümkün değildir. Devralan esas borçluya (devredene) hiç başvurmaksızın teminat teşkil eden alacağı elde etmek için harekete geçebilir ve alacağın kendisine ifasını sağlayabilir. Eğer asıl borcun tarafları arasında “*esas borç için borçluya başvurulmadan teminata başvurulamayacağı*” yönünde bir hüküm kararlaştırılmışsa da devralanın aksi yöndeki bir davranışı ancak taraflar arasındaki teminat anlaşmasından doğan yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir ve devredenin teminata başvurmasına engel teşkil etmez. Zira bunu engellemenin tek yolu, teminat olarak devredilen alacağın borçlusunun bu yönde bir savunma yapma imkânı bulunmasıdır. Oysa üçüncü kişi borçlu, devreden ve devralan arasındaki teminat anlaşmasından doğan savunmaları devralana karşı ileri süremez.

III. Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi

A. Alacak Rehni

Alacak rehni, “alacakların ve diğer hakların rehni” başlığı altında TMK’nın 954 ila 961. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Alacak rehnine ilişkin olarak doktrinde en çok tartışılan hususlardan biri, bu hakkın hukuki niteliğidir. Doktrinde bir görüş³⁵, alacak rehni mutlak ve aynı bir hak niteliğinde olduğunu kabul

³⁵ **Oftinger, Karl/Bär, Rolf**, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, ZK- Zürcher Kommentar, (Hrsg: Peter Gauch/Jörg Schmid), Schulthess, 3. Auflage, 1981, ZGB Art. 899, N. 5-6; **Sirmen, Lale**, Alacak Rehni, Ankara, 1990, s. 10; **Yıldız, Hilal Rabia**, “Alacak ve Diğer Hak Teminatları”, Teminat Hukuku (Ed. Bilgehan Çetiner/Abdullah Furkan Korkmaz), Ankara, 2023, ss. 591-660, s. 592; **Şensöz, Ebru/Özbilen, Arif Barış/Savaş, Burcu**, “Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 4, S. 8, Güz 2005/2, ss. 233-252, s. 237. Aynı niteliğinden şüphe duyulamayacağı yönünde bkz. **Zobl, Dieter**, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die

etmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı³⁶, alacak rehninde mutlak hak özelliklerinin sınırlı bir biçimde bulunduğunu kabul etmektedir. Doktrindeki bir başka görüşe³⁷ göre, alacak rehni ne mutlak ne de aynı hak niteliğindedir ve bu hak alacak hakkı ile eş değerdedir. Bir diğer görüşe³⁸ göre ise, alacak rehni aynı hak benzeri bir mutlak hak niteliğindedir. Son olarak, başka bir görüşe göre ise alacak rehminin mutlak bir hak olarak kabul edilemez ancak bu hakta aynı hak benzeri bir nitelik söz konusudur³⁹.

Teminat amacıyla alacağın devrinde ise teminat alanın hakkı, şüphesiz ki bir alacak hakkından ibarettir. Ancak alacak rehni mutlak ve aynı bir hak kabul edilse bile, alacak rehninde teminat alanın daha üstün bir hakka sahip olduğu söylenemez. Zira teminat amacıyla alacağın devrinde aynı teminat konusu üzerinde tam hak sahipliği söz konusu iken alacak rehninde sınırlı bir hak mevcuttur⁴⁰. Duruma bu pencereden yaklaşıldığında, kanımızca alacak rehminin mutlak veya aynı bir hak olduğunu kabul etmeye imkân yoktur⁴¹. Ancak alacak rehminin kendisine yasa tarafından tanımlanmış aynı birtakım özellikler taşıdığını da kabul etmek gerekir. Bu aynı özelliklerin teminat amacıyla alacağın devrinde bulunmaması, tam hak sahipliği gereği bu özelliklere ihtiyaç bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Örneğin; alacak rehni, rehinli alacak üzerinde gerçekleştirilen sonraki tasarruflara karşı korunur ve icra ve iflas prosedüründe önceliklidir. Bunlar, alacak rehninde bulunan aynı özelliklerdir. Ancak teminat amacıyla alacağın devrinde alacak üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili tek kişi, teminat alan devralandır ve bu nedenle teminat alanın

beschränkten dinglichen Rechte, BK- Berner Kommentar, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 1996, (Zweiter Abschnitt), ZGB Art. 899, N. 4.

³⁶ **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 10.

³⁷ **Serozan, Rona**, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul, 2007, s. 355; **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2017, N. 1053; **Vardar-Hamamcıoğlu, Gülşah**, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014, s. 107; **Çakırca, İrem Seda**, Adi Alacakların Rehni, İstanbul, 2006, s. 20. Benzer yönde bkz. **Kleyling**, s. 2-3.

³⁸ **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim**, Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul, 2. Bası, 1982-1983, s. 536. Bu görüşe yakın olmakla birlikte, alacak rehminin aynı olmayan bir mutlak hak olduğu yönünde bkz. **Ardıç-Tüken, Merve**, Mevduat Rehni, İstanbul, 2023, s. 34.

³⁹ **Taşkın**, Mevduat, s. 37 -40.

⁴⁰ Alacak üzerinde rehin ve intifa gibi hakları açıkça tanıyan ancak alacak üzerindeki hak sahipliğini mülkiyetten tamamen uzak şekilde ele alan Alman yasa koyucusunu bu yönden eleştiren ve bunun - tarihsel arka planı da dikkate alındığında- bir hatadan ibaret olduğunu belirten bir görüş (*Dulckeit Theorie*) için bkz. **Dulckeit, Gerhard**, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen, 1951, s. 34-36.

⁴¹ Taşkın'ın da haklı olarak belirttiği gibi alacak rehni mutlak bir hak olarak görülürse, onu konusuz bırakan ve üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen birtakım davranışların sonucunda haksız fiil sorumluluğunun doğması sonucu ortaya çıkar. Bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 39. Oysa alacak hakkı ihlal edilenin böyle bir imkanı söz konusu değildir. Öyleyse alacak rehni bakımından da bunun kabul edilemez olması gerekir.

başkaları tarafından gerçekleştirilecek tasarruflara karşı korunması gerekmez. Yine teminat verenin olası bir iflası halinde, söz konusu alacak teminat alana ait olduğu için teminat verenin iflas masasına hiç dahil olmaz ve bu nedenle bir öncelik hakkına ihtiyaç bulunmaz. Aynı sebeple, teminat verene karşı başlatılmış bir icra takibinde de teminat olarak verilen alacağın haczedilerek paraya çevrilmesi söz konusu olmaz.

Alacak rehni ile teminat amacıyla devir arasında kurulmaları bakımından birtakım farklılıklar ve benzerlikler bulunmaktadır. İlk olarak, alacak rehninin geçerli olarak kurulabilmesi, fer'ilik özelliği gereği, geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir⁴². Aksi takdirde geçerli bir rehni kurulduğundan söz edilemez. Oysa teminat amacıyla alacağın devrinde, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, devir işleminin geçerliliği esas borcun varlığından veya geçerliliğinden etkilenmez; yalnızca devredilen alacak veya alacakların iade edilmesi yükümlülüğü ortaya çıkar⁴³.

Her iki teminat bakımından da devredilen veya rehnedilen alacağın borçlusunun devir veya rehin işlemi bakımından izni aranmaz⁴⁴. Ancak devrin veya rehni borçluya bildirilmemesi, her iki teminatın sükreleri üzerinde bazı hukuki sonuçların doğmasına neden olabilir. TBK m. 186 gereği borçlunun devrin kendisine bildirilmemesi nedeniyle devirden sonra iyi niyetle devredene ifada bulunması onun borcundan kurtulması sonucunu doğurmaktadır. TBK m. 186'nın alacak rehni de kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinden, alacak rehni bakımından da benzer bir sonuç ortaya çıkacaktır⁴⁵.

Öte yandan, devrin veya rehni konusunu senede bağı alacaklar oluşturuyorsa rehni bakımından bunların rehni alana teslimi rehni geçerliliği bakımından bir zorunluluk iken⁴⁶ devir söz konusu olduğunda senetlerin tesliminin devrin geçerliliği üzerine bir etkisi yoktur⁴⁷.

⁴² **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 11-12.

⁴³ Bu yükümlülüğün kaynağı hakkında ileride bkz. Üçüncü Bölüm, II, C.

⁴⁴ **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 34; **Ardıç-Tüken**, s. 226.

⁴⁵ **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 92; **Taşkın**, Mevduat, s. 424; **Ardıç-Tüken**, s. 227; **Şener, Oruç Hami**, "Bankanın Rehlinli Alacaklı Sifatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehninde Rehni Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları", DEÜHFD, 2009, Cilt 11, Sayı 2, ss. 195-250, s. 212; **Nomer, Haluk Nami/Ergüne**, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, 2019, N. 1349.

⁴⁶ **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 34. Burada kastedilen adi senetlerdir. Kıymetli evraka bağı alacakların devri ve rehni, o kıymetli evrakın devrine ve rehni ilişkili kurallar uygulama alanı bulacaktır.

⁴⁷ **Aydıncık**, s. 172; **Turan-Fühner**, s. 96 vd. Her ne kadar TMK m. 955 f. 1 hükmünün teminat amacıyla alacağın devrine uygulanacağını ileri süren görüşler varsa da kanımızca bu görüş yerinde

Her iki teminatın kurulması bakımından da, borçlandırıcı işlem şekle tabi tutulmamışken⁴⁸ tasarruf işlemi adi yazılı geçerlilik şekline tabidir. Yine hem alacak rehninin hem de alacağın devrinin hukuki sebebe bağlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır⁴⁹.

Her iki teminat türünün konusunu da alacaklar oluşturur. TMK m. 954 f.1’de bir rehne konu olabilecek alacakların, devri mümkün olan alacaklar olduğu ifade edilmiştir. Böylece bir alacağın devri mümkün değilse o alacağın rehnedilmesi de söz konusu olmayacaktır. Öte yandan teminat amacıyla alacağın devrinde, borçlusunun devralan olduğu bir alacağın devredilmesi mümkün değildir. Zira bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş olur⁵⁰. Bunun tek istisnasını, kıymetli evraka bağlı alacaklar teşkil etmektedir⁵¹. Ancak alacak rehniinde bir kimsenin borçlusu olduğu alacak üzerinde rehin kurabileceği kabul edilmektedir. Bu durum özellikle mevduat rehniinde karşımıza çıkmaktadır⁵².

Her iki teminat bakımından da teminat verenin esas borcun alacaklısı olması zorunlu değildir. Esas borcun tarafı olmayan bir üçüncü kişiye ait olan alacak da esas borca teminat olmak üzere devredilebilir veya rehnedilebilir.

Alacak rehniinde bulunan fer’ilik özelliği gereği, asıl alacağın bir başkasına geçmesiyle rehin de onu takip eder ve asıl alacağın sona ermesi ile alacak rehni de kendiliğinden son bulur⁵³. Oysa teminat amacıyla alacağın devrinde, asıl alacağın el değiştirmesi, teminat olarak devredilen alacağı doğrudan etkilemez.

Alacak rehniinde teminata başvurulabilmesi, kural olarak, teminat altına alınan asıl alacağın muaccel olmasına rağmen ifa edilmemiş olması ile mümkündür. Bu

değildir. İlgili görüşü savunan yazarlar için bkz. **Bergmaier**, s. 150 vd; **Zobl**, BK (Zweiter Abchintt), ZGB Art. 900, N. 17; **Zobl/Thunner**, Syst. Teil, N. 1537, 1588; **Oftinger/Bär**, Syst. Teil, N. 304.

⁴⁸ Senede bağlı alacakların rehniinde şekil konusu doktrinde tartışmalı olsa da, kanımızca üstün tutulması gereken görüş, borçlandırıcı işlem ayağının, alacak senede bağlı olsun olmasın, şekle tabi olmadığıdır. Tartışma hakkında ileride bkz. İkinci Bölüm, I, E. 2.

⁴⁹ Alacak rehniinin sebebe bağlı olduğu yönünde bkz. **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 50. Aksi yönde bkz. **Çakırca**, Alacak Rehni, s. 38.

⁵⁰ **Oktay-Özdemir, Saibe**, “*Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri*”, İÜHFM, Y. 1999, C.57 S. 1-2, ss. 265 - 300, s. 276; **Taşkın**, Mevduat, s. 41; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 61. Teminat amacıyla alacağın devrinde ve bozucu koşula bağlı devirlerde bu konuda bir istisnanın kabul edilebileceğine ilişkin olarak bkz. **Kocaman, Arif**, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara, 1989, s. 29.

⁵¹ **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 277.

⁵² Bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 41-42; **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 29.

⁵³ **Sirmen**, Alacak Rehni, s.12-14.

durum rehin hukukuna ait talilik ilkesinin bir sonucudur⁵⁴. Oysa teminat amacıyla alacağın devrinde bu ilke söz konusu değildir. Dolayısıyla asıl alacaklı, teminat olarak devraldığı alacağın ifası için asıl borcun ifa edilmemesini beklemek zorunda değildir. Ancak teminat alanın bu yöndeki bir davranışı, taraflar arasındaki teminat anlaşmasına aykırılık teşkil edecektir. Ne var ki, teminat teşkil eden alacağın borçlusu, devralana karşı bu yönde bir savunma ileri süremeyeceğinden dış ilişkide teminat alanın bu davranışını engellemeye yönelik bir mekanizma mevcut değildir.

Alacak rehni bakımından yukarıda ifade edilen durumun istisnası, rehinli alacaklıya tahsil yetkisi verilmiş olması halinde ortaya çıkar. Bu durumda, tıpkı teminat amacıyla alacağın devrinde olduğu gibi, rehinle teminat altına alınan alacak muaccel olmasa bile rehinli alacaklı üçüncü kişi borçludan ifayı talep edebilir ve üçüncü kişi borçlu bu ifa talebi karşısında asıl alacağın muaccel olmadığı savunmasını ileri süremez⁵⁵. Ancak bu durum rehinli alacaklı bakımından bir tazminat yükümlülüğü doğmasına neden olabilir⁵⁶. Dolayısıyla bu durumda alacak rehni ve teminat amacıyla alacağın devri bakımından benzer bir sonuç ortaya çıkar.

Alacak rehninde teminatın paraya çevrilmesi söz konusu olduğunda, kural üzerinde rehin kurulan alacağın icra yolu ile satılıp satış bedeli üzerinden rehinli alacaklının tatmin edilmesidir⁵⁷. Ancak yasa tarafından başka bir tatmin yolu öngörülmüş olmasa bile alacaklının başvurabileceği tek yol bu değildir⁵⁸. Zira alacak rehninde tarafların özel yoldan paraya çevirme anlaşması yapmış olmaları mümkündür⁵⁹. Özel yoldan paraya çevirme iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan

⁵⁴ **Ardıç-Tüken**, s. 233.

⁵⁵ **Taşkın**, *Mevduat*, s. 370; **Ardıç-Tüken, Merve**, *Mevduat Rehni*, İstanbul, 2023, s. 245

⁵⁶ **Taşkın**, *Mevduat*, s. 432. Rehlinli alacaklının asıl borç muaccel olmadan rehinli alacağın kendisine ifasını sağlaması, ancak alacağın değerine ilişkin tehlike olduğu hallerde onun yetkisi dahilindedir. Bu durumda tazminat yükümlülüğünden söz edilemez. Ancak böyle bir durum da yoksa rehinli alacaklının bu davranışı yetkisinin sınırlarını aşmak anlamına gelecektir ve bu nedenle bir tazminat yükümlülüğü gündeme gelebilir. Bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 371-372.

⁵⁷ Eğer alacak rehni konusunu bir para alacağıysa, bunun paraya çevrilmesi, alacağın satılması yoluyla değil; bu alacağın borçlusunun icra dairesine ödeme yaparak ifada bulunmasıyla sağlanır. Bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 36. Bu durum, alacakların haczine ilişkin İİK m. 89 ve m. 90 hükümlerinin alacak rehninde de uygulama alanı bulacağına kabul edilmesinin bir sonucudur. Ancak doktrinde bir görüş bu hükümlerin alacak rehninde uygulanmayacağını da ileri sürmektedir. Bkz. **Demirsatan, Barış**, “*Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehlinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları*”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Haziran 2021, ss. 161-85, s. 166; **Sirmen**, *Alacak Rehni*, s. 121.

⁵⁸ Özel yoldan paraya çevirme anlaşması yapılması ihtimali dışında, tarafların İİK m. 45 uyarınca önce rehne başvurulması kuralını da aralarında yapacakları bir anlaşma ile bertaraf edip edemeyecekleri doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Makaracı-Başak, Aşlı**, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul, 2014, s. 262 vd.

⁵⁹ Özel yoldan paraya çevirmenin kanunda emredici bir hükümle yasaklanmaması nedeniyle sözleşme özgürlüğü kapsamında bu türden anlaşmaların geçerli olarak yapılmasına bir engel yoktur. Bkz.

ilki, rehinli alacaklının rehinli alacağı tahsil yetkisi⁶⁰ ile donatılması ve bu bağlamda üçüncü kişi borçludan kendi adına ifayı talep edebilmesidir⁶¹. Bir diğer özel yoldan paraya çevirme ise alacağın icra dışı yolla bireysel olarak satılmasıdır. Öte yandan, her ne kadar yasada özel yoldan paraya çevirme anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yer almasa da TMK m. 961 f. 2’de üçüncü kişi borçlunun, rehin verenin rızasıyla rehin alana ifada bulunabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında en baştan yapılmış bir paraya çevirme anlaşması bulunmasa bile rehin veren, borçlunun rehin alana ifada bulunmasına rıza gösterebilir ve rehinli alacaklı yine icra dışı bir yolla tatmin edilebilir⁶².

Teminat amacıyla alacağın devrinde ise teminata başvurulması, devralan asıl alacaklının devredilen alacağın borçlusundan ifayı talep etmesi anlamına gelir. Bunun için devralana verilmiş özel bir yetki, taraflar arasındaki bu yönde bir anlaşma veya devreden rızası aranmaz⁶³. Zira devralan devir ile birlikte artık alacağın ifasını istemeye yetkili tek kişidir; alacak ona aittir. Öte yandan, devralan alacak üzerinde her türlü tasarruf işlemini yapmaya yetkili bulunduğu devralan paraya çevirmek bakımından alacağı ivaz karşılığı bir başkasına devretme yolunu da tercih edebilir. Buna bir engel olmadığı gibi bunlardan hangisini tercih edeceği tamamen teminat alanın (devralanın) inisiyatifindedir.

Konuralp, Orhan Emre, “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi”, DEUHFİD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, ss. 2855-2880, s. 2867 vd. **Demirsatan**, s. 168 vd.; **Sirmen**, Alacak Rehni, 86. Paraya çevirme yetkisinin, Türk-İsviçre hukuku bakımından *lex commissoria* yasağını ihlal etmediği kabul edilmektedir. Bkz. **Demirsatan**, s. 170; **Helvacı, İlhan**, Türk Medeni Kanununa Göre (Mürtehinin Merhunu Temellük Yasağı, İstanbul, 1997, s. 75; **Konuralp**, s. 2871-2872; **Makaracı-Başak**, Rehni, s. 295-296; **Yüce, Ahmet**, Rehni Özel Yoldan Paraya Çevrilmesi, İstanbul, 2023, s. 250-251. Önemli olan, aşan miktarının iadesini engelleyecek bir sözleşme hükmünün söz konusu olamamasıdır. Bkz. **Helvacı, İ.**, Lex Commissoria, s.130, 131; **Konuralp**, s. 2872. Öte yandan **Helvacı**’ya göre, de lege feranda bir çözüm önerisi olarak, yasa bu tür anlaşmaların, ancak teminat altına alınan alacağın muacceliyetinden sonra yapılabileceğini ifade eden bir düzenlemeye yer vermelidir. Bkz. **Helvacı, İ.**, Lex Commissoria, s.135. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N.3684. Taşkın ise alacağın muacceliyetinden önce özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların geçerli olarak yapılabileceği ve bunun yerinde olduğu kanaatindedir. Bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 360. Aynı yönde ayrıca bkz. **Yıldız**, s. 647; **Makaracı-Başak**, Rehni, s. 296.

⁶⁰ Burada kastedilen tahsil yetkisi, rehin hakkının bir unsuru olarak verilen tahsil yetkisi anlamına gelmektedir. Bu bakımdan temsil yetkisinden ayrılmakta ve rehinli alacaklıya kendi adına ve hesabına ifayı talep etme yetkisi vermektedir. Bkz. **Demirsatan**, s. 175-176; **Şener, O.H.**, s. 222; **Köprülü/Kaneti**, s. 548.

⁶¹ Özel yoldan paraya çevirme halleri söz konusu olduğunda, para alacakları bakımından taraflar açıkça alacağın satış yoluyla paraya çevrilmesi hususunda anlaşmadıkları sürece bu yolun tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 366.

⁶² TMK m. 961 f.2 bağlamında rehin veren tarafından borcun rehinli alacaklıya ödenmesine gösterilen rıza, önceden verilmiş olsa bile, tahsil yetkisi verildiği anlamına gelmemektedir. Ancak tahsil yetkisi bu rızayı da kapsayacak niteliktedir. Bkz. **Demirsatan**, s. 174-175.

⁶³ **Oftinger/Bär**, Syst. Teil, N. 309.

Alacak rehninde rehin alana verilmiş bir tahsil yetkisi yoksa ve rehin üçüncü kişi borçluya bildirilmişse, TMK m. 961 f.2 gereği, rehnedilen alacağın borçlusu, tek başına ne rehin verene ne rehin alana ifada bulunmaya yetkilidir. Borçlu bunlardan birine ifada bulunarak borcundan kurtulabilmek bakımından bir diğərinin rızasına muhtaçtır. Ancak rehin borçluya bildirilmemişse ve borçlu iyi niyetle rehin veren alacaklıya ifada bulunursa, alacağın devrine ilişkin TBK m. 186'nın burada kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Bunun neticesinde, rehin kendisine bildirilmemiş iyi niyetli borçlu rehin veren alacaklısına yaptığı ifa ile borcundan kurtulmuş olacaktır⁶⁴. Yine alacağın devrine ilişkin TBK m. 188 hükmünün de alacak rehninde üçüncü kişi borçluya ait savunmalar bakımından uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁶⁵.

Alacak rehninde, üçüncü kişi borçlunun rehin verenin rızasıyla veya en baştan elde etmiş olduğu tahsil yetkisine dayalı olarak rehinli alacaklıya yapacağı ifanın hukuki sonuçları doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre⁶⁶, bu durumda rehinle teminat altına alınan alacak sona ermez. Para alacakları söz konusu olduğunda⁶⁷, tahsil ile birlikte rehinli alacaklı tahsil ettiği tutarı rehin verene iade borcu altına girer ve rehinli alacaklı aynı zamanda rehinle teminat altına alınan alacağın alacaklısı konumundadır⁶⁸. Bu durumda karşılıklı alacaklar bakımından takas gündeme gelir⁶⁹. Eğer tahsil anında rehinle teminat altına alınan alacak muaccel değilse takas mümkün olmayacağından

⁶⁴ **Taşkın**, Mevduat, s. 424. TBK m. 186'nın alacağın devri bakımından uygulama alanı yalnızca ifa ile sınırlı değildir. Her ne kadar yasada yalnızca ifadan bahsedilse de doktrinde yenileme, ibra vb. işlemler de bu kapsamda kabul edilmektedir. Bu işlemlerin kapsamına nelerin gireceği alacağın devri bakımından da tartışmalı olmakla birlikte alacak rehni bakımından bu işlemlerden yalnızca alacağı sona erdirenlerin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 425.

⁶⁵ **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 98; **Şener, O.H.**, s. 240. TBK m. 186 ve TBK m. 188 hükümleri arasındaki ilişkinin alacak rehnine ne şekilde yansıtacağı hakkında açıklamalar için bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 418 vd.

⁶⁶ **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 87; 118; **Makaracı-Başak**, Rehni, s. 303-304; **Çakırca**, Alacak Rehni, s. 53.

⁶⁷ Rehin verilen alacağın para alacağı olmadığı hallerde aynı ikame kuralı devreye girecektir. Bkz. **Demirsatan**, s.179. Bu bakımdan doktrine bir tartışma yoktur.

⁶⁸ Bu durum başkasının borcu için rehin verilmesi halini açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır. Zira bu durumda tahsil edilenin iadesi bakımından alacaklı rehin veren üçüncü kişidir. Oysa teminat altına alınan alacağın borçlusu rehin veren değildir.

⁶⁹ **Sirmen**, s. 101-102; **Makaracı-Başak**, Rehni, s. 303-304; **Çakırca**, Alacak Rehni, s. 53. Belirtmek gerekir ki, takas ve düzensiz rehin sonuçlarına katılmakla birlikte doktrinde bir görüş, burada takas konusu olan alacakların, rehin alanın tahsil sonucu elde ettiği tutarı rehin verene iade borcu ile asıl (teminat altına) borç olmadığını ileri sürmektedir. Yazar bu bakımdan takas konusu alacaklarda birinin teminat altına alınan asıl alacak olması bakımından farklılaşmakta ve bunun yerine takas konusu karşı alacağın rehin verenin rehin sözleşmesinden doğan borcu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Yüce**, s. 81-82.

rehinli alacaklı rehin konusu alacaktan elde ettiği miktar üzerinde usulsüz rehin (düzensiz rehin) hakkına sahip olur⁷⁰.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre⁷¹ ise rehinli alacaklının tahsil yetkisine dayanarak üçüncü kişi borçlunun borcu kendisine ifa etmesini sağlaması üzerine rehinle teminat altına alınmış alacak da (rehinle karşılandığı oranda) sona erer⁷². Dolayısıyla rehinli alacaklının üçüncü kişi borçludan elde ettiği şeyi iade yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu bakımdan rehinle teminat altına alınan alacağın muaccel olup olmadığı sonucu değiştirmez⁷³. Burada iade yükümlülüğü, rehinle teminat altına alınan alacağı aşan miktar varsa ancak aşan miktar bakımından mevcuttur. Bu durum, *lex commissoria* yasağının bir sonucudur⁷⁴.

Teminat amacıyla alacağın devri bakımdan ise teminat alan her durumda ve her anda alacağı alacaklı sıfatı ile tahsil yetkisine sahiptir. Teminat alanın üçüncü kişi borçluya başvurarak teminat konusu alacağın kendisine ifasını sağlamasının teminat altına alınan asıl alacağa etkisi bakımından doktrinde bu durumda alacağın devrinin ifa uğruna devir haline geldiği ve böylece asıl alacağın sona erdiği kabul edilmektedir⁷⁵. Yine alacağın rehnine benzer şekilde, burada da eğer teminat olarak devredilen alacağın ifası ile elde edilen tutar asıl alacağı aşıyorsa, aşan kısmın devredene iadesi gerekir. Bunun *lex commissoria* yasağının bir sonucu olduğu kabul edilmektedir⁷⁶.

Özellikle teminata başvurulması aşamasında teminat alana verdiği yetkiler dikkate alındığında, alacak rehninin teminat amacıyla alacağın devrine en çok yaklaştığı durum, alacak rehninde rehin alana tahsil yetkisi verildiği hallerdir. Bu durumda tarafların alacak üzerinde rehin kurmak üzere mi anlaştıkları yoksa alacağı teminat amacıyla devretmeyi mi kararlaştırdıkları hususunda şüpheye düşülmesi

⁷⁰ **Makaracı-Başak**, *Rehin*, s. 303-304; **Çakırca**, *Alacak Rehni*, s. 65; **Şener, O.H.**, s. 228.

⁷¹ **Taşkın**, *Mevduat*, s. 445-446; **Demirsatan**, s. 178; **Ardıç-Tüken**, s. 247.

⁷² Sona erme anı, rehinle teminat altına alınan alacak tahsil anında mevcutsa tahsil anıdır. Tahsil anında henüz muaccel olmayan alacakların sona erme anı, *Taşkın*'a göre yine tahsil anı olmalıdır. Bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 446. Ancak başka bir görüş, bu bakımdan alacağın muaccel olduğu anı esas almaktadır. Bkz. **Demirsatan**, s. 178; **Ardıç-Tüken**, s. 247.

⁷³ **Taşkın**, *Mevduat*, s. 458-459.

⁷⁴ **Demirsatan**, s. 179. Rehinle teminat altına alınan alacak muaccel olduğu hallerde bu yönde bkz. **Şener, O.H.**, s. 227. Zira aşan miktarın rehinli alacaklıya ait olacağı yönünde anlaşma yapmak *lex commissoria* yasağı nedeniyle mümkün değildir. Bkz. **Sirmen**, *Alacak Rehni*, 87.

⁷⁵ **Oktay-Özdemir**, *Teminat*, s. 273; **Guggenheim, Daniel**, *Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis*, Zürich, 1986, s. 136; **Sirmen**, *Alacak Rehni*, s. 40. Bu konuda ileride bkz. Üçüncü Bölüm, II, B.

⁷⁶ *Lex commissoria* yasağının teminat amaçlı inançlı işlemlerdeki uygulama alanı hakkında ileride bkz. İkinci Bölüm, II, C, 1, d.

olasıdır. Bu durumda taraflar arasında hangi teminat türünün kararlaştırıldığı, taraflar arasındaki sözleşmenin yorumu ile sağlanacaktır⁷⁷. Yorum yolu ile bir sonuca varılamadığı durumda ise bu teminatlardan hangisine üstünlük tanınması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁷⁸, şüphe halinde teminat amacıyla devre üstünlük tanımak gerektiği yönündedir. Bir diğer görüşe⁷⁹ göre ise, bu durumda borçlunun lehine olan durum yönünde yorum yapılmalı ve şüphe halinde alacak rehnine üstünlük tanınmalıdır. Zira alacak rehni teminat veren bakımından hem daha elverişlidir hem de bu durumda ona yüklenen sorumluluğun daha az olduğu kabul edilmektedir⁸⁰.

Son olarak, geçersiz olan bir alacak rehninin tahvil (“*Konversion*”) yoluyla teminat amacıyla alacağın devri şeklinde ayakta tutulması söz konusu olmadığı gibi geçersiz bir teminat amacıyla alacağın devri de tahvil yolu ile alacak rehnine dönüştürülemez. Zira her iki teminatı kuran hukuki işlem bakımından aranan gereklilikler paraleldir⁸¹.

B. İfa Yerine ve İfa Uğruna Alacağın Devri

İfa uğruna edim, bir alacağın edim konusu şey dışında başka bir şeyin verilmesi ile sona erdirilmesi amacına hizmet eder⁸². Bu anlamda, bir alacağın da ifa uğruna devri mümkün ve yaygındır. İfa uğruna alacağın devrine TBK m. 192 hükmünde yer verilmektedir.

İfa uğruna bir alacağın devredildiği ihtimallerde teminat amacıyla alacağın devri ile ifa uğruna alacağın devri ayrımının yapılması önem arz eder. Zira her iki durumda da alacaklıya borç konusundan başka bir şey verilmekte ve bu verilen şey (alacak) ile alacaklının tatmin edilmesi amaçlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, ifa uğruna edimde de alacaklı ifa uğruna aldığı şeyi paraya çevirmekte ve paraya

⁷⁷ Bu bakımdan tarafların kararlaştırdıkları teminatın türünü yanlış isimlendirmiş olmaları bir önem arz etmez. OR Art. 18 (TBK m. 19) gereği tarafların gerçek ortak iradesi dikkate alınır. Bu ilke, şekli tabi olan ve olmayan sözleşmeler bakımından da bir farklılık arz etmez. Bkz. **Bergmaier**, s. 78.

⁷⁸ **Zobl/Thurnherr**, Syst. Teil, N. 1538; **Kleyling**, s. 89; **Turan-Fühner**, s. 35. Bu konuda taraf iradelerinin yorumunda dikkate alınacak bazı hususlar hakkında ayrıca bkz. **Bergmaier**, s. 84.

⁷⁹ **Bergmaier**, s. 78; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 55; **Ardıç-Tüken**, s. 50; **Şafak**, İnançlı, s. 82; **Aydıncık**, s. 152.

⁸⁰ **Aydıncık**, s. 52.

⁸¹ **Bergmaier**, s. 84.

⁸² **Engin, Baki İlkay**, “İfa Uğruna Edim”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 839-862, s. 841.

çevirdiği tutardan tatmin olduğu oranda asıl alacak sona ermektedir⁸³. Hal böyle olunca, ifa uğruna yapılan bir alacağın devri ile teminat amacıyla yapılan bir alacağın devri, yapısal olarak birbirine daha da yaklaşmaktadır. Ancak bu iki kurumu birbirinden ayıran en önemli unsur, ifa uğruna edimde birincil amaç ifa uğruna verilen alacakların paraya çevrilmesi iken teminat amacıyla alacağın devrinde birincil amacın asıl alacağa teminat sağlamak olmasıdır⁸⁴.

Teminat amacıyla alacağın devrinde, teminat amacı asıl alacağın tamamen dışlanmaması ve ancak asıl alacak ifa edilemediğinde devredilen alacağa başvurulabilmesinde kendini gösterir. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın teminat anlaşmasından doğan paraya çevirme yetkisi de teminat altına alınan asıl alacağın muaccel olmasına rağmen ifa edilmemiş olmasından kaynaklanır. Oysa ifa uğruna edimde borçlunun doğrudan ifa uğruna devredilen alacaktan tatmin edilmesi amacı güdülür⁸⁵.

İfa uğruna alacağın devri ile teminat amacıyla alacağın devri farklı hukuki kurumlar olmasına rağmen doktrinde bu iki hukuki kurumun tamamen birbirinin karşısı olmadığı da ifade edilmektedir⁸⁶. Bu bakımdan, teminat kavramı geleneksel anlamı ile değil de daha geniş olarak riskin minimize edilmesi anlamında kullanılırsa her ifa uğruna edimin aynı zamanda alacaklının alacağını teminat altına almaya hizmet ettiği belirtilmektedir⁸⁷.

Öte yandan, doktrinde ileri sürülen ve çalışmamızın devamında ele alacağımız bir görüş, her teminat amacıyla alacağın devrinin geciktirici koşula bağlı bir ifa uğruna edim anlaşmasını da ihtiva ettiği ileri sürülmektedir⁸⁸. Buna göre, asıl borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi halinde koşul gerçekleşecek ve artık taraflar arasındaki anlaşma ifa uğruna edim anlaşmasına dönüşmüş olacaktır. Şimdiden belirtmek gerekir ki, biz bu görüşe katılmıyoruz.

İfa uğruna edimde de teminat amacıyla alacağın devrinde de ortak olan en önemli unsur, her iki durumda da devralanın tatmin olabilmek için alacağı paraya çevirmesi gerekliliğidir. Ancak teminat amacıyla alacağın devrinde bu bir hak

⁸³ Engin, İfa Uğruna, s. 843.

⁸⁴ Engin, İfa Uğruna, s. 849.

⁸⁵ Huber, Herwart, Die Sicherungsabtretung, Bank-Verlag GmbH, Köln, 2012, N. 4/555b.

⁸⁶ Kleyling, s. 27.

⁸⁷ Kleyling, s. 27-28.

⁸⁸ Kleyling, s. 26. Ayrıca ileride bkz. Üçüncü Bölüm, II, B.

görünümündeyken ifa uğruna edimde aynı zamanda bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir⁸⁹. Teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın alacağı paraya çevirmek yönünden bir yükümlülüğü bulunmadığı kanımızca da doğru olmakla birlikte devralanın devraldığı alacağı özenle idare etme yükümlülüğü, bazı durumlarda onun alacağı paraya çevirme yükümlülüğü altında olmasına yol açabilir.

Özenle paraya çevirme yükümlülüğü bağlamında, ifa uğruna edimde “*vekalet benzeri bir inanç ilişkisinin*” bulunduğu ifade edilmektedir⁹⁰. Teminat amacıyla alacağın devri ise karma bir inançlı işlem niteliğindedir. Ancak teminat olarak devraldığı alacağı paraya çevirmek isteyen devralan da bu anlamda alacağı özenle idare etme borcu altındadır.

Gerek teminat amacıyla alacağın devrinde gerek ifa uğruna alacağın devrinde alacağın paraya çevrilmesi sonucunda, devralan bundan tatmin olduğu oranda asıl alacak da sona erecektir. Ancak devralanın paraya çevirme konusunda gerekli özeni göstermemiş olması halinde dikkate alınacak tutar, devralan gerekli özeni gösterseydi elde edilecek tutardır⁹¹. Bu durum, ifa uğruna alacağın devri bakımından TBK m. 172 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Aynı sonuç teminat amacıyla alacağın devri bakımından da geçerlidir.

Belirtmek gerekir ki, her iki hukuki kurum bakımından da alacağın paraya çevrilmesi, yalnızca tahsil yolu ile değil alacağın bir üçüncü kişiye satılması yolu ile de sağlanabilir⁹².

Teminat amacıyla alacağın devri ile ifa uğruna alacağın devri arasındaki bu yapısal benzerlik karşısında alacağı devreden tarafların amaçlarının yorumlanması yolu ile bu iki hukuki kurumun birbirinden ayırt edilmesi, her somut olay bakımından özel bir değerlendirmeyi zorunlu kılar. Bu bakımdan asıl alacağın ve devredilen alacağın muacceliyet tarihlerinin dikkate alınabileceği ifade edilmektedir.

⁸⁹ Engin, İfa Uğruna, s. 854.

⁹⁰ Engin, İfa Uğruna, s. 855. Genel kabul edilen düşüncenin aksine, ifa uğruna alacağın devrinin her zaman bir inançlı işlem olmadığı ve devralanın alacağı tahsil ederken göstermesi gereken özen yükümlülüğünün bir inançlı işlem bulunduğunu kabul etmek bakımından yeterli bulunmadığı yönünde bkz. Kleyling, s. 28. Yazara göre, ifa uğruna edimde bu özellik ancak ifa uğruna alacağı devralanın paraya çevirme sonucu asıl edimden fazlasını elde etmiş olması nedeniyle bu fazlalığı iade yükümlülüğünün olduğu durumlarda ortaya çıkar. Bkz. Kleyling, s. 29. Kanımızca ifa uğruna edimde devralanın her zaman aşan kısmı iade yükümlülüğü mevcuttur ve somut olayda aşan bir kısmın bulunup bulunmadığı söz konusu hukuki işlemin nitelendirilmesine etki etmez.

⁹¹ İleride bkz. Üçüncü Bölüm, II, B.

⁹² İfa uğruna edim bakımından bu yönde bkz. Engin, İfa Uğruna, 857.

Eğer devredilen alacak asıl alacaktan önce veya en geç onunla aynı anda muaccel oluyorsa, kural olarak ifa uğruna devirden söz edilebilir. Eğer asıl alacak, devredilen alacaktan önce muaccel oluyorsa burada kural olarak teminat amacıyla devri bulunduğu dair yorum yapılabilir. Ancak devredilen alacak sonra muaccel olacak olmasına rağmen, asıl alacaklı asıl alacak bakımından asıl borçluya süre verir ve bu sebeple bu alacağın muacceliyeti teminat olarak devredilen alacağın muacceliyetine kadar ertelenirse bu durumda ifa uğruna edimden yana tavır alınabilir⁹³.

İfa yerine edim olarak alacağın devri ile teminat amacıyla alacağın devri arasındaki ayrım ise çok daha keskindir. İfa yerine alacağın devrinde, edim konusundan başka şeyin verilmesi ile o anda borcun sona erdirilmesi amaçlanmaktadır. Bu anlamda, bir alacağı ifa yerine alanın alacağı paraya çevirmesi söz konusu değildir. İfa yerine alacak devredildiği anda asıl borç sona erer⁹⁴. Dolayısıyla ifa uğruna edim ve teminat amacıyla alacağın devri arasındaki benzerlikler burada gündeme gelmez.

C. Tahsil Amacıyla Alacağın Devri

Tahsil amacıyla alacağın devri (*Inkassoession*), yapısında bir alacağın devri işlemi ihtiva etmesi ve bir inançlı işlem olması itibariyle teminat amacıyla alacağın devrine oldukça benzer. Tahsil amacıyla alacağın devrinde, devralan alacağı yalnızca tahsil etmek üzere elde etmekte ve elde ettiği değerleri daha sonra devredene teslim etme yükümlülüğü altına girmektedir⁹⁵.

Tahsil amacıyla alacağın devri bu yapısı itibariyle saf inançlı işlem niteliğindedir⁹⁶. Zira burada inançlı işlem inananın menfaatlerine hizmet etmektedir. Oysa teminat amacıyla alacağın devri, karma inançlı işlem niteliğindedir. Dolayısıyla burada inançlı işlem ile elde edilecek temel menfaat devralana (inanılana) aittir.

Her iki hukuki kurum bakımından da ortak olan en önemli unsur ise alacağın devri işleminin bir sonucu olarak karşı tarafın alacaklı konumuna gelmesidir. Oysa aşağıda ele alacağımız tahsil yetkisi ve tahsil için temsil yetkisinde böyle bir durum söz konusu değildir.

⁹³ Kleyling, s. 30, dn. 77.

⁹⁴ Engin, İfa Uğruna, s. 843.

⁹⁵ Huber, N. 4/555d; Kapancı, Kadir Berk, Alacağın Devri (TBK m. 183-194) - Şerh, İstanbul, 2022, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 111.

⁹⁶ Huber, N. 4/555d.

D. Tahsil Yetkisi ve Tahsil İçin Temsil Yetkisi

Tahsil yetkisi ve tahsil için temsil yetkisi verilmesi halinde, hiç şüphesiz ki bir alacağın devri söz konusu değildir. Dolayısıyla her iki kurum, bu yönüyle tahsil amacıyla alacağın devrinden de farklılık arz eder.

Tahsil için temsil yetkisi verilmesi, temsil niteliğinde olduğundan tek taraflı bir irade beyanı ile verilmektedir⁹⁷. Temsilin bir özelliği olarak bu yetkinin her zaman geri alınması mümkündür. Temsil yetkisine dayalı olarak alacağı tahsil eden kimsenin hiçbir şekilde alacaklı konumunda olduğundan söz edilemez. O, kendisine temsil yetkisi veren alacaklının adına ve hesabına hareket etmektedir. Burada bir doğrudan temsil söz konusudur. Öte yandan, tahsil için temsil yetkisi verilmesine rağmen alacaklı alacağı bizzat tahsil edebileceği gibi birden fazla kimseyi de tahsil için temsil ile yetkilendirebilir⁹⁸.

Tahsil yetkisi ise yetkiyi alanın alacaklı konumuna gelmeksizin alacağı kendi ad ve hesabına talep etmesi anlamına gelmekle birlikte ve özellikle Türk/İsviçre Hukuku bakımından tartışmalı bir kavramdır. Zira Türk/İsviçre Hukuku bakımından böyle bir kurumun var olup olamayacağı ve hukuki niteliği şüpheli görülmektedir⁹⁹. Bu şüphelerin temelinde, temsil yetkisi niteliğinde olmayan ancak alacağın devri niteliğinde de görülemeyen bir kurumun mümkün olup olmadığı ve alaktan ayrı olarak tahsil yetkisi verilip verilemeyeceği yatmaktadır. Bu bakımdan doktrinde bir görüş, Türk/İsviçre Hukuku bakımından böyle bir kuruma ihtiyaç bulunmadığını ve teorik olarak da böyle bir kurumun varlığının kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir¹⁰⁰. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre, ise böyle bir yetkiye ihtiyaç bulunduğu ve bunun bir “*ara form*” ya da “*kendine özgü atipik bir yetki*” olarak nitelendirilebileceği kabul edilmelidir¹⁰¹.

⁹⁷ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194’e Genel Giriş, N. 40.

⁹⁸ **Kocaman**, Üçlü İlişkiler, s. 42.

⁹⁹ **von Tuhr**, Borçlar, s. 835; **Serozan**, **Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016, § 3, N. 5; **Oğuzman**, **Kemal/Öz**, **Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 2023, N. 856. Bu konuda ayrıca bkz. **Kocaman**, Üçlü İlişkiler, s. 201 vd.

¹⁰⁰ **von Tuhr**, Borçlar, s. 835.

¹⁰¹ **Serozan**, İfa Engelleri, § 3, N. 5; **Kocaman**, Üçlü İlişkiler, s. 205. Bu yetkinin niteliği hakkında ayrıca bkz. **Akyol**, **Şener**, Üçüncü Lahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, İstanbul, 2007, s. 21-22.

Teminat amacıyla alacağın devrinde tahsil yetkisi özellikle asıl borcun muaccel olduğu ana kadar tahsil yetkisinin (bazen de tahsil konusunda temsil yetkisinin) devralan asıl borçluda bırakıldığı hallerde önem arz etmektedir. Özellikle Alman Hukuku'nda teminat amacıyla alacağın devri uygulamasında bu kurgu sıklıkla karşımıza çıkmaktadır¹⁰². Türk/İsviçre Hukuku bakımından da kanımızca böyle bir yetkinin verilmesi mümkün görülmelidir. Zira, çalışmamızın devamında da değineceğimiz üzere, tarafların benzer bir sonuca devralanın devri borçluya bildirim imkanını kısıtlamak üzerine anlaşmaları ile de ulaşmaları mümkündür.

E. Factoring

Teminat amacıyla alacağın devri ile karşılaştırılabilecek bir diğer hukuki kurum, *Factoring* işlemidir. *Factoring* ile teminat amacıyla alacağın devri, alacağın devrinin en sık uygulama alanını oluşturmaktadır. Bu iki hukuki kurum, uygulamada özellikle global devirlerin en çok kullanıldığı işlemlerdir¹⁰³.

Factoring'te temel olarak bir alacağın satılması veya tüketim ödöncü bağlamında devredilmesi söz konusudur¹⁰⁴. Ancak devralan, satın aldığı alacakların muhasebisinin tutulması gibi çeşitli yükümlölükler altına da girmektedir. Bu anlamda *Factoring*'in borçlandırıcı işlem ayağında bir iş görme ilişkisi de mevcuttur¹⁰⁵. Müşterisine ait bulunan, (çoğunlukla gelecekteki) alacakları yine çoğunlukla toptan devir yolu ile satın alan devralan, karşılığında müşterisine bir bedel ödemekte ve böylece devreden devrettiği alacakların vadesini beklemeye ihtiyaç duymaksızın satış bedeli yolu ile tatmin edilmektedir¹⁰⁶.

Her iki işlemin de farklı açılardan likit ve finansman sağlanması amacına hizmet ettiği söylenebilir. Teminat amacıyla alacağın devrinde, bu çoğu zaman bir krediye kavuşma anlamına gelmekle birlikte *Factoring* işleminde alacakların satışı karşılığında elde edilen bedel söz konusudur. Bu anlamda, teminat amacıyla alacağın

¹⁰² Huber, N. 4/595 vd. Alman Hukuku bakımından tahsil yetkisi kurumu için ayrıca bkz. Huber, N. 4/555e.

¹⁰³ Kocaman, Arif, "Gelecekteki Alacakların Devrinde "Belirlilik/Belirlenebilirlik" Şartı ve Bunun Factoring-Temliki İşlemindeki Görünümü", TAAD, Y. 14, S. 56, Ekim 2023, ss. 497-510, s. 503 vd.

¹⁰⁴ Huber, N. 4/555f; Kapancı, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 142. Bu konuda ayrıca bkz. Uzun-Kazmacı, Özge, Faktoring Sözleşmesi, İstanbul, 2014, s. 52 vd.

¹⁰⁵ Tiryaki, Betül, "Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.8, S. 2, 2006, ss.189-214, s. 191; Uzun-Kazmacı, s. 22 vd.

¹⁰⁶ Belirtmek gerekir ki, satış unsurunun gerçek olmayan *Factoring* işleminde mevcut olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Uzun-Kazmacı, s. 53-54. Bu konuda ayrıca bkz. Kocaman, Arif, Faktoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara, 1992, s. 56 vd.

devrinde devreden yalnızca devralan nezdindeki bir riski minimize etmeyi hedeflemekte ve devrettiği alacakları en baştan gözden çıkarmış olmamaktadır. Oysa *Factoring* söz konusu olduğunda devredilen alacaklar en baştan gözden çıkarılmaktadır. Dolayısıyla teminat anlaşmasında, devralana yüklenmiş bir geri devir (iade) yükümlülüğü mevcut olmasına rağmen *Factoring* bakımından böyle bir yükümlülükten söz edilemez.

Factoring, gerçek olan ve gerçek olmayan şeklinde temel olarak ikiye ayrılmakta ve gerçek olan *Factoring*'in teminat işlevini haiz olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷. Bu teminat işlevi, devralanın devraldığı alacakları tahsil edememe riskine katlanması ile sağlanmaktadır¹⁰⁸. Gerçek olan *Factoring*'te devralan alacakları tahsil edemezse bunun için devredene (müşteriye) başvuramamaktadır. Ancak burdaki teminat amacı ile teminat amacıyla alacağın devrindeki teminat amacı farklı anlamlarda kullanılmaktadır.

Gerçek *Factoring*'in, özellikle teminat amacıyla alacağın devride alacakların önceden kredi verene devredildiği teminat amacıyla alacağın devri ile daha çok benzediği ifade edilmekle birlikte bu iki kurumu da birbirinden ayıran temel özellikler söz konusudur. Bunların başında, *Factoring*'te bulunan iş görme edimlerinin teminat amacıyla alacağın devrinde bulunmaması gelmektedir¹⁰⁹.

Öte yandan, teminat amacıyla alacağın devrinde teminat gösterilen kredinin sağlanması hiçbir zaman teminat amacıyla alacağın devrinin borçlandırııcı işlem ayağı olan teminat anlaşmasını tam iki tarada borç yükleyen sözleşme haline getirmez. Başka bir deyişle, sağlanan kredi ile devredilen alacak arasında *synallagma* ilişkisi kurulmaz. Oysa (özellikle gerçek olan) *Factoring* söz konusu olduğunda, ortada bir satış bulunduğundan sağlanan finansman karşı edim niteliğindedir.

F. Trust

Trust kurumu, Türk hukukuna ve tüm Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı bir kavram olup kökenini ve varlığını İngiliz hukukundan alan, *Common Law* hukuk sistemine ait bir kurumdur. Zira Kıta Avrupası hukuk sisteminin gerek mülkiyet

¹⁰⁷ Uzun-Kazmacı, s. 17; Kocaman, *Factoring*, s. 39.

¹⁰⁸ Uzun-Kazmacı, s. 17; Kocaman, *Factoring*, s. 39 vd.; Kapancı, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 143.

¹⁰⁹ Uzun-Kazmacı, s. 35.

gerek hak sahipliği kavramları ile *Trust* kurumu arasında açık bir uyumsuzluk söz konusudur.

Trust söz konusu olduğunda, kurucu, lehtar ve güvenilen olmak üzere üç süje karşımıza çıkmaktadır¹¹⁰. Ancak burada durum teminat amacıyla alacağın devrindeki üç süjeden farklıdır. *Trust*'ta kurucu rolü, teminat amacıyla alacağın devrindeki devredene benzemekle birlikte teminat amacıyla alacağın devrinde devralana karşılık lehtar ve güvenilen şeklinde iki süje karşımıza çıkmaktadır. Kurucu, belirli bir malvarlığı değerini güvenilene devretmekte ancak güvenilenin bu malvarlığı değeri üzerinde lehtar yararına yönetmek üzere bir hak elde etmekte (*legal title*) ve lehtarın da aynı malvarlığı değeri üzerinde hak sahibi (*equitable title*) olduğu kabul edilmektedir¹¹¹. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar ilk aşamada kurucu ve devreden birbirine benzese de *Trust* söz konusu olduğunda kurucu devretmek ile deyim yerindeyse oyundan çıkmaktadır. Artık güven ilişkisi, lehtar ile güvenilen arasında devam etmektedir¹¹². Ancak bu güven ilişkisini kuran, kurucunun tek taraflı irade beyanıdır. Kurucu işlevini yerine getirdikten sonra, teminat amacıyla alacağın devrindekine benzer devreden ve devralan rolleri, aslında güvenilen ve lehtarın *Trust*'taki rollerine karşılık gelmektedir¹¹³.

İnançlı işlemlerde olduğu gibi, *Trust* bakımından da yalnızca mülkiyet değil alacak hakkı başta olmak üzere başkaca hakların da bu işleme konu edilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁴.

Öte yandan, *Trust*'ın kurulması için her zaman iki taraflı bir hukuki işleme ihtiyaç yoktur. *Trust* tek taraflı irade beyanıyla da kurulabilir¹¹⁵. *Trust*'ın bir tüzel kişiliği olmamakla birlikte ortaya çıkan hukuki yapının¹¹⁶ bu anlamda onu kuran süjeleri aşan bir niteliği olduğunu da kabul etmek gerekir. Oysa teminat amacıyla alacağın devrinde teminatın kurulması için her zaman bir borçlandırıcı ve bir tasarruf işlemi olmak üzere iki taraflı ve iki basamaklı hukuki işlemin gerçekleştirilmesi

¹¹⁰ Kurtulan, Gökçe, *Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul, 2020, s. 106; Öz, Turgut, “*Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, 2010, ss. 1425-1444, s. 1428.

¹¹¹ Kurtulan, s. 106.

¹¹² Bkz. Kurtulan, s. 108; Öz, *Trust*, s. 1429.

¹¹³ *Trust* bakımından kurucu, lehtar ve güvenilenin her zaman üç farklı kişiyi temsil etmediği ve bu sıfatların zaman zaman aynı kişide birleşebileceği de kabul edilmektedir. Bkz. Kurtulan, s. 114 vd.

¹¹⁴ Öz, *Trust*, s. 1429.

¹¹⁵ Kurtulan, s. 105-106.

¹¹⁶ Kurtulan, s. 106.

zorunludur. Yine teminat amacıyla alacağın devrinin sonucunda yalnızca bir teminatın kurulması söz konusu olmakta ve trust gibi bir “*hukuki yapı*”nın ortaya çıkması söz konusu olmamaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde bir eşya üzerinde farklı statüler ile birden fazla malikin veya bir alacak üzerinde farklı statülerde birden fazla hak sahibinin bulunması mümkün değildir¹¹⁷,¹¹⁸. Klasik deyimle, “*parçalanmış mülkiyet kavramı*”, Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancıdır. Öte yandan, Trust kurumunun kökeninde parçalanmış mülkiyetin değil de bir malvarlığı unsurunun o malvarlığı unsurunu devralan kişinin malvarlığından ayrıştırılması prensibinin yattığı da savunulmaktadır¹¹⁹. Ancak her durumda, *Trust*’ın Kıta Avrupası hukuk sisteminde bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu anlamda *Trust*’ın Kıta Avrupası bakımından görünümünü devralana tam hak devrini içeren inançlı işlemler oluşturmaktadır¹²⁰.

Trust, Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı bir kavram olmakla birlikte *Common Law* hukuk sisteminde sıklıkla başvuru alan bir kurumdur. Bu bakımdan, ilgili hukuk sistemlerinde *Trust*, inançlı işlemlere ihtiyaç bırakmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, *Trust* kurumunun tek işlevi, teminat sağlamak değildir. Bu anlamda *Trust*, saf inançlı işlemler ile ulaşılmak istenen yönetim vb. amaçlar için de kullanılmaktadır¹²¹. Bu yönüyle inançlı işlemler ile *Trust*’ın kullanım alanları ve işlevleri yer yer kesişmektedir.

Trust’ın teminat amacına hizmet ettiği hallerde, Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı olan bu kurumun hukuk sistemimizdeki diğer teminatlara kıyasla büyük

¹¹⁷ Dikkat edilecek olursa, burada sorun teşkil eden husus bir eşya veya alacak üzerinde birden fazla kimsenin hak sahibi olması değil; bunlar arasındaki statü farkıdır. Zira Kıta Avrupası sisteminde de paylı veya elbirliği mülkiyeti ile müteselsil alacaklılık kurumları, bir eşya veya alacak üzerinde birden fazla hak sahibinin bulunmasına imkan tanımaktadır. Ancak bu birden fazla hak sahibi arasında bir statü farkı söz konusu değildir.

¹¹⁸ *Trust* kurumunun Kıta Avrupası sistemine yabancı görülmesine ilişkin nedenlerin buna ek olarak, sistemimize hakim olan “aynı haklarda sınırlı sayı prensibi” ve “ayrı malvarlığı değeri” kavramının sistemimize yabancılığı olarak belirten yazar için bkz. **Apaydın, Eylem**, *The Problematic Structure of Management of Co-Owned Properties in Turkish Law and Pursuance of Solutions*, Cambridge Scholars Publishing, 2011, s. 132.

¹¹⁹ Bu konuda bkz. **Kurtulan**, s. 24.

¹²⁰ Alman hukukunda *Treuhand* kavramı ve Common Law hukuk sistemi *Trust*’ı arasındaki farklar için ayrıca bkz. **Würdinger, Hans**, “*The German Trust*” (1951) *Journal of Comparative Legislation and International Law Third Series*, Vol. 33, No. 3-4, ss. 31-40, s. 31 vd.

Bu bakımdan Alman hukukunda tasarruf yetkisinin taraflar arasındaki bir anlaşma ile kısıtlanmasının mümkün olmadığını ifade eden BGB §137’nin, Alman Hukuku’nda gerçek bir *Trust* kavramına engel olacağı yönünde bkz. **Würdinger**, s. 31.

¹²¹ **Kurtulan**, s. 353 vd. Ayrıca bkz. **Apaydın**, s. 130.

avantajlara sahip olduğu kabul edilmektedir. Kıta Avrupası teminat araçlarının dezavantajlarının başında, taşınır rehin hukukuna hakim teslim şartı, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasındaki özel sicile tescil zorunluluğu, yine rehinde özel yoldan paraya çevirme anlaşmalarına sıcak bakılmıyor oluşu ve teminat amacıyla temlik yolu ile aşılmaya çalışılan bu dezavantajların önünde bir bariyer teşkil eden hükmen teslim yasağına ilişkin TMK m. 766 hükmüdür¹²². Teminat amacıyla devirlerin, *Trust* kurumu ile elde edebilecek avantajlara en yakın konumu sağlayabileceği kabul edilse de burada da teminat alanın iflası halinde TBK m. 509 f. 3 hükmüne dayalı olarak teminat konusunu iflas masasından çıkarma hakkının teminat amaçlı devirlere uygulanabileceğinden şüphe duyulması¹²³, bu teminat aracını *Trust* kadar avantajlı bir teminat olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Trust'ın genel olarak taşınırlara ilişkin Kıta Avrupası'nda kabul edilen teminatlar karşısındaki konumu bu şekilde olmakla birlikte, teminat aracı olarak alacakların kullanıldığı teminatlarda bu dezavantajların çok büyük ölçüde ortadan kalktığını ifade etmek gerekir. Zira özel yoldan paraya çevirme, teminat amacıyla alacağın devrinin olağan paraya çevirme yoludur; bunun için taraflar arasından özel yoldan paraya çevirme anlaşması yapılması da gerekli değildir. Teminat olarak verilen şey, cismani bir nitelikte olmadığından herhangi bir teslim zorunluluğundan söz etmek de mümkün değildir. İşin doğası gereği teslim zorunluluğu bulunmadığından hükmen teslim yasağına ilişkin TMK m. 766 hükmünün uygulanması da mümkün değildir. Zira teminat amacıyla alacağın devrinde ne kamuya açıklık prensibinden söz edilmesi mümkündür ne de kamuya açıklığı sağlayacak tasarruf işlemini tamamlayıcı herhangi bir olgudan¹²⁴.

Teminat alanın iflası halinde teminat konusunun iflas masasından çıkarılması meselesine gelince, kanımızca burada TBK m. 509 f. 3 hükmünün teminat amacıyla alacağın devrinde de kıyasen uygulama alanı bulabileceği kabul edilse bile sorunun

¹²² **Kurtulan**, s. 402 vd. Ayrıca bkz. **Serozan, Rona**, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı”, İstanbul, Beta, 2001, ss. 987-1014, s. 995.

¹²³ Bu konuda ileride bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, 2.

¹²⁴ Gerçi doktrinde, her ne kadar teminat amacıyla alacağın devrinde de bu prensibin söz konusu olduğu zira burada teminat bir ayni hak teşkil etmese de yasa koyucunun iradesinden kamuya açıklık ve şeffaflığın teminat hukukuna ait bir genel ilke olarak kabul edilmesi gerektiği sonucunun çıktığını düşünen yazarlara rastlamak mümkündür. Bkz. **Wiegand, Wolfgang**, “Kreditsicherung und Rechtsdogmatik”, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1979 (Hrsg: Eugen Bucher/Peter Saladin), ss. 283-308, s. 304-305, 308. Ancak ileride de açıklayacağımız üzere biz bu düşünceye katılmıyoruz.

tam olarak çözülebileceğini kabul etmek güçtür. Çalışmamızın devamında da ele alacağımız üzere, pek çok durumda bu çıkarma hakkının uygulanması, devralanın malvarlığına karışmış bulunan para üzerinde çıkarma hakkının söz konusu olamayacağı engeline takılacaktır. Yine iflas açıldığı anda teminat altına alınan alacağın henüz ifa veya başka bir yolla sona ermemesi de oldukça karmaşık bir hukuki durumun ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Sonuç olarak, kanımızca teminat amacıyla alacağın devri diğer klasik teminatlar karşısında oldukça avantajlı bir teminattır. Bu bakımdan Kıta Avrupası'na yabancı *Trust* kurumuna duyulan ihtiyaç da kanımızca teminat amacıyla alacağın devri karşısında oldukça zayıftır. Özellikle teminat alanın iflası durumunda çıkarma hakkına ilişkin yasamızda özel bir hüküm öngörülmesi yoluyla mevcut dezavantajların giderilmesi de mümkündür.

IV. Karşılaştırmalı Hukukta Teminat Amacıyla Alacağın Devri

Teminat amacıyla alacağın devri, bu başlık altında ele alacağımız hukuk sistemlerinin hiçbirinde açık bir yasal düzenlemeye sahip değildir. Bu nedenle, bu başlık altında kısaca ilgili hukuk sistemlerinde teminat amacıyla alacağın devrinin uygulamadaki görünümüne, doktrinde bu konuya genel bakışa ve varsa Türk hukukundan farklılık arz eden yönlerine değinilecektir. Ardından hukukun bütünselleştirilmesi çalışmaları kapsamında alacağın devri ve bunun bir teminat olarak kullanılmasının bazı *soft law* metinlerinde ele alınış biçimine değinilecektir.

Mehaz İsviçre Hukuku'nda da teminat amacıyla alacağın devri yasal bir düzenlemeye sahip değildir. Ancak banka uygulamasında bir teminat aracı olarak sıklıkla tercih edilmektedir. Öte yandan, İsviçre Hukuku'nda inançlı işlemlerin ele alınışı, tam hak iktisabı teorisiyle tamamen uyum içindedir.

Çalışmamızın başında, teminat amacıyla alacağın devrinin kısa tarihi gelişim sürecinde alacak rehninden tam olarak ayırtılamadığını ve bu kapsamda alacak rehnine ilişkin hükümlerin hemen her konuda teminat amacıyla alacağın devrine de uygulanması gerektiği yönünde bir doktrinin geliştiğini ifade etmiştik. Bu anlamda başı çeken doktrinin İsviçre Hukuku kökenli olduğunu söylemek kanımızca yanlış olmaz.

Alman Hukuku'nda da teminat amacıyla alacağın devrinin açık ve yasal bir düzenlemeye sahip olması söz konusu değildir. Ancak gerek doktrinde gerek uygulamada inançlı işlemlerin ve bu bağlamda teminat amacıyla alacağın devrinin geçerli olarak kurulabileceğinden şüphe duyulmamaktadır.

Ancak belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku bakımından inançlı işlem teorisinin tarihi gelişimi, özellikle “*tam hak iktisabı*” teorisinin üstesinden gelinebilmesi amacıyla ileri sürülen teoriler ile öne çıkmaktadır¹²⁵. Yine daha eski dönemlerde *Germen* hukukunda *Trust*'a benzer bir *Treuhand* kavramına rastlanmaktadır¹²⁶.

Günümüzde Alman Hukuku bakımından da inançlı işlem kavramının ve tam hak iktisabı teorisinin benimsendiği söylenebilir¹²⁷. Ancak bu hukuk düzenindeki “*tam hak iktisabı*” teorisinin Türk/İsviçre sistemindekinden belli ölçüde farklılaştığını da ifade etmek gerekir. Bu farklılaşma, özellikle teminat amacıyla alacağın devrinde devreden iflası halinde teminatın paraya çevrilmesi aşamasında¹²⁸ ve devralanın iflası halinde masadan çıkarma hakkı ile devralanın malvarlığına konulan hacizlerde hacze karşı istihkak iddiasının ileri sürülebilmesinde kendini göstermektedir¹²⁹. Bu durumlarla sınırlı kalmak üzere, Alman Hukuku bakımından, inançlı işlem yolu ile devredilen malvarlığı değerinin *Trust*'a benzer şekilde devralanın ve devredinin diğer malvarlığından ayrı bir malvarlığı değeri teşkil ettiği söylenebilir.

Alman Hukuku'nda teminat amacıyla alacağın devrine ilişkin olarak yer vermek istediğimiz son tespit ise, bu hukuk sisteminde Türk/İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak alacak rehnine ve genel itibariyle rehin hukukuna ilişkin hükümlerin teminat amacıyla alacağın devrinde uygulanması yönünde ağırlıklı bir eğilimin bulunmadığıdır. Bu bakımdan teminat anlaşmasının içeriğinden çıkarılabilecek

¹²⁵ İleride bkz. İkinci Bölüm, I, F, 2.

¹²⁶ *Treuhand* kavramı hakkında bilgi ve bu kavramın tarihi gelişimi hakkında bkz. **Özsunay**, s. 16 vd.

¹²⁷ **Böhm, Carsten**, Die Sicherungsabtretung im UNCITRAL-Konventionsentwurf "Draft convention on assignment in receivables financing": ein Vergleich der Sicherungsabtretung im UNCITRAL-Konventionsentwurf mit den Regelungen im deutschen Recht, Aachen: Shaker, 2000, s. 15-16; **Mitlehner, Stephan**, Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, 3. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2012, N. 222, N. 321; **Schanbacher, Dietmar**, § 28 Sicherungszession, (Teil von) Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht (Ed: Peter Derleder/Kai Oliver Knops/ Heinz George Bamberger), Springer-Verlag, 2. Auflage, 2009, ss.887-908, N. 5; **Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus**, Kreditsicherung, Luchterhand, 5. Auflage, 2006, N.773

¹²⁸ Bu konuda bkz. **Bergmaier**, s. 215 vd; **Böhm**, s.16, dn. 56; **Mitlehner**, N. 596; **Schanbacher**, §28, N. 5.

¹²⁹ Bkz. **Mitlehner**, N. 331; N. 595; **Schanbacher**, §28, N. 5.; **Reinicke/Tiedtke**, N. 832 vd.

sonuçların Alman Hukuku'nda rehin hükümlerinin önünde tutulduğunu söylemek yanlış olmaz.

Teminat amacıyla alacağın devrinin *Trust* ile karşılaştırılmasında ele aldığımız üzere, *Common Law* sistemini uygulayan ülkelerin hukuk sistemlerinde inançlı işlemin yerini *Trust* almış durumdadır. Bu nedenle teminat amacıyla alacağın devrinin bu hukuk sistemi bakımından bir anlamı olduğundan söz edilemez.

Hukukun bütünselleştirilmesi çalışmaları bağlamından ortaya konulmuş olan *soft law* metinlerine bakılacak olursa, pek çok metinde alacağın devrine yer verildiği hatta bazılarında teminat amacıyla alacağın devrinden de söz edildiği görülmektedir. Alacağın devrinin özellikle kredi ilişkilerinde ve finansman sağlanmasında arz ettiği önem nedeniyle alacağın devrine ilişkin yeknesak kurallar getirme arzusu, bu metinlerin ortaya konuluş amacını teşkil etmektedir¹³⁰. Bu çalışmalar şu şekilde özetlenebilir:

- (i) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions
- (ii) United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: Chapter 9
- (iii) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) 2016
- (iv) Draft Common Frame of Reference (DCFR) : Book III-Chapter 5/Section 1 (III-5:101-120)
- (v) Principles of European Contract Law (PECL) : Chapter 11

Bu metinlerin alacağın devrine ilişkin getirdiği düzenlemeleri bu başlık altında tek tek ele almak mümkün değilse de bazı düzenlemelerin özellikle önem arz ettiğini ifade etmek gerekir. Bunlar arasında, özellikle teminat amacıyla alacağın devri ve *Factoring* işlemlerindeki uygulamada alanı nedeniyle henüz doğmamış alacakların devri¹³¹; etkisi ve sonuçları konusunda Kıta Avrupası ülkelerinin iç hukuklarının birbirinden oldukça farklılaştığı 'alacağın devredildiğinin borçluya bildirimi'

¹³⁰ Bkz. **Akseli, Orkun**, "Turkish Law and UNCITRAL's Work on the Assignment of Receivables with a Special Reference to the Assignment of Future Receivables", Law and Financial Markets Review 1 (1), January 2007, ss. 45-54, s. 45.

¹³¹ Bu konuda bkz. **Akseli**, s. 48 vd; **von Bar, Christian/Clive, Eric**, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Volume 2, Munich, 2009, s. 1027

konumuz bakımından önem arz etmektedir¹³². Öte yandan, sözleşmesel devir yasakları da bu metinlerdeki düzenlemeler arasında dikkat çekmektedir. Çalışmamızın devamında, bu konuların ele alındığı başlıklarda ilgili düzenlemelere ayrıca yer verilecektir.



¹³² Alacağın devrinin borçluya bildirimine yüklenen anlam bakımından çeşitli ihtimalleri ve hukuk düzenlerini ele alan açıklamalar için bkz. **Böhm**, s. 87 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT AMACIYLA ALACAĞIN DEVRİNİN

YAPISI ve GEÇERLİLİĞİ

Teminat amacıyla alacağın devri, teminat (inanç) anlaşması ve devir anlaşması olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır¹³³. Teminat anlaşması, bu yapının inançlı işlem niteliğindeki borçlandırıcı işlem ayağını oluştururken; devir anlaşması da tasarruf işlemi teşkil etmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde, sırasıyla, teminat anlaşması ve devir anlaşmasına ait unsurlar ve özellikler incelenecektir.

I. Borçlandırıcı İşlem: Teminat (İnanç) Anlaşması

A. Hukuki Sebep (*Causa*) Niteliği

Hukuki sebep, kazandırmanın tarafların üzerinde uyuşma sağladıkları en yakın ortak amacı anlamına gelmektedir¹³⁴. Bu bakımdan her kazandırmanın bir hukuki sebebi vardır. Borçlandırıcı işlemlerde hukuki sebep, iç (sübjektif) *causa (innere causa)* şeklinde tezahür eder. İç *causa* ile kastedilen, hukuki sebebin hukuki işlemin kendisinde içkin olmasıdır¹³⁵. Tarafların bu anlamda *causa* üzerinde uyuşmamış

¹³³ Doktrinde bu iki unsura ek olarak bir üçüncü unsurdan bahseden ve bu unsuru teminat amacı olarak ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 102. Kanımızca üçüncü unsur olarak adlandırılan, “teminat amacı” teminat anlaşmasının içeriğine dahil olduğundan ayrı bir üçüncü unsurdan bahsetmek yersizdir.

¹³⁴ Hukuki sebep kavramı üzerine bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014, §11, N. 42; **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul, 2018, Medeni Hukuk Genel Bölüm, III § 4, N. 1 vd; **Sungurbey, İsmet**, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul, 1957, s. 4 vd; **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 56; **Türel, Ege**, Kazandırmanın Hukuki Sebebi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019, s. 44 vd.

¹³⁵ **Serozan**, Medeni, Medeni Hukuk Genel Bölüm, III § 4, N. 4; **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 58; **Weitnauer, Hermann**, “*Betrachtungen zur causa der Sicherungsübertragung*”, Festschrift für Rolf

olmaları, borçlandırıcı işlemin de yokluğu sonucunu doğurur. Zira bu durumda karşılıklı irade beyanlarının uyduğuundan söz edilemez¹³⁶.

Tasarruf işlemlerinde hukuki sebep ise kendini dış (objektif) *causa (außere causa)* şeklinde gösterir. Bu bakımdan *causa* tasarruf işlemine içkin değildir; ondan ayrı şekilde tezahür eder. Tasarruf işleminden ayrı şekilde meydana gelen bu hukuki sebep, borçlandırıcı işlemdir¹³⁷.

Gerek borçlandırıcı işlemlerde gerekse tasarruf işlemlerinde hukuki sebepler sınırlı sayıda değildir. Bu bakımdan , hukuki sebepler, alacak sebebi (*causa credendi*), ifa sebebi (*causa solvendi*) ve bağışlama sebebi (*causa donandi*) olabileceği gibi teminat sebebi de olabilir¹³⁸.

İnançlı işlemler söz konusu olduğunda, bir inancılı işlem ve onu takip eden bir tasarruf işlemi karşımıza çıkar. Bu bakımdan bir inancılı işlemin, bir tasarruf işleminin hukuki sebebi (dış=objektif *causa*) olarak kabul edilip edilemeyeceği uzun yıllar tartışılmış ve nihayet bugün inancılı işlemler hukuki sebep olarak kabul görmüştür¹³⁹. Konumuz bakımından da alacağın devrinin hukuki sebebini teminat (inanc) anlaşması oluşturmaktadır¹⁴⁰. Teminat altına alınan alacağı doğuran hukuki ilişki (çoğunlukla bir kredi sözleşmesi) devrin hukuki sebebi olarak görülemez¹⁴¹.

Serick zum 70. Geburtstag (Herausgeber: Ulrich Huber/Erik Jayme), Heidelberg, 1992, ss. 389-402, s. 393; **Türel**, s. 59; **Bergmaier**, s. 46.

¹³⁶ Ancak sebep üzerinde gerçek anlamda bir anlaşma bulunmamasına rağmen irade beyanında güven teorisi gereği tarafların anlaşmış sayılmaları ile sözleşmenin de kurulmuş olması mümkündür. Bkz. **Türel**, s. 77. Yine hukuki sebep üzerinde gerçek bir anlaşma bulunmaması halinin sözleşmenin niteliğinde yanılma şeklinde ortaya çıkabileceği yönünde bkz. **Kanışlı, Erhan**, İsviçre - Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul, 2018, s. 304, dn. 748.

¹³⁷ Bu bakımdan teknik olarak doğru olan, bir hukuki işlemin değil kazandırmanın hukuki sebebinden söz etmektir. Yine hukuki sebep de teknik olarak borçlandırıcı işlem olmamakla birlikte hukuki sebep üzerine anlaşma, borçlandırıcı işlem yolu ile sağlandığından böyle bir kullanım söz konusu olmaktadır. Bkz. **Sungurbey**, s. 7 ; **Özsunay**, s. 91. Benzer şekilde kazandırmanın hukuki sebebinden bahsetmenin yerinde olacağı yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, §11, N. 45, dn. 76

¹³⁸ **von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold**, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich , 1974, s. 5; **Sungurbey**, s. 4 vd.; **Serozan**, Medeni, Medeni Hukuk Genel Bölüm III § 4, 1a; **Kocayusufpaşaoğlu**, §11, N. 45; **Özsunay**, s. 90; **Bergmaier**, s. 47 vd.

¹³⁹ **Özsunay**, s. 95-96; **Öztürk**, s. 57. İnançlı işlemlerde teminat anlaşması ile tasarruf işlemi arasındaki ilişkinin, inancılı işlemlerin geçerliliğinin kabul gördükten sonraki zaman diliminde sonraları ortaya konduğu ve sonunda teminat anlaşmalarının teminat amaçlı devirlerin hukuki sebebi olarak görüldüğü yönünde bkz. **Mühl**, s. 286.

¹⁴⁰ **Girsberger, Daniel/Hermann, Johannes Lukas**, Art. 164-174 OR, Basler Kommentar Obligationen Recht I Art. 1-529 (Hrsg: Prof. Dr. iur. Corinne Widmer Lüchinger/, Dr. iur. David Oser, LL.M.,) 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 164, N. 16; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 16; **Schwenzer, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern, 2012, N. 90.06; **Mühl**, s. 286; **Bergmaier**, s. 52; **Altas, Hüseyin/ Kurt, Leyla Müjde**, “İnançlı İşlemler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 2, Y. 2011, ss.1-29, s. 11;

Devrin hukuki sebebi teminat (inanç) anlaşması gibi bir borçlandırıcı işlem olarak görüldüğünde bu kazandırma bakımından teminat sebebinden değil ifa sebebinden söz etmek gerekir. Zira bu durumda teminat sebebi bir iç *causa* olarak kendini gösterir¹⁴². Bu görüşü savunan yazarlardan *Serick*'e göre teminat amaçlı inançlı işlemlerde hukuki sebep her zaman bir ifa sebebidir¹⁴³.

Alman hukuku doktrinde yer alan bir görüşe (*Zwecklehre*)¹⁴⁴ ise borçlandırıcı işlemlerde tasarruf işlemlerinde olduğu gibi bir hukuki sebep kavramına ihtiyaç yoktur¹⁴⁵. Kazandırmanın bir amaç takip edilerek yapıldığı ve bu nedenle bir hukuki sebebin varlığına ihtiyaç duyulduğu işlemler tasarruf işlemleridir. Bu bakımdan hukuki sebep, kazandırmanın amacına ulaşmaktır¹⁴⁶. Dolayısıyla hukuki sebep için tarafların yalnızca amaç üzerine anlaşmış olmaları yetmez. Söz gelimi, hukuki sebep olarak ifa amacı (*Erfüllungszweck*) söz konusu olduğunda amaca ulaşılabilmesi için ifa edilecek alacağın var olması şarttır. Bu alacak, hukuki sebebin kendisi değildir ancak bu alacağın varlığı amaca ulaşılabilmesi için bir zorunluluktur. Bu teoremin teminat amaçlı devir işlemleri bakımından ortaya çıkardığı sonuç ise şudur: Teminat amacıyla alacağın devrinde hukuki sebep, ifa değil teminat amacı (*Sicherungszweck*) olarak karşımıza çıkar¹⁴⁷. Bu amaca ulaşılabilmesi için de teminat altına alınacak alacağın varlığı şarttır. Eğer böyle bir alacak yoksa veya ortadan kalkarsa soyutluk prensibi gereği devir işlemi geçerliliğini korusa da sebepsiz zenginleşme talebi gündeme gelecektir. Ancak dikkat edilmelidir ki, teminat altına alınan alacağın varlığının *causa* bakımından zorunlu olması, onun hukuki sebebin

Sayım, Berduhan Hüseyin, “Alacağın Teminat Amaçlı Temliki”, İBD, C. 94, S. 6, Y. 2020, ss. 202-218, s. 212.

¹⁴¹ Bu yönde bkz. **Serick, Rolf**, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Band I, Heidelberg, 1963, s. 60. Teminat altına alınan alacak ile hukuki sebep olan teminat anlaşmasının ayrımının da sonraları olması gerektiği şekilde ortaya konduğu yönünde bkz. **Mühl**, s. 287. Yine bu sonuca varmayı sağlayacak şekilde fer’ilik ve sebebe bağlılığın teminat amacıyla alacağın devri bakımından farklı anlamlara geldiği yönünde bkz. **Walter**, s. 60 vd.

¹⁴² Bu görüş Alman hukuk doktrinde ilk kez *Serick* tarafından ortaya konulmuştur. Bu yönde bkz. **Weitnauer**, s. 393-394. Görüş için bkz. **Serick**, s. 51, vd ; s. 55 vd.

¹⁴³ **Serick**, s. 60.

¹⁴⁴ Bu konuda bkz. **Weitnauer**, s. 396 vd.

¹⁴⁵ Bilgi için bkz. **Weitnauer**, s. 396.

¹⁴⁶ Bilgi için bkz. **Weitnauer**, s. 396-397.

¹⁴⁷ *v. Tuhr* teminat amacını (*Sicherungszweck*), ifa sebebiyle (*causa solvendi*) çok yakın ilişkili bir sebep olarak nitelendirmiştir. Bkz. **von Tuhr, Andreas**, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Band II/2, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin, 1957, s. 174. Aynı yönde bkz. **Bergmaier**, s. 53; **Weitnauer**, s. 399.

kendisi olduğu anlamına gelmez¹⁴⁸. O alacak, amaca ulaşılması bakımından mevcudiyeti zorunlu bir araçtır.

İsviçreli yazar *Bergmaier* tarafından savunulan görüşe göre ise teminat amacıyla alacağın devrinde hukuki sebep, ifa (*causa solvendi*), bağışlama (*causa donandi*) veya alacak (*causa credendi*) sebeplerinden hiçbirine altlanamaz ve bu sebepler de sınırlı sayıda olmadığından burada hukuki sebep *causa fiduciae*'dir¹⁴⁹. Bu bakımdan teminat amacıyla alacağın devrinde hukuki sebep, ikili bir yapı teşkil etmektedir¹⁵⁰. Bu ikili yapıdan ilkinin asıl borcun alacaklısına teminat sağlama amacı oluşturmakta; ikincisi ise, ifa amacına benzer şekilde, *pactum de cedendo*'dan kaynaklanan yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla temellenmektedir¹⁵¹. Yazara göre alacağın devri sebepten soyut olduğundan bu soyutluğun da iki anlamı bulunmaktadır¹⁵²:

Teminat amacından bağımsızlık, ilk olarak devrin teminat altına alınan alacağın varlığından etkilenmemesi anlamını taşır. Dolayısıyla böyle bir alacak hiç doğmamış veya sona ermiş olsa da devir geçerli olur. Yine teminat altına alınan alacağın devri, teminat olarak devredilen alacak üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmaz¹⁵³.

Ancak yazara göre, teminat altına alınan alacağın kumar ve bahis borcu niteliğinde olması halinde, devrin sebepten soyutluğu dikkate alınarak bir sonuca varılmaması gerekir. Zira bu borçlar eksik borç niteliğindedir ve TBK m. 604 hükmünde ifade edildiği üzere, bu alacakların dava edilmesi mümkün değildir. Hükmün *ratio legis*'inden varılan sonuca göre, bu borçların borçlusu ifaya zorlanamaz. İfaya zorlanamamanın bir sonucu olarak da, bu borçların teminat altına alınması için rehin kurulamadığı gibi, bu borçların teminat amacıyla alacak devri yolu ile de geçerli bir şekilde teminat altına alınamayacağının kabulü gerekir¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Bu bakımdan ancak örtülü bir koşulun varlığı varsayılabilirdiği ölçüde bu alacağın varlığı ile devir arasında bir bağlantı kurulabilir. Bkz. **Weitnauer**, s. 395. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, teminat amacıyla alacağın devrinde hukuki sebebin kredi anlaşması olarak görülmesi mümkün değildir.

¹⁴⁹ **Bergmaier**, s. 53-54.

¹⁵⁰ **Bergmaier**, s. 57.

¹⁵¹ **Bergmaier**, s. 47 vd.

¹⁵² **Bergmaier**, s. 62.

¹⁵³ **Bergmaier**, s. 63.

¹⁵⁴ **Bergmaier**, s.63. Eksik borçların teminat alınması konusundaki açıklamalarımız için ileride bkz. İkinci Bölüm, G, 1.

Devrin sebepten soyutluğunun ikinci anlamı ise ikincil hukuki sebebe ilişkindir. Buna göre, geçerli bir alacağı devretme borcundan söz edilemezse devrin geçerliliği bundan etkilemez¹⁵⁵.

Her üç görüş bakımından da, alacağın devri sebepten soyut kabul edildiği sürece pratik anlamda büyük farklılıkların ortaya çıkmayacağını vurgulamak gerekir. Zira *Serick* tarafından ortaya atılan *causa solvendi* (ifa amacı) görüşü benimsendiğinde dahi yazar, teminat altına alınan alacağın var olmaması, geçersiz olması veya sonradan ortadan kalkması hallerinde iki farklı ihtimalin gündeme geleceğini ifade etmektedir¹⁵⁶. Bunlardan ilkinе göre, tarafların teminat amacıyla alacağın devri borcunun doğumu için teminat altına alınan geçerli bir alacağın varlığı (veya sonradan doğması) örtülü olarak şart koşulmuş varsayılabilirse teminat olarak devredilen alacağın iadesi bakımından gerçekleşmeyen sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme talebi (*condictio causa data causa non secuta*) gündeme gelecektir¹⁵⁷. Diğer bir ihtimal ise, teminat altına alınan alacağı doğuran hukuki ilişki (kredi anlaşması) ile teminat anlaşması arasında BGB § 139 anlamında bir kader birliğinin (*Einheit*) kabul edilmesidir¹⁵⁸. Böylece geçerli bir kredi anlaşmasının bulunmaması, teminat anlaşmasının da geçersizliğine yol açacak ve böylece teminat olarak devredilecek alacağın devri hiç borçlanılmamış olacaktır. Bunun neticesinde borç olmayan şeyin ifasına dayalı sebepsiz zenginleşme talebi (*condictio indebiti*) gündeme gelecek ve devredilen alacağın devredene iadesi gerekecektir.

Teminat amacını devrin hukuki sebebi olarak gören ve bu amacın gerçekleşmesi için teminat altına alınan alacağın varlığını ve devamını zorunlu gören diğer iki görüşe göre ise, bu alacağın var olmaması, geçersizliği veya ortadan kalkması ile *causa* bundan doğrudan etkilenecektir. Dolayısıyla başka bir dayanak aramaya gerek kalmaksızın devredilen alacağın sebepsiz zenginleşme nedeniyle iadesi gerekecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁵ **Bergmaier**, s. 64.

¹⁵⁶ Bu konuda bkz. **Weitnauer**, s. 395.

¹⁵⁷ **Serick**, s. 63.

¹⁵⁸ **Serick**, s. 60 vd, 63. Bu konuda ayrıca bkz. **Ahrens, Martin**, §139 BGB, PWW Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Kommentar: (Hrsg: Hans Prütting/ Gerhard Wegen/ Gerd Weinreich), Luchterhand Verlag, 17. Auflage, 2022, BGB §139, N. 14.

¹⁵⁹ Bu bakımdan sebepsiz zenginleşmenin borçlanılmamış şeyin ifası olarak *condictio indebiti* ile mi yoksa gelecekte gerçekleşmesi umut edilen atipik amacın gerçekleşmemesi şeklindeki *condictio causa data causa non secuta* (*condictio ob causam futuram*) ile mi temellendirileceğinin tartışmaya açılabilceği yönünde bkz. **Weitnauer**, s. 400. Bu iki ifa yoluyla sebepsiz zenginleşme türü hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, § 25, N. 3 vd.

Kanımızca, teminat amacıyla alacağın devri bakımından tasarruf işleminin hukuki sebebi *causa solvendi* (ifa sebebi) olarak görülmelidir. Zira her ne kadar kazandırmada güdülen amaç teminat vermek olsa da teminat anlaşması ile alacağın devri borcu altına girildiğinden yapılan devir anlaşması bu borcun ifası anlamına gelmektedir¹⁶⁰.

Bunun sonucu olarak da teminat altına alınan alacağın hiç var olmaması, geçersizliği veya ifa ya da başka bir yolla sonradan ortadan kalkması, hukuki sebep üzerinde doğrudan bir etki göstermez. Kanımızca bu bakımdan teminat altına alınan alacağın akıbetine ilişkin olup da geri devir olayının (*Rückleistungsfall*) kapsamında kalan durumlarda zaten böyle bir dayanağa ihtiyaç da yoktur. Zira bu durumlarda devredilen alacağın iadesi, sebepsiz zenginleşmeye değil teminat anlaşmasından doğan sözleşmesel iade yükümlülüğüne dayanır.

Özellikle teminat altına alınan alacağın en baştan hiç var olmaması veya geçersizliği, sözleşmenin yorumlanması yolu ile ortaya konacak olan geri devir olayının kapsamına dahil kabul edilemiyorsa, bu durumda taraflar arasındaki teminat anlaşmasında teminat sebebi üzerine anlaşılmış olmakla birlikte bu sebep, ya saik hatası ya da işlem temelinin çökmesi nedenine dayalı olarak konusuz kalabilecektir¹⁶¹. Kanımızca bu durumda da alacağın devri, borç olmayan şeyin ifası haline gelecektir. Dolayısıyla bundan kaynaklanan bir sebepsiz zenginleşme istemi söz konusu olacaktır.

B. Hukuki Niteliği ve Tarafları

Teminat anlaşması, karma nitelikli bir inançlı işlem niteliğindedir¹⁶². İnançlı işlemler yasada bir düzenlemeye sahip olmadığından teminat anlaşması da yasada düzenlenmiş değildir. Bu nedenle teminat anlaşması isimsiz bir sözleşmedir. Yine bu anlaşmanın isimsiz sözleşmelerden *sui generis* (kendine özgü) kategorisine dahil olduğu kabul edilmektedir¹⁶³. Öte yandan, uygulamada kullanılma sıklığı itibariyle

¹⁶⁰ Benzer bir durum bağışlama sözleşmesi bakımından da söz konusudur. Zira bağışlama sözleşmesinde *causa donandi* (bağışlama sebebi) söz konusu olsa da bağışlanan şeyin mülkiyetinin veya alacak hakkı ise alacak üzerindeki hak sahipliğinin karşı tarafa geçmesini sağlayan tasarruf işlemi ifa hukuki sebebine (*causa solvendi*) dayalıdır.

¹⁶¹ Bu konuda ileride bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 1, b.

¹⁶² Özsunay, s. 57-58; Turan-Führer, s. 78; Yüksel-Orhun, Teminat, s. 88.

¹⁶³ Reetz/Burri, CHK OR, Art, 164, N. 16; Reetz, Diss, §2, N. 49; Bergmaier, s. 70; Koller, Alfred, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2023, N. 84.08; Yüksel-Orhun, Teminat, s. 108 vd; Kahveci, s. 667; Şafak, İnançlı, s. 126; Şafak, Ali, "Teminat Amaçlı Alacağın Temliki",

tipleşmiş olduğundan teminat anlaşması tipik bir isimsiz sözleşme olma özelliğini de taşımaktadır¹⁶⁴.

Doktrinde, teminat anlaşmasının en geç devir anlaşması ile aynı anda yapılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁵. Eğer bu ifade ile teminat anlaşmasının belgelendirilmesinden söz ediliyor ise tarafların devir anında anlaşmış olup da bu belgelendirmeyi sonradan yapmalarına bir engel yoktur¹⁶⁶. Teminat anlaşması şekle de tabi olmadığından bunun aksi düşünülemez. Eğer bu ifade ile kast edilen, tarafların en geç devir anında devrin teminat amaçlı olduğu üzerine anlaşmış bulunmaları ise şu sorunun yanıtlanması gerekecektir: Acaba bir tasarruf işleminin hukuki sebebi sonradan değiştirilebilir mi? Ne de olsa her durumda devir anında tarafların mevcut bir hukuki sebebi söz konusudur. Dolayısıyla teminat anlaşmasının devirden sonra yapılması ancak başka bir hukuki sebebin değiştirilmesi ile gündeme gelebilir. Kanımızca teorik olarak buna bir engel olmaması gerekir¹⁶⁷. Öte yandan mevcut bir teminat anlaşması üzerinde sonradan değişiklik yapılması da mümkündür¹⁶⁸.

Teminat anlaşmasının taraflarını devreden ile devralan oluşturur. Bunlar çoğu zaman teminat altına alınan asıl borcun da borçlusu ve alacaklısı konumundadır. Ancak bir üçüncü kişinin başkasının borcu için teminat verdiği hallerde, teminat anlaşması üçüncü kişi ile devralan (asıl alacaklı) arasında kurulur¹⁶⁹.

Tarafların teminat amacıyla alacağın devri ilişkisinden doğan tüm hak ve yükümlülüklerinin kökeni, borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşmasıdır¹⁷⁰. Bir tasarruf işlemi olan alacağın devri sözleşmesinin hak veya yükümlülükler doğurması söz konusu değildir. Öte yandan, alacak rehninden farklı olarak, teminat amacıyla alacağın devrinde taraflar arasında kurulmuş bir yasal borç ilişkisinden ve o ilişkiden

Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri (Ed. Av. Ali Şafak), 2. Baskı, Ankara, 2021, ss. 93-156, s. 117; **Turan-Fühner**, s.78; **Aydıncık**, s.170; **Altas/Kurt**, s. 5

¹⁶⁴ Aynı yönde bkz. **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 109.

¹⁶⁵ **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 94; **Şafak**, İnancılı, s. 29; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 271;

¹⁶⁶ Aynı yönde bkz. **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 95 vd.

¹⁶⁷ Teminat anlaşmasının, devir anlaşmasından önce veya sonra yapılabileceği yönünde bkz. **Bergmaier**, s. 68.

¹⁶⁸ Bu yönde bkz. **Huber**, N. 4/581.

¹⁶⁹ **Huber**, N. 4/572; **Şafak**, İnancılı, s. 118; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 90.

¹⁷⁰ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 16; **Engin, Baki İlkay**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002, s. 40; **Mühl**, s. 288.

doğan herhangi bir hak ve yükümlülüğünden de söz edilemez¹⁷¹. Zira borçlandırıcı işlemin ve devir anlaşmasının kurulmasını takiben alacağın bir üçüncü kişiye devri halinde, bu üçüncü kişi ile teminat amacıyla ilk devreden arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir. Söz gelimi, teminat amacıyla alacağı devreden esas borcun borçlusunun bu borcu ifa etmesi üzerine yeni devralan üçüncü kişinin bu kimseye karşı bir iade yükümlülüğü bulunduğu söylenemez¹⁷². Yine bu üçüncü kişinin teminat amacıyla devretmiş bulunan ilk devredene, örneğin garanti sorumluluğu kapsamında başvurması düşünülemez.

Doktrinde, teminat anlaşmasının eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir¹⁷³. Buna göre, devir taahhüdünde bulunan taraf en başta alacağı devretme borcu altına girer. Devir taahhüdünde bulunulana ise şartları gerçekleştiğinde devredilen alacağı iade etmek başta olmak üzere teminat anlaşmasından doğan yükümlülükleri, devir taahhüdünde bulunana yükümlülükleri ile karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi içinde bulunmaz¹⁷⁴.

Öte yandan, asıl borcun borçlusu olmayan üçüncü kişilerce sağlanan teminatlarda, bu üçüncü kişi alacağını devralana bir ivaz karşılığında devrettiği takdirde tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ortaya çıkmış olur. Bu durumda teminat anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak ele alınması gerekir¹⁷⁵.

Doktrinde bir görüş¹⁷⁶, teminat altına alınan alacağı doğuran kredi sözleşmesi ile kredi alan bakımından teminat gösterme borcu kararlaştırılmışsa, bu durumda

¹⁷¹ Alacak rehni bakımından yasal borç ilişkisine ilişkin açıklamalar için bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 303 vd.

¹⁷² İade yükümlülüğünün alacak/taşınır rehni bakımından borçlandırıcı işleme mi yasal borç ilişkisine mi dayandırıldığı ve bu kapsamda iade alacaklısının kim olduğu hususu doktrinden tartışmalıdır. Ancak kanımızca bu bakımdan yerinde olan bu yükümlülüğü yasal borç ilişkisine dayandırmak ve iadenin rehin konusu hakkın sahibine yapılması gerektiğini kabul etmek gerekir. Bu yönde bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 350.

¹⁷³ **Lardelli, Flavio**, Art. 164-183 OR, *KurzKommentar Obligationenrecht*: Art. 1-1186 OR, (Ed. Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn, 1. Auflage, 2014, Art. 164, N. 2; **Yüksel-Orhun**, *Teminat*, s. 112; **Şafak**, *İnançlı*, s. 127; **Şafak**, *Özel Görünüş*, s. 118.

¹⁷⁴ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, teminat amacıyla alacağın devrinde, alacak rehninden farklı olarak, yasal borç ilişkisi söz konusu değildir ve tüm haklar ile yükümlülüklerin kaynağı borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşmasıdır. Bu nedenle, alacak rehnindeki borçlandırıcı işlemi tek tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirmek ve rehinli alacaklının borçlarının yasal borç ilişkisinden kaynaklandığını kabul etmek mümkün olmasına rağmen teminat anlaşması bakımından böyle bir nitelendirilme yapılması söz konusu değildir. Alacak rehniinde borçlandırıcı işlemin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 154.

¹⁷⁵ Bu durumun garanti sorumluluğuna etkisi hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, I, F. 2.

¹⁷⁶ **Şafak**, *İnançlı*, s. 128; **Şafak**, *Özel Görünüş*, s. 120. İnanç anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyen bir nitelik arz etmesinden bağımsız olarak, teminat gösterme borcunun kredi sağlanması

teminat sağlama borcu ile karşı tarafın kredi sağlama borcu arasında bir *synallagma* ilişkisi kurulacağından bahisle teminat (inanç) anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olabileceğini ileri sürmektedir. Kanımızca bu görüşe katılma imkânı yoktur. Zira kredi sağlanması borcu, her durumda taraflar arasındaki kredi sözleşmesinden doğan bir borçtur. Bu borcun inanç anlaşması ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır¹⁷⁷. Öte yandan, kredi anlaşmasında kararlaştırılan bir teminat sağlama borcu, ancak kredi sözleşmesinden doğan bir yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebilir¹⁷⁸. Kredi sağlanması borcu ile teminat verme yükümlülüğü arasında bir *synallagma* ilişkisinden söz edilemez¹⁷⁹.

Kredi anlaşmasının teminat (inanç) anlaşması ile aynı belgede somutlaşması veya teminat anlaşmasının kredi anlaşmasının içindeki bir kloz olarak ortaya çıkması da bu sonucu değiştirmez¹⁸⁰. Zira ister başka bir sözleşmenin klozu olarak ortaya çıksın ister başka bir sözleşme ile aynı belgede somutlaşsın, teminat anlaşması teorik olarak her zaman ayrı bir anlaşma olarak görülmelidir. Dolayısıyla bu durumda kanımızca teminat anlaşması iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelmediği gibi kredi ile teminat arasında bir *synallagma* ilişkisi de kurulmuş olmaz.

Öte yandan, tarafların teminat sağlama borcu üzerine anlaşmaları halinde, kanımızca bu anlaşmanın teminat (inanç) anlaşmasının bir ön sözleşmesi niteliğinde olduğu düşünülebilir. Bu anlaşma ile asıl borçlu asıl alacaklıya, teminat (inanç) anlaşmasını yapmayı taahhüt etmiş olmaktadır. Bu kapsamda kredi alan teminat anlaşmasını yapmaya zorlanabilir.

Kredi anlaşmasında bir teminat gösterme borcu kararlaştırılmış olup da teminat gösterilmediği sürece kredinin sağlanması borcundan kaçınılıp kaçınılamayacağı

borcunun bir karşı edimi olarak kararlaştırılabileceği yönünde ayrıca bkz. **Kuntalp**, Teminat Türleri, s. 267, dn. 16 ve s. 267-268.

¹⁷⁷ Kredi anlaşmasında teminat verme yükümlülüğü kararlaştırılmasının yalnızca teminat anlaşmasının bir hükmünün kredi anlaşması ile bağlanması anlamına geleceği ve bu bakımdan kredi anlaşmasının teminat gösterme yükümlülüğünü içermesi nedeiyle devrin hukuki sebebi olarak görülemeyeceği yönünde ayrıca bkz. **Huber**, N. 4/575a

bu yükümlülüğün teminat (inanç) anlaşmasının yerine geçmeyeceği yönünde

kredi anlaşmasından ikinci bir hukuki sebebin de doğmayacağı yönünde ayrıca bkz.

¹⁷⁸ Bu yönde bkz. **Özen, Burak**, Kredi Açma Sözleşmeler, İstanbul, 2017, s. 224-225.

¹⁷⁹ **Özen**, Kredi Açma, s. 225, s. 225 dn. 396.

¹⁸⁰ Doktrinde bir görüş, inanç anlaşmasını tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak görülmesinin ancak teminat anlaşması kredi anlaşmasının bir klozu olarak yapılmış ve burada teminat sağlama borcunun bir karşı edim olarak kararlaştırılmış olması halinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Ayanoğlu-Moralı**, Ahu, Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2006, s. 117.

sorununa ise kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda ödemezlik def'i perspektifinden yaklaşılması mümkün değildir. Zira ödemezlik def'i ancak karşılıklı yükümlülükler bakımından ileri sürülebilir. Bu bakımdan *Özen*, kişisel nitelikli bir hapis hakkının mümkün görülebileceğini ifade etmektedir¹⁸¹.

C. Unsurları

Teminat anlaşması, yukarıda açıkladığımız üzere teminat amacıyla alacağın devrinin borçlandırıci işlem ayağını ve devrin hukuki sebebini oluşturan *sui generis* bir anlaşmadır. Bu anlaşmanın içeriğinde temel olarak dört unsurun bulunduğu kabul edilmektedir¹⁸². Şüphesiz ki bunlardan ilki, alacağın (veya alacakların) devrinin taahhüt edilmiş olmasıdır (*pactum de cedendo*). Böylece taraflar devir taahhüdü üzerine anlaşmış bulunmaktadır. Teminat anlaşmasının bir diğer unsuru, tarafların teminat amacı (*Sicherungszweck*) üzerinde anlaşmalarıdır. Teminat amacı üzerine gerçekleştirilen anlaşma ile taraflar, devralanın alacak üzerindeki yetkilerinin, hiç değilse iç ilişkide anlam ifade etmek üzere, sınırlarını çizerler.

Teminat anlaşmasının üçüncü unsuru, paraya çevirme anlaşmasıdır (*Verwertungsabrede*). Buna göre, teminat olarak devredilen alacak, ancak teminat altına alınan alacağın muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi halinde paraya çevrilebilir. *Reetz* bu durumu, “paraya çevirme olayı” (“*Verwertungsfall*”) olarak ifade etmiştir¹⁸³. Yazar, paraya çevirme anlaşmasının geciktirici koşula bağlı bir anlaşma teşkil ettiğini ve koşulun da taraflar arasındaki anlaşmaya göre saptanacak olan paraya çevirme olayı olduğunu ifade etmektedir¹⁸⁴. Gerçekten de devralanın elindeki alacağı ne zaman (borca aykırı davranmaksızın) paraya çevirebileceği, eş deyişle paraya çevirme olayının kapsamı, sözleşmenin yorumu ile saptanacaktır.

Teminat anlaşmasının son unsuru ise tarafların alacağın geri devri hususunda anlaşmalarıdır. Paraya çevirme anlaşmasına benzer şekilde, bu anlaşma da geciktirici koşula bağlıdır¹⁸⁵ ve “geri devir” (“*Rückleistungsfall*”) gerçekleşmesi ile hüküm ve

¹⁸¹ *Özen*, Kredi Açma, s. 225, s. 225 dn. 397.

¹⁸² Bkz. *Reetz*, Diss., §2, N. 50-55. *Reetz/Burri*, CHK OR, Art, 164, N. 17 vd.

¹⁸³ *Reetz*, Diss., §2, N. 52.

¹⁸⁴ *Reetz*, Diss., §2, N. 52., dn. 57.

¹⁸⁵ *Reetz* şarta bağlı iki anlaşmanın devralanın tasarruf yetkisine de etkisi olduğunu ve bu bağlamda OR Art. 152/3 (TBK m. 171/3) hükmünün burada uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir. Bkz. *Reetz*, Diss., §2, N. 58; *Reetz, Peter*, Die Anwendbarkeit von 152 Abs.3 im Rahmen der Sicherungszession, recht 2006, ss. 233-246, s. 232 vd. İleride de açıklayacağımız üzere biz yazarın

sonuçlarını doğurur. Geri devir olayı genel itibariyle asıl alacağın ifa veya başka bir yolla sona ermesi hallerini oluşturur¹⁸⁶. Ancak tıpkı paraya çevirme olayı gibi, geri devir (iade) olayının da sözleşmenin yorumu yoluyla belirlenmesi gerekir¹⁸⁷.

Söz konusu dört unsurdan ilki olan *pactum de cedendo*, alacağın devrinin hukuki sebebini teşkil eden tüm anlaşmalarda bulunur. Zira devrin hukuki sebebini oluşturup da devrin taahhüt edilmediği bir borçlandırıcı işlem den söz edilemez. Ancak diğer üç unsur, devrin teminat amacıyla yapıldığını tespit etmek bakımından büyük önem arz eder. Bu unsurların varlığı, devrin teminat amacıyla yapıldığını da ortaya koyar niteliktedir¹⁸⁸. Öte yandan, paraya çevirme anlaşması ile geri devir (iade) anlaşması açık olarak kararlaştırılabileceği gibi bunların açıkça kararlaştırılmadığı hallerde teminat amacı unsurunun içeriğinden çıkarılabilecekleri kabul edilmektedir¹⁸⁹.

Öte yandan, yukarıda teminat anlaşmasının unsurları olarak ifade ettiğimiz hususları teminat anlaşmasının kurucu, sınırlayıcı ve bozucu fonksiyonu olarak açıklayan yazarlar da bulunmaktadır. Buna göre, kurucu fonksiyon teminat amacını; sınırlayıcı fonksiyon, paraya çevirme anlaşması gibi devralanın yetkilerinin sınırlarını ve son olarak bozucu fonksiyon ise geri devir (iade) anlaşmasının içeriğini karşılayacak şekilde kullanılmaktadır¹⁹⁰. Biz metodolojik açıdan yukarıdaki açıklamanın daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

D. Uygulanacak Hükümlerin Tespit Edilmesi

Teminat amacıyla alacağın devri bakımından tarafların tüm hak ve yükümlülüklerinin kaynağı olan teminat (inanç) anlaşmasına hangi hükümlerin uygulanacağını tespit edilmesi büyük bir önem arz etmektedir. Zira bu tespit ile hem teminat anlaşmasının geçerliliği bakımından dikkate alınacak kriterler ortaya

aksine ilgili hükmün koşula bağlı borçlandırıcı işlemlerde uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyiz. İkinci Bölüm, I, F, 2, a ve İkinci Bölüm, I, F, 3.

¹⁸⁶ İade yükümlülüğünü meydana getiren hallere ilişkin bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 1.

¹⁸⁷ İnançlı işlemlerde inanç anlaşmasının, diğer hak ve borçlar gibi, inanç konusunun iadesine dair hükümleri de içerdiği ve tespit ettiği ve borçlandırıcı işlem niteliğine sahip olduğu yönünde bkz. Yarg. 1. H.D. E. 2013/14869 K. 2014/18833 T. 02.12.2014; Yarg. 1.H.D. E. 2014/14884 K. 2014/17201 T. 10.11.2014. (Legalbank)

¹⁸⁸ Reetz, Diss., §2, N. 56.

¹⁸⁹ Reetz, Diss., §2, N. 54; Bergmaier, s. 68-69.

¹⁹⁰ Bkz. Bergmaier, s. 67-68; Aydıncık, s. 163. Turan-Fühner, s. 67 vd. , Yüksel-Orhun, Teminat, s. 93.

konulmuş olur hem de tarafların hak ve yükümlülüklerine uygulanacak hükümler açıklığa kavuşturulur.

Teminat anlaşmasına uygulanacak hükümler arasında başvurulacak temel kaynak, teminat anlaşmasının içeriği, eş deyişle, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hususlardır¹⁹¹. Önemle belirtmek gerekir ki, teminat anlaşmasının içeriği tarafların yalnızca açıkça kararlaştırdıkları hususları değil sözleşmenin yorumlanması yolu ile ortaya konulacak örtülü içeriği de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır¹⁹². Bu açıdan sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine yönelik yorum faaliyeti titizlikle yürütülmelidir. Zira uyumsuzluk konusunun sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığına kanaat getirilmesi, sözleşmede boşluk bulunduğu anlamına gelecek (“sözleşme boşluğu”= “*Vertragslücke*”) ve bu durumda da sözleşme boşluğunun doldurulması için başvurulması gereken teknik yöntem izlenecektir. Dolayısıyla tarafların güven teorisi ışığında yorumlanacak iradelerine aykırı sonuçların ortaya çıkmaması bakımından sözleşmede boşluk bulunduğu kanaat getirilmeden önce, sözleşmenin içeriğine yönelik yorum faaliyetine önem verilmelidir.

Sözleşmede boşluk bulunduğu ihtimalde, teminat anlaşması bakımından bu boşluğun nasıl doldurulacağına geçmeden önce ifade etmek gerekir ki, tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları hususlar bakımından sözleşme özgürlüğünün sınırları ile bağlı olduklarına şüphe yoktur. Tüm sözleşmeler için aranan genel geçerlilik unsurları teminat anlaşması bakımından da aranır. Dolayısıyla tarafların, aralarında aksini kararlaştırdıkları gerekçesiyle, kamu düzenine, genel ahlaka veya emredici hükümlere aykırı bulunan bir hususun uygulanmasını sağlamaları mümkün değildir. Bu noktada emredici hükümlerin bir diğer özelliği ise, taraflar hükmün kapsamına giren bir hususu sözleşmede kararlaştırmamış olsalar bile emredici hükmün uygulama alanı bulacak olması ve bu durumda sözleşme boşluğundan söz edilemeyecek olmasıdır¹⁹³.

¹⁹¹ Reetz, Diss., §2, N. 73.

¹⁹² Aynı yönde bkz. Reetz, Diss., §2, N. 73; Atamer, Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, ss. 171-191, s. 175. İpek-İşleten, Mehtap, Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009, s. 68-69. Örneğin; yukarıda bahsettiğimiz, teminat anlaşmasının içeriğine dahil dört ana anlaşma sözleşmede yer alan teminat amacının yorumlanması faaliyeti ile saptanır ve bu konuda bir boşluk olmadığı kabul edilmelidir.

¹⁹³ Oktay-Özdemir, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHFM, Yıl 1996, Cilt: 55 Sayı: 1-2, ss. 263 - 296, s. 283; Aksoy-Dursun, Senem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008, s. 76.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken ve konumuz bakımından büyük bir önem arz eden husus, tüm hukuki işlem veya sözleşmeler bakımından öngörülen genel emredici hükümlerden başka, yasanın söz gelimi rehin veya vekâlet sözleşmesi gibi yalnızca özel bir hukuki ilişki veya hak ile sınırlı kalmak üzere getirdiği emredici hükümlerin de sözleşme özgürlüğünü sınırlayacak şekilde kıyasen teminat anlaşmasına uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu sorunun ortaya çıkma sebebi, teminat anlaşmasının *sui generis* bir sözleşme olması ve bu nedenle yasada bu sözleşmeye özgü özel nitelikli emredici hükümlerin bulunmayışıdır. Acaba, teminat anlaşmasına çok benzer nitelikte olup da yasa tarafından düzenlenen hukuki ilişkilere ilişkin emredici hükümler, teminat anlaşmasına da emredici şekilde ve kıyasen uygulanacak mıdır? Bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse, rehin hükümleri arasında düzenlenen ve teminat amacıyla alacağın devri ile çok yakından ilişkili olan alacağın rehni bakımından da uygulama alanı bulan *lex commissoria* yasağı, teminat anlaşmasında kıyasen uygulama alanı bulacak ve böylece tarafların bu yasağa aykırı olarak kararlaştırdığı hususlar hükümsüz mü olacaktır?

Bu soruya peşinen olumsuz yanıt vermek, tarafların isimli olan sözleşmeyi yapsalardı aksine bir düzenleme getiremeyecekleri bazı emredici hükümleri isimsiz bir sözleşme yaparak bertaraf etmeleri riskini doğurur¹⁹⁴. Öte yandan, isimsiz sözleşmelerin deyim yerindeyse en başına buyruk kategorisi olan *sui generis* sözleşmelerde bile yasada düzenlenmiş bazı sözleşme tipleri ile yoğun amaçsal benzerlikler bulmak mümkündür¹⁹⁵. Tüm bu sebeplerle, özel nitelikteki emredici hükümlerin¹⁹⁶ isimsiz sözleşmelere kıyasen uygulanması bakımından doktrinde ilgili emredici özel normun koruma fonksiyonunun dikkate alınarak belirleneceği kabul edilmektedir¹⁹⁷. Eğer koruma fonksiyonu böyle bir hükmün isimsiz bir sözleşmeye de uygulanmasını gerektiriyorsa¹⁹⁸, taraflar isimsiz sözleşmede de bu emredici

¹⁹⁴ Oktay-Özdemir, İsimli, s. 271.

¹⁹⁵ *Sui generis* sözleşmelerin de isimli sözleşmelerine benzerlik gösterebileceği ve *sui generis* ve karma sözleşmeler arasındaki ayrımın mutlak bir kesinlikle yapılamayacağı yönünde bkz. Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 291, 292.

¹⁹⁶ Özel nitelikli hükümler burada tüm hukuki işlem veya sözleşmeler bakımından geçerli olmayan, belli bir hukuki ilişki veya bazı hukuki ilişkiler için getirilmiş hükümler anlamında kullanılmaktadır.

¹⁹⁷ Kuntalp, Karışık, s. 266, 267, 268.

¹⁹⁸ Kanımızca koruma fonksiyonlarının özel olarak getirildikleri işlemi aşması nedeniyle bu tür hükümlerin yasanın özel hükümler kısmında yer almakla birlikte nitelik olarak genel hüküm katına çıktığı söylenebilir. Zira katıldığımız görüş uyarınca, TMK m. 5 gereği hâkimin TMK m. 1 f. 1 kapsamında somut olaya kıyasen uygulanabilecek bir hüküm araştırma yükümlülüğü, TMK, TBK ve TTK'nın genel nitelikli hükümlerinden ibarettir. Bu görüş için bkz. Gürzumar, Osman Berat, "Türk Medeni Kanunu'nun 5. Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, İstanbul, 2006, ss. 105-161, s. 156.

hükümün aksine bir anlaşma yapamazlar. Aksi takdirde tarafların kararlaştırdıkları husus geçersiz olur ve duruma göre bu tüm sözleşmenin geçersizliği sonucunu da doğurabilir¹⁹⁹.

Konumuz bakımından özellikle alacağın rehnine ilişkin emredici hükümlerin²⁰⁰ teminat amacıyla alacağın devrinde de emredici şekilde uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışma konusu oluşturmaktadır. Kanımızca tartışma konusu her bir hükümde göz önünde bulundurulması gereken kriter, ilgili hükümün koruma fonksiyonudur. Bu koruma fonksiyonu teminat amacıyla alacağın devri bakımından da geçerli olduğu sürece ilgili hükümün teminat anlaşmasına uygulanacağı kabul edilebilir. Çalışmamızın devamında yeri geldikçe bu hükümlere değinilecek ve bu hükümlerin teminat anlaşmasında uygulama alanı bulup bulamayacağı ele alınacaktır. Ancak şimdiden belirtmek gerekir ki, yukarıda örnek olarak verdiğimiz *lex commissoria* yasağının teminat amacıyla alacağın devrinde de kıyasen uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir. Bu kıyasen uygulamanın sonucu olarak, teminat teşkil eden alacağı parayı çevirerek tatmin olan devralanın asıl alacağı aşan miktarı devreden iade borcu altında olduğu kabul edilmektedir. Tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkün değildir. Bu konudaki detaylı açıklamalara, çalışmamızın iade yükümlülüğüne ilişkin kısmında yer verilecektir²⁰¹.

Teminat anlaşmasına uygulanacak hükümler bakımından bir diğer önemli mesele, sözleşme boşluğu hallerinde bu boşluğun nasıl doldurulacağının belirlenmesidir. Tarafların üzerinde anlaşmaya varmadıkları²⁰² veya anlaşmalarına rağmen bu anlaşmanın sözleşme özgürlüğünün sınırlarını ihlal etmesi nedeniyle

¹⁹⁹ Örnek olmak üzere, teminat anlaşmasında TMK m. 23'e aykırılık veya aşırı yararlanma hallerinde geçersizlik hakkında bkz. İkinci Bölüm, I, H ve I.

²⁰⁰ "Alacak rehnine ilişkin hükümler" ifadesiyle TMK m. 954 f.2'de yapılan atıf gereği alacağın rehnine uygulanan taşınır rehni hükümleri de kast edilmektedir.

²⁰¹ İleride bkz. Üçüncü Bölüm, II, C, 1, c.

²⁰² Tarafların üzerinde anlaşmaya varmadıkları hususlar, ancak *essentialia negotia*'ya dahil olmayan unsurlardır. Esaslı noktalar üzerinde anlaşma yoksa sözleşmenin kurulmamış olduğu kabul edilir. İsimli sözleşmelerin esaslı unsurlarının nasıl tespit edileceği sorusuna gelince; bunların, "sözleşmenin anlam ve içeriğinden" çıkarılacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Kocaağa, Köksal**, "Sözleşmelerin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Unsurlar", TBB Dergisi, S. 79, 2008, ss. 73-102, s. 82. Teminat anlaşması bakımından esaslı unsurlar, dört ana kategoride incelenmişti. Bkz. İkinci Bölüm, I, C.

Öte yandan, sözleşmenin kurulması bakımından esaslı unsurlar üzerinde anlaşılması zorunlu kılan kuralın da günümüz doktrininde esnek bir yapıya kavuştuğu yönünde bkz. **Aksoy-Dursun**, s. 62 vd. Objektif esaslı unsurların hepsi üzerinde görüşülmemiş olsa bile asgari içerikte bir anlaşmanın sözleşmenin kurulmuş sayılması için yeterli olabileceği yönünde bkz. **Taşkın, Zeynep Damla**, Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, 2020, s. 206, 207. Bu konuda görüşler ve değerlendirme için ayrıca bkz. **Taşatan, Caner**, Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, 2021, s. 210 vd.

geçerli olmadığı²⁰³ hususlarda sözleşme boşluğu söz konusudur. Sözleşme boşluklarının nasıl doldurulacağı doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın odağında, gerek isimsiz gerek isimli sözleşmelerde boşluk doldurma faaliyetinde izlenecek yöntem yer almaktadır. Yöntem bakımından, hâkimin boşluk halinde öncelikle tamamlayıcı hükümlere mi başvuracağı yoksa öncelikle tarafların ortak farazi iradelerini mi araştıracağı doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur²⁰⁴.

Ancak günümüzde hâkim olan uzlaştırmacı görüşe²⁰⁵ göre, hâkim boşluğu doldururken ilk olarak bu konuda tamamlayıcı nitelikte bir hüküm varsa o hükmü dikkate alır; ancak mevcut tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanması her durumda somut uyuşmazlığın çözümü bakımından uygun veya tatmin edici olmayabilir. Böyle bir durumda hâkim tamamlayıcı bir hükmün varlığına rağmen boşluğu o hükümle doldurmamayı tercih etmelidir. Mevcut tamamlayıcı bir hükmün uygulanmaması, yasanın açıkça bu durumu öngörmesinden, taraf iradelerinden çıkan sonuca göre tarafların ilgili hükmün uygulanmasını istemedikleri sonucuna varılmasından²⁰⁶ veya mevcut hükmün somut uyuşmazlığa uygun bir çözüm getirmemesinden²⁰⁷

²⁰³ Eğer sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bu engel, ilgili hususta doğrudan başka bir çözüm öngören emredici bir hüküm ise yukarıda da açıkladığımız üzere, uyuşmazlığa o emredici hüküm uygulanır. Bu durumda bir sözleşme boşluğundan söz edilemez. Ancak sözleşme özgürlüğünü sınırlayan unsur (emredici hüküm veya başkaca bir unsur), yalnızca tarafların anlaşmasını bertaraf etme sonucunu doğuran ancak bu konuda ikame bir kural getirmeyen nitelikteyse, o zaman sözleşme boşluğu meydana gelir.

²⁰⁴ Tartışma temel olarak iki farklı yöntem üzerinden yürütülmekle birlikte görüşler arasındaki farklılaşma, bu yöntemlerin sırasına ilişkindir. Bkz. **Oktay-Özdemir**, İsimli, s. 287. Buna göre, boşluk doldurmada, klasik ve sübjektif olmak üzere iki yöntem söz konusudur. Klasik yöntem, yedek hukuk kurallarının varlığı halinde boşluğun o kurallarla doldurulmasını zorunlu kılar; sübjektif yöntem ilk sırada, tarafların ortak farazi iradesinin araştırılması gerektiğini savunur. Sübjektif yöntemi savunan bazı yazarlar ise, ortak farazi irade yerine sözleşmesinin doğasının, niteliğinin nazara alınması gerektiğini savunur. Ancak doktrinde, ortak farazi irade ile sözleşmenin doğası arasında pratik bir farklılık olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 203, 204.

²⁰⁵ Bu görüşte bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 210, 211; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 33, N.3; **Atamer**, Boşluk, s.183; **Aksoy-Dursun**, s. 124; **Eren, Fikret**, “İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, 2008, s. 108.

²⁰⁶ Bu durum, sözleşmenin yorum yoluyla belirlenen içeriğinden dahi uyuşmazlığa ilişkin bir çözümün tespit edilemediği ancak yine de başkaca sözleşme hükümlerinden yedek hukuk kuralının getirdiği çözümün tercih edilmeyeceğinin anlaşılmasına ilişkindir. Bkz. **Atamer**, Boşluk, s. 184.

²⁰⁷ Bu sonuca varmak bakımından doktrinde çeşitli kriterler ileri sürülmekte; hatta tamamlayıcı hukuk kuralları farklı yönlerden ayrımlara tutularak her bir kategori için yapılacak değerlendirmenin de değişeceği ifade edilmektedir. Bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 209; **Bucher, Eugen**, “Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen- Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze”, Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg/CH, 1977, ss. 249-269, s. 267; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 33, N.3; **Serozan, Rona**, “Atipik Sözleşmeler Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul, Beta, 2002, ss.1223-1232, s. 1224 ve 1227. Kanımızca da yazarların bu değerlendirmesi yerindedir. Öyle bazı yedek hukuk kuralları vardır ki, taraf iradeleriyle açıkça dışlanmalarına rağmen bu kuralların getirilme amaçları düşünüldüğünde hâkimin boşluğu başka bir

kaynaklanabilir²⁰⁸. Bu hallerde hâkim, mevcut hukuk kuralını uygulamak yerine ortak farazi irade ile sözleşme boşluğunu doldurma yolunu tercih edebilir. Ortak farazi irade metodu, doktrinden sözleşmenin tamamlayıcı yorumu olarak da ifade edilmiştir²⁰⁹. Bu bakımdan, genel itibarıyla isimli ve isimli sözleşmeler arasında bir fark da gözetilmemektedir. Teminat anlaşması gibi *sui generis* sözleşmelerin tipik²¹⁰ olan halleri bakımından da geçerli olmak üzere uzlaştırmacı görüş kabul edilmektedir²¹¹.

Ancak her ne kadar yöntem ve takip edilecek sıra aynı olsa da, isimli sözleşmelere ilişkin yasada özel hükümlerin bulunmayışı nedeniyle isimli sözleşmelerin bu bakımdan ayrıca ele alınması gerekmektedir²¹². Zira burada yanıtlanması gereken önemli bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmede boşluk bulunduğu hallerde, kural olarak, başvurulacak ilk kaynak olan tamamlayıcı hükümler, acaba isimli sözleşmeler bakımından ne anlama gelmektedir? Bu tamamlayıcı hükümlerin genel nitelikte olanları kapsadığına şüphe olmamakla birlikte acaba yasada benzer nitelikteki isimli sözleşmelere ilişkin getirilmiş özel nitelikteki tamamlayıcı hükümler de isimli sözleşmeler bakımından dikkate alınacak mıdır?

Teminat anlaşması gibi *sui generis* sözleşmeler bakımından bu ihtimalin en baştan reddedilmesi ilk bakışta makul görülebilir. Zira *sui generis* sözleşmelerde yasadaki sözleşme tiplerine ait unsurların kısmen veya tamamen bulunmaması söz konusudur²¹³. Dolayısıyla yasada *sui generis* bir sözleşmeye benzer hiçbir isimli

yolla doldurması kabul edilemez görülebilir. Böyle bir durumun özellikle sözleşme boşluğunun sözleşmedeki bir hükmün geçersiz sayılmasından kaynaklandığı hallerde ortaya çıkması olasıdır. Bu yönde bkz. **Atamer**, Boşluk, s.184, dn. 62.

²⁰⁸ **Atamer**, Boşluk, s. 184-185. Benzer yönde bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 210-211; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 33, N.3.

²⁰⁹ Bkz. **Atamer**, Boşluk, s. 184.

²¹⁰ Tipik-atipik isimli sözleşme ayrımı, bir sözleşmenin uygulamada kullanılma sıklığı nedeniyle tipleşmesi esas alınarak belirlenmektedir. Kavram için bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 7, 8. Kanımızca boşluk doldurma bakımından tipik-atipik *sui generis* sözleşme ayrımı yapmak ve atipik sözleşmelerde tamamlayıcı hükümler yerine tarafların ortak farazi iradesine gitmek yerine, bu ayrımı yapmaksızın, atipik sözleşmenin arz ettiği özellik gereği, uzlaştırmacı görüş doğrultusunda, tamamlayıcı hükümlerin somut olaya uygun olmadığına veya tarafların yaptıkları bu sözleşme ile tamamlayıcı hükmü dışlama iradesinde olduklarına kanaat getirilerek de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Ne de olsa *sui generis* sözleşmenin tipik mi atipik mi olduğu da bir yorum meselesidir.

²¹¹ Atipik *sui generis* sözleşmelerde, ilk sırada tamamlayıcı hukuk kuralları yerine ortak farazi iradenin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 294, 295. Ancak teminat (inanç) anlaşmasının uygulamadaki sıklığı düşünüldüğünde onu tipik bir isimli sözleşme saymak yerinde olacaktır.

²¹² Bu yönde bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 221.

²¹³ **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri C. I/1, İstanbul, 2008, s. 12.

sözleşme bulunamayacağı ve bu nedenle böyle bir sorunun *sui generis* sözleşmelerde gündeme gelmeyeceği düşünülebilir. Hatta doktrinde bir görüş, *sui generis* sözleşmeler için özel tamamlayıcı hukuk kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığını, bunun yerine tarafların ortak farazi iradelerinin araştırılması yolu ile boşluğun tamamlanacağı ileri sürülmektedir²¹⁴. Ancak *sui generis* sözleşmelerin de özellikle ekonomik amaçları bakımından yasada düzenlenmiş sözleşmelere benzemesi mümkündür²¹⁵. Örneğin; teminat amacıyla alacağın devri ile alacak rehni arasında da bu türden bir benzerlik bulunduğu şüphe yoktur. Dolayısıyla alacak rehnine ilişkin tamamlayıcı nitelikteki TMK hükümlerinin²¹⁶ teminat anlaşmasına uygulanıp uygulanmayacağının ve uygulanması mümkünse bu uygulamanın metodolojik anlamının tespiti gerekmektedir.

En baştan belirtmek gerekir ki, *sui generis* bir sözleşmeye özel nitelikte bir hükmün uygulanması kabul edilecek olursa, bunun doğrudan değil ancak kıyasen bir uygulama olacağına şüphe yoktur²¹⁷. Ancak söz konusu hükümlerin *sui generis* sözleşmelerdeki uygulama alanı sorunu, hukukun uygulanmasına ilişkin temel bir tartışmanın kapısını aralamaktadır²¹⁸.

TMK m. 1 f.1’de ifade edildiği üzere, hâkim önüne gelen bir uyuşmazlıkta uygulanması mümkün olan bir hüküm varsa bu hükmü uygulamak zorundadır. Böyle bir hükmün bulunmaması halinde ise hâkim yasa boşluğunun doldurulması için TMK m. 1 f. 2’de belirtilen metodu izleyecektir. Yine bununla bağlantılı olarak, TMK m. 5 hükmünde, “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” ifadesine yer verilmektedir. Bu durumda yanıtlanması gereken soru, hâkimin yasa boşluğu bulunduğu kanaat getirmeden önce somut olaya özgü olup da doğrudan uygulanacak hükümlerden başka TMK ve TBK’nın hangi hükümlerini dikkate almak

²¹⁴ Oktay-Özdemir, İsimli, s. 107-108; Aksoy-Dursun, s. 193.

²¹⁵ Kuntalp, Karışık, s. 293-294.

²¹⁶ Belirtmek gerekir ki, bu hükümlerin pek çoğu rehin veren ile rehin alan arasında kurulduğu kabul edilen yasal borç ilişkisini düzenleyen hükümlerdir. Ancak yasal borç ilişkisine ait bu hükümlerin de yedek hukuk kuralı niteliğinde olabilecekleri ve taraf iradeleriyle değiştirilebilecekleri kabul edilir. Bkz. Taşkın, Mevduat, s. 355 vd.

²¹⁷ İsimli sözleşmelerin karışık muhtevalı akit kategorisine dahil sözleşmeler bakımından ise bu durum tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuntalp, Karışık, s. 227 vd.

²¹⁸ Dikkat edilmelidir ki, hâkimin yasanın tamamlayıcı hükümlerine başvurusu bir sözleşme boşluğu doldurma faaliyeti olmakla birlikte bu aşamada henüz bir yasa boşluğu ortaya çıkmış değildir. Yasa boşluğunun ortaya çıktığı an, tamamlayıcı hükümlerde de uygulanacak bir hüküm bulunmadığı andır. Atamer, Boşluk, s. 185. O nedenle burada soru, hâkimin yasa boşluğu doldurmasına değil; yasayı uygulamasına ilişkindir.

zorunda olduğudur. TMK m. 5'in gerek lafzi gerek tarihi yorumu kapsamında İsviçre doktrininde bu soruya farklı yanıtlar verildiği görülmektedir²¹⁹.

Kanaatimizce üstün tutulması gereken görüşe göre²²⁰, hâkimin bu noktada dikkate alacağı hükümler, TMK ve TBK'nın (ve TTK'nın) genel nitelikteki hükümlerinden ibarettir. Bu genel hükümlerden bir kısmı, TMK m. 5'in kapsamına girmeksizin ilgili somut olaya doğrudan uygulanacak hükümlerdir. Ancak bir kısmı ise genel hüküm olmakla birlikte, TMK m. 5 kapsamında ancak kıyasen uygulama alanı bulacak hükümlerdir. Zira kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, ilgili genel hükümler tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağından bunların her zaman doğrudan uygulama alanı bulması mümkün değildir²²¹.

Ne var ki, TMK m. 1 f. 1'in kapsamına TMK m. 5 hükmünde yapılan atıf gereği dâhil olan ve kıyasen uygulanacak hükümlerin genel hükümlerden ibaret olduğunu ifade eden bu görüş, özel nitelikteki yedek hukuk kurallarının benzer hukuki ilişkilere kıyasen uygulanmasının TMK m. 1 f. 1 ve dolayısıyla TMK m. 5 ile ilişkisini şu şekilde açıklanmaktadır: Eğer mevcut özel hüküm uyuşmazlığın çözümü bakımından genel hükümlerden daha elverişli ise hâkim, genel hükmü değil elverişli bulunan özel hükmü dikkate almalıdır²²². Ancak bu görüş kanımızca bazı soruların yanıtını açıkta bırakmaktadır. İlk olarak, genel hükümlerde somut olaya uygun hiçbir hüküm olmaması halinde de hâkim özel hükümlerde kıyasen uygulanabilecek bir hüküm arama yükümlülüğü altında mıdır yoksa bu durumda hâkimin yasa boşluğunu doldurma aşamasına mı geçmesi gerekir? Öte yandan, kıyasen uygulanabilecek bir özel hüküm tespit edilebiliyor olsa bile, hâkim TMK m. 1 f.1 kapsamında yalnızca genel hükümden daha avantajlı olduğu gerekçesiyle, o hükmü uygulamak zorunda mıdır? Yoksa hâkim kıyasen uygulanabilecek bu özel hüküm yerine somut olaydaki uyuşmazlığa daha elverişli olacağı gerekçesiyle yasa boşluğu doldurma yolunu tercih edebilir mi?

²¹⁹ Görüşler hakkında bkz. **Gürzumar**, s. 112-114.

²²⁰ **Gürzumar**, s. 126-128.

²²¹ Kıyasen uygulamanın sonucu, ilgili hükmün her zaman değiştirilerek uygulanması değildir. Hâkim bir hükmü kıyasen ancak aynen uygulayabilir. Zira kıyasen uygulamada dikkate alınacak bir filtre olan “*niteliğine uygun düşme*” hükmün aynen uygulanması sonucunu doğurabilir. Bkz. **Gürzumar**, s. 142-143.

²²² Bkz. **Gürzumar**, s. 158-159, dn.193.

İsviçre doktrininde ileri sürülen bir diğer görüşe göre²²³ ise genel-özel hüküm ayrımı yapılmaksızın hâkim kıyasen uygulanabilecek bir hüküm bulundukça bu hükmü uygulamak zorundadır. Böyle bir hükmün varlığına rağmen yasa boşluğunu doldurma yolunu tercih edemez.

Bu durumda konumuz bakımından ortaya çıkan sorun şu şekilde özetlenebilir: Teminat anlaşmasında bir sözleşme boşluğu bulunduğu durumda hâkim, kural olarak, ilk önce tamamlayıcı hükümlere başvurmalıdır. Ancak TMK m. 1 f. 1 hükmünün bir uzantısı olarak görülebilecek bu kural, somut uyuşmazlığın çözümü sözleşme boşluklarının doldurulmasına ilişkin olduğunda yumuşatılmakta ve bazı hallerde hâkime mevcut tamamlayıcı hükmü uygulamaktan kaçınma imkânı verilmektedir. Hâkimin kural olarak uygulamak zorunda olduğu ancak çeşitli sebeplerle uygulamaktan imtina edebileceği bu hükümlerin genel nitelikli olup gerek doğrudan gerek kıyasen teminat anlaşmasına uygulanabilecek hükümleri kapsadığına şüphe yoktur. Eğer bu hükümlere benzer nitelikteki hukuki ilişkiler için getirilmiş özel nitelikli hükümlerin de dâhil olduğu kabul edilecek olursa hâkimin yapacağı ilk iş, söz konusu hükümler arasında teminat anlaşmasına uygulanmaya elverişli hükümler bulunup bulunmadığını tespit etmektir. Bu türden hükümlerin *sui generis* sözleşmelere ancak kıyasen uygulanması mümkün olduğundan, bu hükümlerin (varsa) uygulanma mecburiyeti daha ilk aşamada esnetilmiş olmaktadır. Zira hâkim böyle bir özel hükmün *sui generis* teminat anlaşmasına uygulanıp uygulanmayacağına karar verebilmek için o hükmün teminat anlaşmasının ve genel olarak teminata amacıyla alacağın devri ilişkisinin niteliğine uygun düşüp düşmediğini değerlendirmelidir. Bu değerlendirmenin sonucunda, söz gelimi alacak rehni hükümlerinde mevcut somut uyuşmazlığa çözüm getiren bir hüküm tespit edilse bile bu çözümün teminat amacıyla alacağın devrine uygun düşmediği kanısına varılarak ilgili hükmün uygulanmayacağına karar verilebilir. Kıyasen uygulama

²²³ **Huber, Eugen**, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Auflage, Basel, 1925, s. 354. Aynı yönde bkz. **Reetz**, §2, N. 73, dn. 90.

Esasen İsviçre doktrindeki temel tartışma, kıyasen uygulamanın hâkimin yasayı uygulamasına dair ZGB Art. 1/1 kapsamına mı yoksa yasa boşluğu doldurma faaliyetine ilişkin ZGB Art. 1/2 kapsamına mı girdiğine ilişkindir. Kıyasen uygulamayı yasanın uygulanmasının bir parçası olarak gören ve yukarıda adı geçen yazarlar, bu bakımdan özel ve genel hüküm ayrımı yapmamaktadır. Karşıt görüşteki yazarlar ise kıyasen uygulamayı ancak yasa boşluğu doldurma faaliyeti kapsamında görmektedir. Örneğin bu görüşte bkz. **Gauch, Peter**, “Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge”, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, ss. 209-244, s. 225. Ne var ki yazar, aynı çalışmada bu görüşüne kendisinin de şüpheyile yaklaştığını ve Huber’in görüşünün yerinde olabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Gauch**, Auslegung, dn. 81.

bakımından dikkate alınacak kriter, ilgili hükmün getiriliş amacı ile mevcut somut uyuşmazlıktaki sorunun ve menfaatler dengesinin paralellik gösterip göstermediğidir²²⁴. Aynı durumun tamamlayıcı genel hükümler bakımından da söz konusu olduğu ileri sürülerek bu bakımdan özel ve genel hükümler arasında bir fark kalmadığı düşünülebilir. Ne de olsa genel tamamlayıcı hükümlerin de somut uyuşmazlığın çözümünde menfaatler dengesine uygun olmadıkları gerekçesiyle uygulanmamaları söz konusu olabilir. Ancak kanımızca genel hükümlerdeki uygunluk denetimi ile özel hükümlerin kıyasen uygulanması bakımından söz konusu olan “*niteliğine uygun düşme*” kriteri arasında fark söz konusudur. İlk durumda kural var olan hükmün uygulanması iken ikinci durumda daha en baştan kural o hükmün ancak niteliğine uygun düşerse uygulanacak olmasıdır. Dahası, ilk durumda mevcut hükmün uyuşmazlığın çözümüne elverişli olmaması, sözleşmenin tipten uzaklaşan niteliğinden ve bu sebeple yasadaki çözüme uyum sağlayamamasından kaynaklanmaktadır²²⁵. Oysa ikinci durumda çözüm özel nitelikli olmasına ve hukuki ilişkiler arasındaki yapısal veya amaçsal benzerliğe rağmen kanımızca hâkim somut olay adaletini sağlamadığı gerekçesiyle ilgili hükmü uygulamaktan kaçınabilir.

Sonuç olarak, eğer hâkimin sözleşme boşluklarını doldururken TMK m. 1 f. 1 kapsamında uygulamak zorunda olduğu tamamlayıcı hukuk kuralları arasında, benzer hukuki ilişkilere ilişkin olup somut uyuşmazlıkta ancak kıyasen uygulama alanı bulabilecek hükümler de kabul edilecekse, bu zorunluluğun genel hükümlere kıyasla çok daha esnek olduğu kabul edilmelidir. Eğer bu türden kuralların söz konusu zorunluluğa dâhil olmadığı kabul edilecekse, hâkimin yasa boşluğu doldurma aşamasına geçmesi ve bu hükümleri ancak o aşamada kıyasen ve ihtiyari şekilde dikkate alması söz konusu olacaktır.

Teminat amacıyla alacağın devrinde teminat anlaşmasına uygulanacak hükümlerin belirlenmesine ilişkin doktrinde bir görüş²²⁶, sözleşmede boşluk bulunması ilk sırada tamamlayıcı hükümlerin uygulanacağını ve teminat amacıyla alacağın devrinin rehin benzeri bir teminat işlemi olması nedeniyle bu tamamlayıcı hükümlerin başında rehne ilişkin olanların geldiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, niteliğine uygun düştüğü sürece taşınır ve alacak rehni hükümlerinin kıyasen

²²⁴ Kuntalp, Karışık, s. 273.

²²⁵ Bkz. Atamer, Boşluk, s. 184-185.

²²⁶ Reetz, Diss., §2, N. 73. İleride değineceğimiz TMK m. 944 f. 2'nin teminat anlaşmasına uygulanması bakımından benzer yönde bkz. Stiefel, Mirko, “Die Übersicherung des Kreditgebers im Schweizer Recht”, AJP, Heft 1, Dike Verlag AG, 2017, ss. 16-25, s. 24-25.

teminat anlaşmasına uygulanması ZGB Art. 1/1 (TMK m. 1 f. 1) gereği bir zorunluluktur²²⁷. Üstelik bu hükümlerin teminat amacıyla alacağın devrine uygun düşmemesi ihtimali oldukça istisnai hallerde söz konusudur²²⁸. Zira her iki hukuki ilişki de aynı ekonomik amaca hizmet etmekte ve teminat ilişkisi niteliği taşımaktadır²²⁹.

Şüphesiz ki, bu görüşün kabul edilebilmesi için TMK m. 5'te yapılan atıf gereği TMK m. 1 f. 1 hükmünün içeriğine dâhil kabul edilen hükümlerin kıyasen uygulanacak özel nitelikli hükümleri de kapsadığını kabul etmek gerekir²³⁰. Kanımızca öncelikle bu görüşe şüpheyile yaklaşmak gerekir. Ancak bu görüş kabul edilse bile, yazarın ifade ettiği görüşün aksine, rehin hükümlerinin teminat anlaşmasına kıyasen uygulanması çok istisnai hallerde mümkün olmalıdır. Çalışmamızın devamında yer vereceğimiz üzere, bu görüşü savunan yazarlar teminat alacağıyla alacağın devrine ilişkin pek çok hukuki sorunda rehne ilişkin hükümlerin varlığını başka bir çözüm yolu aranmasının önünde engel görmektedir²³¹. Kanımızca bu sorunların pek çoğunda rehin hükümlerinin teminat anlaşmasının niteliğine uygun düşmediği kolaylıkla söylenebilir. Bu durum, TMK m. 1 f. 1 hükmü ile herhangi bir tezatlık da oluşturmaz.

Hâkimin sözleşme boşluğunu dolduracak mevcut tamamlayıcı hükmü uygulayamayacağına karar vermesi veya böyle bir hükmün hiç bulunmaması halinde ortaya bir yasa boşluğu çıkmış olur ve bu boşluğun doldurulması gerekir. Bu boşluğu doldurmak bakımından hâkimin önünde iki seçenek vardır: Ya tarafların ortak varsayımsal iradesini tespit ederek, eş deyişle, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla, bu boşluğu doldurur veya genel ve soyut bir kural yaratma (*modo legislatoris*) yolunu tercih eder²³². Hâkimin mevcut bir tamamlayıcı hükmü uygulayamayacağına karar vermesi halinde sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluna başvurusu gerektiği söylenebilir²³³. Zira hâkimin mevcut hükmü uygulamama nedeni, genel itibarıyla sözleşmenin taşıdığı bireysel özelliklerin ve dolayısıyla varsayımsal ortak iradenin mevcut hükmün sunduğu çözüm ile çelişiyor olmasıdır. Mevcut bir tamamlayıcı genel hükmün uygulanmaması bakımından varılan bu sonuç yerinde olmakla birlikte

²²⁷ Reetz, Diss., §2, N. 73, dn. 90.

²²⁸ Reetz, Diss., §2, N. 75.

²²⁹ Reetz, Diss., §2, N. 74.

²³⁰ Yazarın bu görüşü kabul ettiğine ilişkin açıklaması için bkz. Reetz, Diss., §2, N. 73, dn. 90.

²³¹ İleride bkz. İkinci Bölüm, I, I, 2, b.

²³² Atamer, Boşluk, s. 185-186; Reetz, Diss., §2, N. 78.

²³³ Atamer, Boşluk, s. 184-185.

kanımızca teminat anlaşması gibi *sui generis* sözleşmeler bakımından mevcut bir özel hükmün kıyasen uygulanmayacağına karar verilmesi hali, yasada hiç hüküm bulunmaması haline eş görülmelidir. Zira bu durumda mevcut hükmün kıyasen dahi uygulama alanı bulamaması, sözleşmenin veya uyuşmazlık konusunun atipikliğinden²³⁴ veya mevcut hükmün çok genel nitelikte olmasından ziyade yasada düzenlenen özel hukuki ilişkinin somut uyuşmazlığın çözümü bakımından yasada düzenlenmeyen özel hukuki ilişki ile bağdaşmamasından kaynaklanmaktadır.

Yasada hiçbir hüküm bulunmayan hallerde, hâkim boşluk doldururken kullanabileceği iki yöntemden hangisine başvuracağı konusunda somut olayın özelliklerini dikkate alarak karar vermelidir²³⁵. Eğer çözüme kavuşturulması gereken sorun ve sorunun kaynağı olan hukuki ilişki, sıklıkla karşılaşılabilecek ve genelleştirilebilecek nitelikteyse hâkim genel ve soyut bir kural koyma yoluna gitmelidir. Ancak eğer uyuşmazlık ve bunun kaynağı olan hukuki ilişki bireysel ve tekil bir çözümü gerektiriyorsa hâkim sözleşmeyi tamamlayıcı yorumu tercih etmelidir²³⁶.

Son olarak ele alınması gereken husus, yasa boşluğu ortaya çıktıktan sonra hakimin gerek sözleşmeyi tamamlayıcı yorumla gerek genel ve soyut hukuk yaratma yolu ile boşluk doldurma faaliyetine geçmeden önce örf-adet hukukunu dikkate alması gerekip gerekmediğidir. TMK m. 1 f. 2 uyarınca, hâkimin bu aşamada örf-adet hukukunu dikkate alması zorunludur. Ancak örf-adet hukukundaki bir kuralın uygulanması bakımından da aynı tamamlayıcı hükümlerin uygulanmasındaki kriterler dikkate alınmalıdır²³⁷. Dolayısıyla örf-adet hukukundaki bir kural da göz ardı edilerek hâkimin hukuk yaratması aşamasına geçilebilir. Öte yandan, sözleşmeler hukukunda bir örf-adet hukuku kuralı bulmanın oldukça güç olduğu da ifade edilmektedir²³⁸.

Örf-adet kurallarıyla bağlantılı olan son husus ise bu kuralların ticari işler bakımından önemidir. TTK m. 1 f. 2 hükmünde, “*Mahkeme, hakkında ticari bir*

²³⁴ Bu bakımdan “atipik” kavramı, gerek sözleşme gerek uyuşmazlık bakımından yasada öngörülen modelden uzaklaşma anlamında kullanılmaktadır.

²³⁵ **Atamer**, Boşluk, s. 187; **Aksoy-Dursun**, s. 147. Doktrinde bu iki yöntemden hangisinin uygulanacağına yönelik tartışmalar bulunmakla birlikte; kanımızca somut olayın özelliklerini dikkate almak üzere hakime bu konuda takdir yetkisi tanındığı kabul edilmelidir. Ne de olsa her somut olayda, yöntemlerden hangisinin daha adil bir çözüm olacağı değişkenlik gösterecektir.

²³⁶ **Atamer**, Boşluk, s. 188-189.

²³⁷ **Atamer**, Boşluk, s. 189.

²³⁸ **Kuntalp**, Karışık, s. 220.

hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.” ifadesine yer verilmektedir. Bu kapsamda ticari işler bakımından sözleşme boşluklarının doldurulmasında, tamamlayıcı genel hükümlerin yerini ticari örf-adet kurallarının aldığı kabul edilmektedir²³⁹. Bu durumda sözleşme boşluğu halinde öncelikle tamamlayıcı ticari hükümler devreye girmekte, böyle bir kural bulunamaması halinde ticari örf-adet kuralları uygulama alanı bulmaktadır. Ancak ticari örf-adet kuralları arasında da bir çözüm bulunamazsa tamamlayıcı genel hükümlere başvurulmaktadır²⁴⁰.

Teminat amacıyla alacağın devri işleminin de ticari iş niteliğinde bulunduğu hallerde bu sıralama geçerli olacaktır. Zira TTK m. 1 f. 2’de ifade edilen ticari işin tanımına yalnızca TTK’da düzenlenen işler değil bir ticari işletmeyi ilgilendiren işler ile ticari iş karinesi gereği²⁴¹ ticari iş kabul edilen hukuki işlemler girmektedir. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devrinin de ticari iş niteliğinde karşımıza çıkması mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, adi işlerde olduğu gibi ticari işlerde de hâkimin mevcut bir tamamlayıcı hükmü ve ticari örf-adet kuralını uygulaması mutlak bir zorunluluk değildir. Hâkim yukarıda açıkladığımız kriterleri dikkate alarak mevcut bir tamamlayıcı ticari hükmün ya da örf-adet kuralının uygulanmayacağına kanaat getirebilir²⁴². Yine gerek TTK ve diğer ticari hükümleri içeren kanunlar gerek TBK ve TMK bakımından başka bir hukuki ilişki için getirilmiş özel hükümlerin ticari iş niteliğindeki teminat anlaşmasına kıyasen uygulanması bakımından da yukarıdaki açıklamalarımız geçerliliğini koruyacaktır.

²³⁹ TTK m. 2 f. 1 hükmünün emredici genel hükümlerin uygulanmasına herhangi bir etkisi yoktur. Bu bakımdan ticari ve adi işler arasında bir fark bulunmamaktadır. Bkz. **Ülgen, Hüseyin/Helvaci, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer-Ertan, Fusun**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, N.

²⁴⁰ **Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer-Ertan**, N. 198.

²⁴¹ Ancak bir tarafın tacir banka karşı tarafın tüketici olduğu işlemlerde ticari iş karinesi uygulama alanı bulmaz. Bkz. **Bahtiyar, Mehmet/ Biçer, Levent**, “*Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi*”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2016, ss. 395- 436, s. 415. Dolayısıyla kredi alan ve teminat olarak alacaklarını devreden kimsenin tüketici olması halinde ticari iş niteliğinde bir alacağın devrinden söz edilemez.

²⁴² Bu yönde bkz. **Atamer**, Boşluk, s. 191.

E. Geçerliliği İçin Aranılan Unsurlar ve İspatı

1. Genel Olarak

Tüm sözleşmeler için aranan genel geçerlilik şartları, şüphesiz ki, teminat anlaşması bakımından da uygulama alanı bulur. Bu bakımdan ilk olarak tarafların hukuki işlem ehliyetine sahip olması şarttır. Teminat anlaşması (eksik) iki tarafa borç yükleyen bir anlaşma olduğundan sınırlı ehliyetsizler (ister devreden ister devralan olarak) ancak yasal temsilcilerinin izni ile bu anlaşmayı yapabilirler²⁴³. Yine devir taahhüdünde bulunan bakımından da kendisine devir taahhüdünde bulunulan bakımından da bu işlemin iradi temsil yoluyla yapılmasına bir engel yoktur. Böyle bir işlem için verilmiş temsil yetkisinin devir anlaşmasını da kapsayıp kapsamadığı, temsil yetkisinin kapsamının yorumuna bağlıdır. Eğer temsilci tasarruf işlemi olan devir anlaşmasını da yapmak üzere yetkilendirilmişse, bu durumda temsil yetkisinin verilmesi yine şekle bağlı değildir²⁴⁴.

Öte yandan, TBK m. 27 kapsamında sözleşmenin konusunun emredici hükümlere, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına uygun olması ve imkânsız olmaması gerekir. Ayrıca, taraf iradelerinin sağlıklı olması ve sözleşmenin muvazaalı olmaması da şarttır²⁴⁵.

Teminat anlaşması, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan aşırı yararlanma hükümlerinin teminat anlaşmasına uygulanıp uygulanmayacağı da ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Zira gerek İsviçre gerek Türk hukukunda aşırı yararlanmanın (TBK m. 28) uygulama alanı yalnızca tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgüdür. Ancak doktrindeki bir görüş²⁴⁶, eksik iki tarafa

²⁴³ Kendilerini borç altına sokan işlemler bakımından sınırlı ehliyetsizlerin tabi olduğu rejim hakkında bkz. **Serozan**, Medeni, Kişiler Hukuku I § 2, N. 10b; **Oktay-Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015, s. 88 vd.; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2019, s. 85 vd.

²⁴⁴ Zira kural olarak şekle tabi hukuki işlemlerin yapılması için verilen temsil yetkisinde yetkinin verilmesi bu şekle tabi olmaz. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, §46, N. 60. Bunun istisnası, TBK m. 583 f. 2 hükmünde düzenlendiği üzere kefalet sözleşmesinde karşımıza çıkmaktadır.

²⁴⁵ İnançlı işlemin kendisinin başlı başına bir muvazaa teşkil edip etmediği sorusu günümüzde önemini kaybetmiş ve doktrinde görüş birliği ile inançlı işlem ile muvazaa birbirinden ayrılmış bulunduğundan bu konuya ayrıca yer verilmemiştir. Teminat amacıyla yapılan inançlı devirlerin, yalnızca varlıklarıyla, muvazaa, *lex commissoria* yasağı ve TMK m. 766 hükmünü ihlal etmedikleri yönünde değerlendirmeler için bkz. **Esener**, s. 377 vd; **Özsunay**, s. 82-83; s. 221 vd.; vd, Yine inançlı işlemlerin hukuk doktrinindeki gelişimi ve kabul edilmesi hakkında bkz. **Wiegand**, *Fiduziarische*, s. 538 vd.

²⁴⁶ **Huguenin, Claire**, *Obligationenrecht- Allgemeiner Teil und Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess, 2019, N. 453; **Koller**, OR AT, N. 14.275; **Kocabaş, Gediz**, “Aşırı Yararlanmanın Şartları

borç yükleyen sözleşmelerde de aşırı yararlanmanın uygulama alanı bulması gerektiğini ifade etmektedir. Öte yandan, kimi yazarlar, bazı hallerde tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir²⁴⁷. Kanımızca da gerek eksik iki tarafa gerek (bazı durumlarda) tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulama alanı bulması kabul edilmelidir. Ancak teminat anlaşması bakımından bu sözleşmeden doğan yükümlülükler arasında böyle bir uygulamaya yer olduğu söylenemez.

İsviçre doktrinde bazı yazarlar da teminat amacıyla alacağın devrinde eksik iki tarafa borç yükleyen teminat anlaşmasına aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir²⁴⁸. Ne var ki, teminat amacıyla alacağın devri bakımından aşırı yararlanma sorununu gündeme getiren mesele, ileride de değineceğimiz üzere, aşırı teminatlandırma (*Übersicherung*) halidir. Aşırı teminatlandırma, teminat olarak devredilen alacakların tutarının teminat altına alınan alacağın tutarını kabul edilemez ölçüde aşmış olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla aşırı yararlanma bakımından karşılaştırılacak iki edimi, asıl borç ile devri taahhüt edilen alacak(lar) oluşturmaktadır. Oysa bu edimler, teminat anlaşmasından doğup da karşılıklılık ilişkisi içinde olmayan edimler değildir. Burada iki edim farklı hukuki ilişkilerden doğmuş bulunmaktadır. Teminat olmak üzere bir alacağın devri borcu, teminat anlaşmasından; teminat altına alınan alacak ise taraflar arasındaki asıl borcu doğuran (çoğu zaman kredi sözleşmesi olarak tezahür eden) hukuki ilişkiden doğmaktadır. Bu durumda da sorunun kanımızca şu şekilde ele alınması gerekir: Devir taahhüdünde bulunan asıl borçlu, söz gelimi krediye duyduğu ihtiyaç nedeniyle zor durumda bulunmakta ve asıl alacaklı da onun zor durumundan faydalanarak alacağın veya alacakların karşılıksız olarak kendisine devredilmesini sağlamaktadır. Kanımızca, asıl borç ile teminat arasındaki oransızlığın aşırı yararlanma olarak ele alınması, ancak bu perspektiften yaklaşılarak mümkün görülebilir. İleride, asıl borç ile teminat arasındaki oransızlık hali ayrıca ele alınacağından burada bu açıklama ile yetinilecektir.

ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , C. 20, S.2, 2014, ss.105-142, s. 112, dn. 27.

²⁴⁷ **Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess, 11. Auflage, 2020, N. 735, N. 745; **Koller**, OR AT, N. 14.275. Bu görüşler hakkında ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N. 10; **Ozanemre-Yayla, Tolunay**, “*Gabinin Şartları*”, Çankaya University Journal of Law, 7/2 (Şubat 2011), ss. 195–217 , s. 199-200.

²⁴⁸ İleride bkz. İkinci Bölüm, I, I, 2, a.

Teminat anlaşmalarında genel işlem koşullarına da sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu bakımdan genel işlem koşulu teşkil eden hükümlerin de TBK m. 20 ila 25 arasındaki hükümlerde yer alan denetime tabi olacağına şüphe yoktur.

Son olarak, teminat anlaşması geciktirici veya bozucu koşula bağlı olarak yapılabilir. Teminat anlaşması herhangi bir şekle tabi olmadığından, koşul bakımından da herhangi bir şekil şartı söz konusu olmayacağı gibi koşulun açık veya örtülü olarak kararlaştırılması da mümkündür.

2. Geçerlilik Şekli Bakımından

Doktrinde ağırlıklı olan ve kanımızca da üstün tutulması gereken görüşe göre, teminat anlaşması şekle tabi değildir²⁴⁹. Zira alacağın devrine ilişkin hükümlerden TBK m. 184 f. 2’de devir taahhüdünün şekle bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Bu durumda devir taahhüdünün şekle bağlı olması, ancak o taahhüdün düzenlendiği hükümlerde özel olarak bir şekil öngörülmüş olmasına bağlıdır²⁵⁰. Nitekim bağışlama sözü verme, TBK m. 288 f. 1 hükmünde adi yazılı geçerlilik şekline bağlanmıştır ve bir alacağın devrinin ivazsız olarak taahhüt edilmesi de bağışlama sözü verme niteliğinde bulunacağından bu durumda devir taahhüdü olan borçlandırıci işlemin de yazılı olarak yapılması gerekir. Oysa teminat anlaşması, yasada düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşmedir ve bu nedenle yasada ona ilişkin bir şekil şartı öngörülmesi söz konusu değildir. Öte yandan, teminat amacıyla alacağın devri şahsi teminat niteliğinde olmadığından TBK m. 603 hükmünün de teminat anlaşması bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir.

Ne var ki doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre²⁵¹, alacak rehni bakımından TMK m. 955 f.1 (ZGB Art. 900/1) hükmünde borçlandırıci işlem bakımından adi

²⁴⁹ **Bergmaier**, s. 159; **Arpagus, Reto**, Teil 3: Kreditgeschäft, Das Schweizerische Bankgeschäft, Herausgeber Reto Arpagaus, Ralph Stalder, Thomas Werlen Schulthess Juristische Medien AG, 8. Auflage, 2021, N. 1355. **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 277; **Turan-Fühner**, s. 100; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 164; **Aydıncık**, s. 162; **Sayım**, s. 211.

²⁵⁰ İnanç anlaşması, devir anlaşmasının ön sözleşmesi niteliği taşımadığından bu durum TBK m.29 f. 2 hükmüne bir aykırılık veya bu hükmün bir istisnasını teşkil etmez. Ön sözleşme niteliği bakımından aksi yönde bkz. **Spirig, Eugen**, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k (Herausgeber: Peter Gauch), Schulthess, 3. Auflage, Art. 165, N. 55.

²⁵¹ **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 26; **Reetz**, Diss., § 4, N. 96 vd.; **Reetz, Peter**, “Die Form der Sicherungszession”, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, ss. 553–561, s. 555 vd. *Koller*’e göre ise, teminat amacıyla alacağın devrindeki teminat anlaşması, alacak rehnine kıyasen şekle tabi olabilirdi. Ne var ki yazara göre,

yazılı şekil öngörüldüğünden bu şekil kıyasen teminat amacıyla alacağın devrinin borçlandırıcı işlem basamağı olan teminat anlaşmasına da uygulanır. Bu nedenle teminat anlaşması da adi yazılı şekle tabidir.

Kanımızca bu görüşün savunulmasına iki yönden imkân yoktur. İlk olarak, teminat anlaşması, *sui generis* bir isimsiz sözleşme niteliğindedir. İsimsiz sözleşmelerin diğer türlerinde, yasada düzenlenmiş sözleşmelere ait bazı unsur veya unsurlar o isimsiz sözleşmede yer aldığından bu unsurun ait olduğu isimli sözleşme şekle bağlı ise isimsiz sözleşmenin de şekle bağlı olması gündeme gelebilir²⁵². Ancak *sui generis* sözleşmelerde böyle bir durum söz konusu değildir²⁵³. Yalnızca bazı hallerde, yasa koyucu özel olarak isimli sözleşmelerin şeklinin bu sözleşmelere de uygulanacağını²⁵⁴ veya bazı tasarruf işlemlerinin hukuki sebebinin şekle tabi olacağını²⁵⁵ öngörebilir. Eğer bu yönde açık bir düzenleme yoksa şekil kıyas yolu ile uygulanamaz²⁵⁶. TMK m. 955 f.1 hükmünde de bu yönde bir düzenleme yer almadığından, bu hükümde öngörülen şeklin kıyasen teminat anlaşmasına uygulanması mümkün değildir.

İkinci olarak, Türk-İsviçre hukuku bakımından alacak rehlinin borçlandırıcı işlem basamağının şekle bağlı olduğu düşüncesi doktrinde çoğunluk görüşü tarafından reddedilmekte ve kanımızca bu çoğunluk görüşüne üstünlük tanımak gerekmektedir²⁵⁷. Gerek TMK m. 955 f.1 hükmünde gerek ZGB Art. 900 hükmünde “**rehin sözleşmesinin**” şekle tabi olduğu ifade edilmektedir. Doktrinde ağırlıklı görüş, burada ifade edilen rehin sözleşmesinin tasarruf işlemine karşılık geldiğini ve

alacak rehlinin borçlandırıcı işlem ayağı şekle tabi olmadığından-ZGB Art. 900/1 tasarruf işlemine ilişkin olduğundan- bu görüş savunulamaz. Bkz. **Koller**, OR AT, N. 84.10. Ancak biz yazarın bu yorumuna katılmıyoruz. ZGB Art. 900/1’de öngörülen şekil, borçlandırıcı işleme ilişkin olsaydı dahi bu şeklin kıyasen uygulama alanı bulması yine mümkün olmazdı.

²⁵² Bkz. **Kuntalp**, Karışık, s. 160-162; **Özbilen, Arif Barış**, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2016, s. 146, 147.

²⁵³ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, isimli sözleşmelere benzerlik söz konusu olabilirse de bu daha çok amaçsal yöndendir.

²⁵⁴ Örneğin TBK m. 603 hükmü, kefaletle ilişkin şeklin şahsi teminat niteliğindeki tüm teminat anlaşmalarına uygulanacağını belirtmektedir. Bu hüküm olmadan kefalet dışındaki şahsi teminatların şekle tabi olduğunu kabul etmek sızdır. Nitekim TBK m. 603’e karşılık gelen bir düzenlenmenin bulunmadığı 818 Sayılı BK döneminde isimsiz bir şahsi teminat anlaşması olan garanti sözleşmesinin şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Develioğlu, H. Murat**, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009, s. 155.

²⁵⁵ Örneğin bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler bakımından durum böyledir.

²⁵⁶ Ancak tarafların alacak rehni taahhüdünde bulunmak istemelerine rağmen şekil kurallarını dolanmak amacıyla teminat amacıyla alacağın devri taahhüdünde bulunmaları halinde bu durum kanuna karşı hile teşkil eder. İsimsiz sözleşmelerde şekil hk. bkz. **Oktay-Özdemir**, İsimsiz, s. 270.

²⁵⁷ **Sirmen, Lale**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 700; **Köprülü/Kaneti**, s. 538-539; **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 36, 41; **Nomer/Ergüne**, N. 1344, 1345; **Taşkın**, Mevduat, s. 149-150; **Yıldız**, s. 601-602; **Ardıç-Tüken**, s. 130; **Çakırca**, Alacak Rehni, s. 34-35.

her durumda borçlandırıcı işlem bakımından bir şekil şartının söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Azınlık görüşüne²⁵⁸ göre ise senede bağlı alacaklarda tasarruf işlemi senedin tesliminden ibarettir ve bu durumda yasada ifade edilen rehin sözleşmesi ancak borçlandırıcı işlemi karşılamak üzere kullanılmaktadır. Dolayısıyla şekle tabi olan da alacak rehni kurma vaadini içeren borçlandırıcı işlemidir.

Tüm bunların yanında, doktrinde bir görüş²⁵⁹, teminat anlaşmasının kural olarak şekle tabi olmadığını kabul etmekle birlikte, eğer borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşması tasarruf işlemi olan devir anlaşması ile aynı belgede somutlaşmışsa devir anlaşmasının şeklinin teminat anlaşmasına da sirayet edeceğini kabul etmektedir. Bu görüşün dayanağı, şekle bağlı sözleşmenin bir hükmü olarak ortaya çıkan ancak esasen kendisi şekle tabi olmayan anlaşmaların da bu durumda şekle tabi hale geleceğidir²⁶⁰. Bu dayanak teorik olarak doğru olmakla birlikte, kanımızca burada ortaya çıkan durum bakımından yapılan soyutlama yerinde değildir. Zira teminat anlaşması devir anlaşması ile aynı belgede yapılmakla onun bir klozu haline gelmemektedir²⁶¹. Ortada biri diğerinin hukuki sebebinin oluşturan bir tasarruf işlemi ile bir borçlandırıcı işlem vardır. Hukuki sebebin, tasarruf işleminin bir hükmü olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla, teminat anlaşması devir anlaşması ile aynı belgede somutlaşmış olsa da bu durum onu şekle bağlı hale getirmez²⁶².

Şekil hususunda son olarak belirtmek gerekir ki, teminat anlaşmasının bir geçerlilik şekline tabi olmaması tarafların kendi aralarında –açık veya örtülü olarak- iradi bir geçerlilik şekli kararlaştıramayacakları anlamına gelmez. Örtülü bir iradi şekil şartının bulunup bulunmadığı, taraf iradelerinin yorumuyla anlaşılır. Belirtmek gerekir ki, inanç anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış olması, tek başına tarafların iradi bir şekil şartı öngördükleri anlamına gelmez.

²⁵⁸ **Oftinger/Bär**, ZK, ZGB Art. 900, N.12 vd. *Reetz* de bu görüşe katıldığını ifade etmektedir. Bkz. **Reetz**, Form, s. 556.

²⁵⁹ **Bergmaier**, s. 160; **Aydıncık**, s. 162; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 165; **Şafak**, İnançlı, s. 130.

²⁶⁰ Şekle ilişkin bu genel bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1681; **Gümüş, M. Alper**, “Alacağın Temlik Sözleşmesinin Şekli”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, ss. 9-34, s. 32.

²⁶¹ Bu ayırım için ayrıca bkz. **Özbilen**, s. 147-148.

²⁶² Örtülü sebebe bağlılık hususuna çalışmamızın devamında değinilecek olsa da şimdiden belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda sebebe bağlılık kararlaştırmasının (bir koşul olarak) ve sebep bilgisinin devir anlaşmasının şeklinin kapsamına dahil unsurlar olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durum, sebebin kendisinin şekle bağlı hale geldiğini ifade etmez. Önemli olan, sebep bilgisinin –örneğin; teminat anlaşmasının adının zikredilmesi- adi yazılı bir şekilde devir senedinde yer almasıdır. Sebep bilgisi olarak sebebin adının zikredilmesinin yeterli olacağı yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1675.

3. Teminat Anlaşmasının İspatı Sorunu

Teminat anlaşmasının geçerlilik şekline bağlı olmadığını açıkladıktan sonra değerlendirilmesi gereken bir husus da olası bir uyuşmazlık halinde bu anlaşmanın nasıl ispat edileceğidir. Yasada bu anlaşma için getirilmiş özel bir ispat şekli kuralı söz konusu değildir. Ne var ki, HMK m. 200 f. 1’de, değeri belli bir miktarı²⁶³ aşan hukuki işlemler bakımından senetle ispat zorunluluğu öngörülmüştür. Teminat anlaşması da bu kapsamda yer aldığından, kural olarak, ilgili değeri aşan tüm teminat anlaşmalarının senetle ispatı zorunludur²⁶⁴.

İnançlı işlemlerin ispatı sorunu, Yargıtay’ın pek çok kararına konu olmuş ve Yüksek Mahkeme, bu kararlarında inancılı işlemlerin ancak yazılı delille ispat edilebileceği ifade etmiştir²⁶⁵. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın bu konudaki kararlarının hemen hepsinde bir taşınmazın devri söz konusudur. Bu nedenle tapuda resmi olarak yapılan işlem olarak çoğunlukla bir satış sözleşmesi gösterilmektedir. Zira bugün tapu uygulamamızda inancılı işlemin bir hukuki sebep olarak gösterilmesi kabul edilmemektedir. O nedenle bu kararlarda temel hukuki sorun, senetle ispat kuralına değil senede karşı senetle ispat kuralına dayanmaktadır. Oysa teminat amacıyla alacağın devrinde inanc anlaşmasının başka bir işlemin ardına gizlenmesine gerek bulunmadığından inancılı işlemin ispatı, senetle ispat kuralını ilgilendirmektedir.

Teminat anlaşması bakımından kural senetle ispat olmakla birlikte, senetle ispat kuralının pek çok istisnası bulunmaktadır. Bu istisnaların başında, HMK m. 202 hükmünde düzenlenen delil başlangıcı yer almaktadır. Buna göre, eğer bir hukuki işlemin ispatı bakımından delil başlangıcı söz konusuysa o hukuki işlemin tanıkla veya diğer takdiri delillerle ispatı mümkün olacaktır. Yargıtay’ın bazı kararlarında da delil başlangıcı bulunması dayanak gösterilerek inancılı işlemin tanıkla ispatının mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁶⁶. Öte yandan, HMK m. 200 f.2 hükmünde,

²⁶³ Bu değer her yıl güncellenmektedir.

²⁶⁴ Bu bakımdan senet, onu düzenleyen kimsenin imzasını taşıyan ve onun aleyhine delil teşkil etmek üzere kullanılan belgeyi ifade etmektedir. Senedin unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yavaş, Murat**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bunların İstisnaları, 2. Baskı, Ankara, 2020, s. 148 vd.

²⁶⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı E. 1945/20 K. 1947/6 T. 05.02.1947. Yargıtay’ın bu yöndeki diğer kararları için bkz. YHGK T. 01.07.2009 E. 2009/13-222 K. 2009/299; Yargıtay 1. HD T. 13.01.2009 E. 2008/9305 K. 2009/184. Kararlar için bkz. Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası.

²⁶⁶ Bkz. Yargıtay 1. HD, T. 11.03.2011 E. 2010/12001 K. 2011/2876; Yargıtay 1. HD T. 14.04.2011 E. 2011/3550 K. 2011/4431. Kararlar için bkz. Legal Bank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 01.09.2024.

senetle ispat zorunluluğu bulunmasına rağmen karşı taraf tanık dinletilmesine açıkça muvafakat ederse tanık dinletilebileceği ifade edilmiştir. Doktrinde, bu hükmün taraflar arasında kurulmuş delil sözleşmesinin özel bir görünümü biçiminde olduğu kabul edilmektedir²⁶⁷. Dolayısıyla, senetle ispat kuralının bir diğer istisnası, taraflar arasında kurulmuş bulunan delil sözleşmesinin varlığı ve bu sözleşme ile senetle ispat kuralının bertaraf edilmiş bulunmasıdır. Bu delil sözleşmesi daha önceden kurulmuş olabileceği gibi HMK m. 200 f. 2 hükmünde belirtilen şekilde yargılama esnasında tanık gösterilmesine verilen muvafakat ile de kurulmuş olabilir. İnanc (teminat) anlaşmasının ispatı bakımından da eğer delil sözleşmesi söz konusuysa senetle ispat bir zorunluluk olmaktan çıkacaktır.

Son olarak, HMK m. 203 (a), (c) ve (e) bentlerinde yer alan hallerden birinin varlığı halinde de yasadaki sınırı aşan değerdeki teminat anlaşmalarının senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

Öte yandan, senetle ispat zorunluluğunun yalnızca ilgili hukuki işlemin tarafları bakımından söz konusu olduğu ve taraf olmayan üçüncü kişilerin bu kapsamda yer almadığı kabul edilmektedir²⁶⁸. Ancak bu kuralın istisnası olarak, ispatlanması gereken hukuki işlemin taraflarından biri ile “*organik bir bağ*” içinde bulunan üçüncü kişiler gösterilmektedir. Buna göre, bu türden üçüncü kişilerin senetle ispat kuralı kapsamında kabul edilmesi gerekir. Bu durumda, konumuz bakımından özellikle devredilen alacağın borçlusunun teminat anlaşması bakımından konumuna dikkat çekmek gerekir. Acaba borçlu teminat anlaşmasının ispatı bakımından senetle ispata mecbur mudur? Bu soruya yanıt verebilmek için “*organik bağ*” kavramından ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek gerekir. Bu kavram daha çok senedin karşı tarafına zarar verme kastı taşıyan ve bu kasıt çerçevesinde diğer taraf ile özel bir bağı bulunan kimseleri ifade edecek şekilde ele alınmaktadır²⁶⁹. Dolayısıyla kanımızca burada devredilen alacağın borçlusunun bu istisnanın kapsamına girmediği ve senetle ispat kuralından muaf olduğu kabul edilmelidir²⁷⁰.

²⁶⁷ Bkz. Yavaş, s. 406.

²⁶⁸ Yavaş, s. 239.

²⁶⁹ Yavaş, s. 265.

²⁷⁰ Bu bakımdan borçlunun teminat amacıyla yapılan alacağın devrinde tarafların devrin teminat amaçlı olmadığı yönündeki iddialarına karşı olduğu takdirde durumun farklı bir boyut teşkil ettiğini de ifade etmek gerekir. Zira bu durumda borçlunun iddiası, üçüncü kişilerin muvazaa iddiası kapsamında ele alınmalı ve bu borçlu senetle ispat kuralından HMK m. 203/1(d) hükmü kapsamında muaf tutulmalıdır. Ancak böyle bir durumun teminat amacıyla alacağın devrinde ortaya çıkması pratikte

Tüm bunlara ek olarak, teminat anlaşmasının devir anlaşması ile aynı belgede somutlaştığı hallerde de kanımızca HMK m. 200 anlamında teminat anlaşmasının ispatına yönelik bir senet mevcuttur. Bu bakımdan önemli olan, teminat anlaşmasının varlığının şüpheye yer bırakmayacak şekilde senetten tespit edilebiliyor olmasıdır. Devir senedinde yalnızca, “*Teminat amaçlıdır.*”; “*Teminat olmak üzere devredilmiştir.*” vb. ifadelerin yer alması da kanımızca teminat anlaşmasının varlığının ispatı bakımından yeterli görülmelidir.

F. Nisbi Karakteri

1. Genel Olarak

İnanç (teminat) anlaşması da, her borçlandırıcı işlem gibi, yalnızca sözleşmenin tarafları arasında haklar ve yükümlülükler meydana getirir. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devrinin ilk ayağını ve hukuki sebebini teşkil eden inanç (teminat) anlaşması da ancak devralan ve devreden arasında hüküm ifade eder.

Teminaten amacıyla alacağın devri bakımından inanç anlaşmasının nispi karakterini özellikle incelemeyi gerektiren husus ise devralanın alacak üzerindeki hak sahipliğinin teminat amacıyla sınırlanmış olmasının yalnızca bu anlaşmanın içeriğine dâhil olmasıdır²⁷¹. Dolayısıyla teminat anlaşmasındaki bu sınırlamanın üçüncü kişiler bakımından bir etkisi söz konusu değildir. Ancak bu durum, alacağı devralanın tarafların ortak iradesinden daha fazla bir yetki ile donatılması sonucuna yol açmaktadır. Bu sorun, yalnızca teminat amacıyla alacağın devri bakımından değil tüm inançlı işlemler bakımından söz konusudur.

İnançlı işlemler bakımından bu sorunun kaynağı, Kıta Avrupası hukuk sistemine ait iki temel ilkedir. Bunlardan ilki, bir kimsenin bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının veya bir alacak üzerindeki hak sahipliğinin, bu hakkın içeriğine dâhil bazı yetkiler çıkartılarak veya daraltılarak yeni bir hak türü meydana getirmenin mümkün olmamasıdır^{272, 273}. Zira aynı haklar bakımından geçerli olan

sıklıkla karşılaşılabilecek bir ihtimal değildir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, taşınmazların aksine alacaklara ilişkin inançlı işlemlerde inançlı işlemin açıkça yapılmasına bir engel yoktur.

²⁷¹ Bu sınırlama, açık veya örtülü bir biçimde devir anlaşmasına yansımış olsa dahi, bu durum bir tasarruf yetkisi kısıtlaması meydana getiremeyeceğinden devralanın alacak üzerindeki tasarruflarında doğrudan tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle bir sakatlıktan söz edilemez. Ancak bu yansımının TBK m. 171 f. 3 bağlamında tasarruf yetkisine etkileri hakkında çalışmamızın devamında bkz. İkinci Bölüm, I, F, 3.

²⁷² Bu ilke için bkz. **Ayiter, Kudret**, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953, s. 93.

tiye bağıllık ilkesinin bir sonucu olarak kanunun öngörmediği tarzda yeni bir sınırlı aynı hak yaratılamaz. Alacak hakkının bir aynı hak olmaması nedeniyle bu ilkeye tabi olmadığı düşünülebilirse de alacak hakkı üzerinde de rehin ve intifa gibi hakların kurulması kabul edildiğinden bu sınırların dışına çıkılması söz konusu değildir. Öte yandan, ne aynı haklar ne de alacak hakları bakımından maddi ve şekli hak sahipliği gibi bir ikilik yaratılarak da bir hakkın sağladığı yetkilerin bölüşülmesi söz konusu değildir²⁷⁴.

Dolayısıyla bir kimsenin alacak hakkı üzerindeki yetkilerini, alacak üzerinde intifa veya rehin kurmaksızın kendi belirlediği ölçütler dahilinde sınırlaması ve böylece karşı tarafa tam değil sınırlı bir hak devri gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bu durumda taraflar arasında kararlaştırılan “teminat amacı” gibi sınırlamalar, ancak iç ilişkide bir anlam ifade edecek ve devralanın tam hak sahibi olmasına engel olmayacaktır.

Bu ilkelerden bir diğeri ise, kural olarak tarafların hukuki işlem ile bir hak üzerindeki tasarruf yetkisine sınırlama getirmelerinin mümkün olmamasıdır²⁷⁵. Dolayısıyla bir alacağın teminat olmak üzere devreden kimsenin devralan ile anlaşarak onun tasarruf yetkisini kısıtlaması mümkün değildir. Devralan devraldığı alacak üzerindeki tasarruf işlemleri bakımından tam bir tasarruf yetkisine sahip olur ve bu bakımdan yaptığı tasarruf işlemlerinin geçersizliği söz konusu olamaz.

Sonuç olarak, inançlı bir işleme dayalı olarak gerçekleştirilen hak devirlerinde devralanın yetkileri dış ilişki bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığından bugün inançlı işlemler bakımından kabul edilen teori, tam hak iktisabı teorisidir²⁷⁶.

²⁷³ Yukarıda bkz. Birinci Bölüm, III, F.

²⁷⁴ Bkz. **Bergmaier**, s. 28.

²⁷⁵ Alman hukukunda açık bir düzenlemesi (BGB §137) bulunan bu kuralın, İsviçre hukukunda da doktrin ve yargı kararlarında kabul gördüğü yönünde bkz. **Lauko, Robert**, Art 152 Abs. 3 OR und die aufschiebend bedingte Abtretung Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wirkungsweise von Verfügungen, Schulthess, 2012, s. 31-32. Yazar OR Art. 164/2’de iyi niyetli olan devralana karşı devir yasağının ileri sürülememesini buna örnek vermekle birlikte kanımızca bu örnek yerinde değildir. Zira bu konuda kural, devir yasağının ileri sürülmesi iken, istisna iyi niyetli devralanın korunmasıdır. Tarafların hukuki işlem ile tasarruf yetkisi kısıtlaması meydana getiremeyecekleri kuralının istisnasını teşkil eden bu durum, alacaklının borçlunun hiçbir dahli olmaksızın alacağın devretme imkânına karşılık borçlunun da devir yasağı konusunda en baştan ortaya koyduğu ve alacaklı tarafından kabul edilen iradesinin korunması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bkz. **Erbayraktar, Burcu**, Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo), İstanbul, 2021, N. 268.

²⁷⁶ Teminat amacıyla alacağın devri bakımından bu yönde bkz. **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 2; **Huguenin**, N. 1378; **Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus**, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess, 3. Auflage, 2018, § 23, N. 9; **Kramer, Ernst A./Probst, Thomas**, Obligationenrecht, 3. Auflage, Basel, 2018, K. 26, N. 557a; **Bergmaier**, s. 29-30; **Teckener, Hans-Arnold**, Die

Buna göre, devralan alacakları her ne kadar teminat gibi özel bir amaç doğrultusunda elde etmiş olsa ve alacak üzerindeki yetkileri bu amaç doğrultusunda sınırlı bir biçimde belirlenecek olsa da bu sınırlamalar dış ilişkide hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

2. Nisbilik Sorununun Aşılması İçin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

a. OR Art. 152/3(TBK m. 171 f. 3) Hükmüne Dayanan Görüş

İsviçre doktrininde ileri sürülen bir görüş²⁷⁷, teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin OR Art 152/3 (TBK m. 171 f. 3) gereği kısıtlanmış kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Bu görüşe göre, teminat anlaşmasının dört unsurundan ikisini oluşturan “paraya çevirme anlaşması” ve “geri devir (iade) anlaşması” geciktirici koşula bağlı olarak yapılmaktadır²⁷⁸. Geri devir anlaşması bakımından bu koşul, geri devir borcunu doğuracak olayın veya olaylardan birinin gerçekleşmiş olmasıdır²⁷⁹. Şüphesiz ki, teminat altına alınan asıl borcun ifa edilmiş olması geri devir olayının en tipik örneğidir. Paraya çevirme anlaşması bakımından ise, devralan devraldığı alacağı paraya çevirmesi için geciktirici koşul niteliğindeki “paraya çevirme olayının” gerçekleşmiş olması gerekir. Paraya çevirme veya kullanma olayı olarak akla gelen ilk örnek ise asıl borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemiş olmasıdır.

İlgili görüşe göre, devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşmeden önce alacak üzerinde gerçekleştirdiği tasarruflar, OR Art. 152/3 hükmü nedeniyle bozucu koşula bağlı kazanımlar niteliğindedir²⁸⁰. Zira OR Art. 152/3 hükmüne göre, geciktirici koşula bağlı bir işlem söz konusuysa koşulun henüz gerçekleşmediği ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin de belli olmadığı “askı dönemi”ni (“Schwebezeit”) içinde gerçekleştirilen tasarruf işlemlerinin akıbeti de söz konusu koşulun gerçekleşmesinden etkilenecek ve bu tasarruf işlemleri “koşulun hükümlerini zedelediği oranda” hükümsüz hale gelecektir. Buna göre, eğer “geri devir

Sicherungsabtretung, Wuppertal-Elberfeld, 1932, s. 16; **Aydıncık**, s. 137. İnançlı işlemlerin geneli hakkında bu görüşte ayrıca bkz. **Özsunay**, s. 175; **Altas/Kurt**, s.16.

²⁷⁷ Bkz. **Reetz**, Art. 152 Abs. 3, s. 237; **Reetz**, Diss., §5, N. 130 vd.

²⁷⁸ **Reetz**, Art. 152 Abs. 3, s. 236.

²⁷⁹ Başka bir deyişle, teminat anlaşmasından doğan ve devralana ait olan borçlardan biri koşula bağlanmıştır.

²⁸⁰ **Reetz**, Art. 152 Abs. 3, s. 242; **Reetz**, Diss., §5, N. 140.

olayı”ndan önce önce “*paraya çevirme olayı*” gerçekleşirse, artık ara tasarruflar bakımından bozucu koşul hükümden düşmüş olacak ve bozucu koşula bağlı olan bu tasarruflar, koşulsuz ve kesin bir kazanıma dönüşecektir. Ancak eğer önce “*geri devir olayı*” gerçekleşirse bu durumda OR Art. 152/3 gereği, askı dönemi içinde gerçekleştirilen tasarruflar hükümden düşecektir²⁸¹. Böylece, eğer askı dönemi içinde devralan alacağı bir üçüncü kişiye devretmişse alacak kendiliğinden **ilk devralana** geri dönecektir²⁸².

Tüm bunlara ek olarak, bu görüşe göre, devralan tarafından gerçekleştirilen ve “*geri devir olayı*”nın gerçekleşmesiyle birlikte hükümsüz hale gelecek olan tasarruf işlemleri bakımından, iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması gereği dikkate alınarak, bir istisnanın varlığı da kabul edilmelidir. Bu bakımdan da OR 164/2 (TBK m. 183 f. 2) hükmü kıyasen uygulanmalıdır²⁸³. Buna göre, alacağın teminat amacıyla devredildiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişilerin, alacağın teminat olmak üzere devredildiği bilgisini içermeyen bir yazılı borç tanınmasına güvenerek²⁸⁴, alacağı devralandan devralmaları veya alacak üzerinde rehin hakkı elde etmeleri halinde üçüncü kişilerin bu kazanımı korunur²⁸⁵. Başka bir deyişle, geri devir olayının gerçekleşmesi halinde dahi bu tasarruf işlemleri hükümsüz hale gelmez.

Kanımızca, nispiğin aşılması bakımından ileri sürülen bu görüşün savunulmasına imkân yoktur. Zira geciktirici koşula bağlı olan geri devir yükümlülüğü bakımından TBK m. 171 f. 3’ün uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu hüküm, koşula bağlı tasarruf işlemleri bakımından öngörülmüştür²⁸⁶. Ne var ki yazar bu hükmün yalnızca tasarruf işlemleri için değil borçlandırıcı işlemler için de uygulama alanı bulacağını ileri sürmektedir²⁸⁷. Bu bakımdan ilgili görüşün iki temel dayanağı söz konusudur. Bunlardan ilkinde göre, OR Art. 152/3 (TBK m. 171 f. 3) hükmünün lafzında tasarruf işlemi ibaresi yer almadığı gibi aynı hükmün ilk fıkrasında koşula bağlı bir borç altına giren kimseden söz edilmektedir. Hükmün 3.

²⁸¹ Reetz, Diss., §5, N. 139, 140.

²⁸² Reetz, Art. 152 Abs. 3, s. 242-243.

²⁸³ Reetz, Art. 152 Abs. 3, s.243-244.

²⁸⁴ Yazara göre, burada bu yazılı borç tanınmasına karşılık gelen belge devir senedi olabileceği gibi yazılı borç tanınması da olabilir. Ancak devir senedinde teminat amacına ilişkin bilgi yer almasına rağmen onu incelemeyen yalnızca yazılı borç tanınmasına güvenerek alacağı devralan kimsenin iyi niyetli olduğundan söz edilemez. Bkz. Reetz, Art. 152 Abs. 3, s. 244-245.

²⁸⁵ Reetz, Art. 152 Abs. 3, s. 244-245; Reetz, Diss., §5, N. 152 vd.

²⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lauko, s. 5 vd. Yine yazarın koşula bağlı borçlandırıcı işlemleri ve bir borcun ifasının koşula bağlandığı halleri maddenin uygulama alanı dışında gören görüşü hakkında bkz. Lauko, s. 14.

²⁸⁷ Reetz, Art. 152 Abs. 3, s. 240.

fıkrası kanun sistematigi gereği ilk fıkraya atıfta bulunur şekilde kaleme alındığına göre, OR Art. 152/3 hükmünde de koşula bağlı bir borçlandırıcı işlemin ardından bu borçlandırıcı işlemin hükümlerini zedeleyecek nitelikteki sonraki tasarruf işlemlerinden söz edilmektedir²⁸⁸. İkinci olarak; *Reetz*'e göre, OR Art. 152/3 hükmünün uygulama alanını tasarruf işlemleri ile sınırlı olarak kabul eden görüş, İsviçre yasa koyucusunun bu hükmü getirirken BGB § 161 (1)²⁸⁹ hükmünden yola çıktığını ileri sürmektedir²⁹⁰. Oysa yazara göre bu dayanağın doğruluğunu kanıtlayabilecek bir veri mevcut değildir²⁹¹.

Kanaatimizce *Reetz* tarafından ileri sürülen bu dayanakların yerinde olduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira bu düşüncenin kabulü halinde, hiçbir koşul olmaksızın borç altına giren kimse borçlandığı şeyi dilediği gibi bir üçüncü kişiye devretme imkânına sahip olurken; ancak belirli bir koşulun gerçekleşmesi halinde borç altına girmeyi kabul eden kimsenin tasarruf yetkisi sınırlanmış olacaktır. Üstelik bu durumda, koşula bağlı borçlandırıcı işlemler ile sonraki tasarruf işlemleri arasında -esasen yalnızca tasarruf işlemlerine hakim olan- öncelik prensibi gündeme gelecektir. Öte yandan, OR Art. 152/3 hükmünün yalnızca tasarruf işlemlerine özgü bir hüküm olması, BGB § 161 (1)'nin bu yöndeki açık ifadesinden değil; gerek Türk-İsviçre gerek Alman hukuku bakımından geçerli bulunan borçlandırıcı işlemler ile tasarruf işlemleri arasındaki yapısal ve kavramsal farklılıktan kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, *Reetz* tarafından ileri sürülen bu görüş ne kavramsal olarak tutarlıdır ne de menfaatler dengesine uygun bir çözüm olarak kabul edilebilir.

b. İnançlı İşlem Teorisi Bağlamında İleri Sürülen Görüşler

Yukarıda *Reetz* tarafından savunulan ve teminat amacıyla alacağın devri bakımından nispiyeti aşmaya yönelik olarak ileri sürülen görüşü açıklamıştık. Bundan başka, tüm inançlı işlemler bakımından ileri sürülen ve tam hak iktisabı teorisine karşı çıkan görüşler de mevcuttur. Günümüzde bu görüşlerin pek çoğu geçerliliğini kaybetmiş olsa da bu başlık altında kısaca bu görüşlere yer verilecektir.

²⁸⁸ *Reetz*, Art. 152 Abs. 3, s. 240.

²⁸⁹ BGB § 161 (1)'de açıkça koşula bağlı tasarruf işlemlerinden ("... über einen Gegenstand verfügt, jede Verfügung") söz edilmektedir.

²⁹⁰ *Reetz*, Art. 152 Abs. 3, s. 241.

²⁹¹ *Reetz*, Art. 152 Abs. 3, s. 241. Yazar tüm bunlara ek olarak, İsviçre yasa koyucusunun iradesinin de kendi görüşü ile paralel olduğunu ve objektif tarihi yorum metodunun hükmü borçlandırıcı işlemleri de kapsayacak şekilde anlamayı gerektirdiğini ifade etmektedir. Bkz. *Reetz*, Art. 152 Abs. 3, s. 240-241.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu teorilerin hemen hepsi inançlı olarak devredilen hakkın bir aynı hak ve çoğu zaman da mülkiyet olduğu düşüncesinden yola çıkmaktadır. Bu nedenle, biz çalışmamızda bu teorileri alacak hakkı bağlamında değerlendireceğiz.

aa. Bozucu Koşul Teorisi

Bozucu koşul teorisine göre, inançlı olarak gerçekleştirilen devirler doğası gereği bozucu şarta bağlanmıştır ve bu bozucu şart aynı etkilidir²⁹². İnanç amacı her ne ise o amacın gerçekleşmesi, bozucu şartın gerçekleştiği anlamına gelmektedir. Bu teori, inançlı olarak devredilen şeyin bir alacak olması halinde de alacağın kendiliğinden devredene dönmesini sağlayacaktır. Böyle bir sonucun kabul edilebilmesi için tasarruf işlemi niteliğindeki devir anlaşmasının bozucu şarta bağlı olması gerekir²⁹³.

Bir tasarruf işlemi olan alacağın devrinin bozucu veya geciktirici koşula bağlanmasına bir engel yoktur²⁹⁴. Dolayısıyla bu bakımdan bozucu şart teorisi makul görülebilirse de Türk-İsviçre hukukunda alacağın devri sözleşmesi yazılı şekil şartına tabidir. Koşul da şekle tabi unsurlardan olduğundan²⁹⁵ tarafların şekle yansımamış bir koşul kararlaştırdıklarından söz edilemez²⁹⁶. Bu nedenle, bozucu şart teorisinin teminat amacıyla alacağın devrinde tam hak iktisabı teorisinin yarattığı engelleri aşması mümkün değildir.

bb. Toplu Mülkiyet Teorisi

Toplu mülkiyet teorisine göre, bir inançlı devir sonucunda inanan ile inanılan devir konusu şey üzerinde birlikte hak sahibi olurlar²⁹⁷. Bu teori her ne kadar mülkiyet hakkının inançlı devri üzerine kurulu olsa da inançlı olarak devredilen şeyin bir alacak olması ihtimalinde, devreden ile devralanın bir alacağın iki farklı alacaklısı olması gerektiği sonucunun çıkarılmasına neden olabilir. Bir alacağın birden fazla

²⁹² Teori hakkında bkz. **Özsunay**, s. 155-156.

²⁹³ Teminat amacıyla alacağın devri bakımından, şekil şartını irdelemeksizin, bu devrin bozucu koşula bağlı yapıldığı ve bu sebeple teminat altına alınan borç ifa edilince teminat olarak devredilen alacağın da devredene kendiliğinden döneceği yönünde bkz. **Akkanat-Öztürk**, s.11.

²⁹⁴ **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1498; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, N. 3635; **Sirmen, Lale**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s. 5.

²⁹⁵ **Sirmen**, Şart, s. 45.

²⁹⁶ **Bergmaier**, s. 29; **Özsunay**, s. 158.

²⁹⁷ Teori hakkında bkz. **Özsunay**, s. 158-159.

alacaklısı olmasına ve tarafların yasanın tanıdığı çeşitli enstrümanlar ile bu durumu yaratmasına bir engel yoktur²⁹⁸.

Ne var ki, alacağı devretme iradesi ile birden fazla alacaklı ortaya çıkarma iradesi birbirinden farklıdır. Dolayısıyla inançlı olsa dahi bir alacağın devri hususunda anlaşılan tarafların artık bir birlikte alacaklılık durumu yarattığından söz edilemez²⁹⁹.

cc. Nisbi Hukuki Durum Teorisi

Nisbi hukuki durum teorisine göre, inançlı olarak bir hakkı devralan kimsenin iç ve dış ilişkideki konumu birbirinden farklıdır. Devralan her ne kadar dış ilişkide alacaklı (veya malik) sıfatını taşısa da iç ilişkide devreden vekili konumundadır³⁰⁰. Dolayısıyla devralan sahip olduğu hakkı devredene karşı ileri süremez. Bu sebeple, inanç konusu şeyin iflas masasına girmesi veya haczedilmesi hallerinde devreden o şeyi iflas masasından çıkarma veya haciz bakımından istihkak davası (*Widerspruchsklage*) açma hakkına sahiptir.

Ne var ki, bu teorinin dayanağı olan iç ve dış ilişkideki farklılık devreden iflas ve haciz hallerinde hak sahipliği iddiası ileri sürmesi bakımından yeterli bir dayanak değildir. Öte yandan, yasanın tanıdığı bazı istisnalar dışında, bir malvarlığı değeri üzerindeki hak sahipliğinin bazı kimselere karşı ileri sürülememesi söz konusu değildir³⁰¹. Tüm bu nedenlerle, bu teori de inançlı işlemleri açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır.

3. Nisbiliğin Aşılması Bakımından Görüşümüz

Teminat amacıyla alacağın devri bakımından devralanın yetkilerinin teminat amacıyla sınırlanmasının yalnızca borçlandırııcı işlemde kaynaklandığı ve bu sınırlamanın devralanın tasarruf yetkisi ve alacak üzerindeki hak sahipliği bakımından herhangi bir etkisinin olmadığını yukarıda açıklamıştık. Bu durumu

²⁹⁸ Bu enstrümanlar hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N. 1436 vd. Özellikle sonradan alacağa katılma hakkında bkz. N. 1440.

²⁹⁹ Bu teorinin inançlı devir düşüncesinin temeline aykırı olduğu yönünde bkz. **Özsunay**, s. 159-160.

³⁰⁰ Teori hakkında bkz. **Özsunay**, s. 160.

³⁰¹ **Bergmaier**, s. 28; **Özsunay**, s. 161. Her ne kadar tam hak teorisini benimsese ve iflas halinde teminat olarak devredilen alacağın devreden iflas masasına girmeyeceğini ifade etse de *Becker* de devralanın alacağını devredene ve onun alacaklılarına ileri sürmek bakımından inançlı işlemin sınırları ile bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Becker, Hermann**, Art. 164-174 OR, Allgemeine Bestimmungen- Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1 (Hrsg: Hermann Becker), Stämpfli, 2. Auflage, 1945, Art. 164, N. 11.

aşmaya yönelik olarak ileri sürülen teorilerin yetersiz kaldığını ve bu nedenle bugün inançlı işlemler bakımından tam hak iktisabı teorisinin benimsendiğini de ifade etmiştik. Bu teorilerden en yenisi olup *Reetz* tarafından ileri sürülen ve teminat anlaşmasının koşula bağlı olmasının TBK m. 171 f. 3'ün uygulanması sonucunu doğuracağı sonucuna varan görüşe yönelik eleştirilerimize de yukarıda yer vermiştik.

Kanımızca, kural olarak teminat amacıyla alacağın devrinde de tam hak iktisabı teorisi geçerlidir ve devralan devraldığı alacak üzerinde her türlü tasarrufta bulunma imkânına sahiptir. Ancak taraflar adi yazılı şekle yansıtılmak şartı ile tasarruf işlemi olan devir anlaşmasını bozucu koşula bağlayabilirler; buna bir engel yoktur. Söz gelimi, teminat altına alınan alacağın ifa veya başka bir yolla sona ermesi şeklinde bir koşul kararlaştırılabilir. Bu durumda, koşulun gerçekleşmesi ile birlikte alacak kendiliğinden devralana dönecektir. Eğer koşul gerçekleşene kadarki süreçte devralan alacak üzerinde bazı tasarruflarda bulunmuşsa, TBK m. 171 f. 3 gereği, bu tasarruflar koşulun gerçekleşmesi ile hükümden düşecektir³⁰².

Borçlandırıcı işlem niteliğindeki teminat anlaşması ise niteliği gereği koşula bağlı yükümlülükler içermektedir. Bu koşulun taraflarca ayrıca kararlaştırılmış olması gerekmez. Teminat anlaşması geçerlilik şekline tabi olmadığından bu bakımdan herhangi bir sorun ile de karşılaşılmaz. Buna göre, devralanın iade yükümlülüğünün doğumu “*geri devir olayı*”nın gerçekleşmesi koşuluna bağlıdır. Bunun için teminat amacı üzerine anlaşılmış olması yeterlidir. Ne var ki, alacağın devri işlemi de bu koşula bağlanmadığı sürece koşulun gerçekleşmesi ile yalnızca devralan bakımından alacağı devredene iade yükümlülüğü doğar ve alacak kendiliğinden devralana dönmez. Eğer devralan koşul gerçekleşene kadarki süreçte alacak üzerinde gerçekleştirdiği tasarruflar ile alacağı iade etme imkânını yitirmişse artık devralanın yalnızca bu borca aykırı davranışı nedeni ile tazminat sorumluluğu gündeme gelir³⁰³.

³⁰² TBK m. 171 f. 3, yasa koyucunun geciktirici koşula bağlı işlemler bakımından getirdiği bir hüküm olsa da bozucu koşula bağlı işlemler bakımından da bu hükmün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Sirmen**, Şart, s. 183. Bu durum BGB §161 (2)'de açıkça ifade edilmiştir. Devrin koşula bağlanmasının alacağın iadesi üzerindeki etkisi ve ara dönemde devralanın gerçekleştirdiği tasarruflar hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A ve C, 3.

³⁰³ İade yükümlülüğünün kapsamı hakkında bkz. Üçüncü Bölüm II, C, 2.

Teminat anlaşması her durumda bir koşul içerdiğine göre³⁰⁴, burada yanıtlanması gereken soru, devir sözleşmesinde de tarafların bir koşul kararlaştırdıklarını ve bu koşulun yazılı şekle de yeterince yansıdığını kabul etmenin hangi durumlarda mümkün olduğudur. Bu açıdan kanımızca üç durumun dikkate alınması gerekir. İlk olarak, teminat anlaşması ve devir sözleşmesinin aynı belgede somutlaşması halinde artık koşulun borçlandırıcı işleme mi yoksa tasarruf işlemine mi ait olduğunu ayırt etme imkânı kalmaz. Bu durumda, ilgili koşulun yorumlanması ve içeriğinin tespiti önem arz eder. Eğer bu koşul özellikle alacağın kendiliğinden dönmeyeceğine işaret edecek şekilde yorumlanmıyorsa, kanımızca alacağın devrinin de koşula bağlandığını kabul etmek gerekir.

İkinci olarak, teminat anlaşması ve devir sözleşmesi aynı belgede somutlaşmasa bile devir sözleşmesinde alacağın teminat amacıyla devredildiği bilgisine yer verilmesi halinde, bu ibarenin devrin bozucu koşula bağlı olarak yapıldığı sonucuna varmak bakımından yeterli olup olmadığı incelenmelidir. Kanımızca işlem birliği halinde olduğu gibi, bu durumda da taraf iradelerinin yorumuyla aksi yönde bir kanıya açıkça varılamıyorsa ilgili ibare devir anlaşması bakımından bir bozucu koşul olarak görülebilir.

Kanaatimizce bu iki durum bakımından vardığımız sonuç, devir anlaşması için öngörülen şeklin koruyucu amacı ile de uyum içindedir³⁰⁵. Zira bu bakımdan önemli olan, üçüncü kişilerin devir senedinde yer alan ibarelerden alacağın devralana geri dönmesi sonucunun gerçekleşebileceği ihtimalini ve bu ihtimalin gerçekleşmesi için gerekli unsurları anlamış olmalarıdır.

Ancak bazı durumlarda, yukarıda sayılan ihtimaller gerçekleşmiş olsa bile, teminat altına alınan kredinin niteliği gereği tarafların bir kredi ilişkisinin sona ermesini bozucu koşul olarak görmedikleri sonucuna varmak mümkündür. Zira bu kredi türlerinde, teminat tek bir kredi ilişkisi için değil süregelen bir şekilde verilen kredilerin geri ödenmesini veya taraflar arasındaki iş ilişkisinde doğan başkaca yükümlülükleri de teminat altına almak üzere verilmektedir. Bu durumlarda taraf

³⁰⁴ Bunun ancak kural olarak teminat anlaşmasına dahil olduğu ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile mutlak bir şekilde bu sonuca varılamayacağı yönünde bkz. **Geroldinger/Lukas**, s. 709.

³⁰⁵ Bu konuda ileride bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, b.

iradelerinin kredi ilişkisinin sona ermesiyle teminat olarak devredilen alacakların devredene dönmesi olduğu söylenemez³⁰⁶.

Dikkat edilecek olursa, buraya kadarki açıklamalarımızda örtülü koşul olarak dikkate alınan unsur, teminat altına alınan alacağın sona ermesidir. Ancak söz gelimi kredi ilişkisinin en baştan geçersiz olması gibi nedenlerle devredilen alacağın akıbetine ilişkin aynı çıkarımların kolaylıkla yapılamayacağını ifade etmek gerekir. Bu durumda koşulun varlığına hükmedebilmek için daha güçlü emarelere ihtiyaç bulunduğu söylenebilir. Zira teminat altına alınan alacağı, başta ifa nedeniyle olmak üzere, sona erdirmek ve teminat olarak devredilen alacağı geri almak, tarafların en baştan beri öngördükleri ve devralanın bir yükümlülüğü olarak kararlaştırdıkları bir husustur. Oysa teminat altına alınan alacağın veya onu doğuran hukuki ilişkinin en baştan beri geçersiz olması, öngörülme ve umut edilmeyen bir ifa engeli niteliğindedir.

Son olarak, devir anlaşmasında asıl borcun sona ermesi halinde devredilen alacağın devralana döneceği sonucunu çıkarmaya yönelik herhangi bir klozun yer alması halinde artık koşulun varlığından şüphe duymamak gerekir.

G. Teminat Altına Alınan Alacağın Konusu ve Teminat Anlaşmasında Bireyselleştirilmesi

1. Teminat Altına Alınan Alacağın Konusu

Teminat amacıyla alacağın devri yoluyla teminat altına alınabilecek alacaklar, kural olarak her türlü alacak olabilir. Bu bakımdan bir para alacağı söz konusu olabileceği gibi konusu para dışındaki şeyler olan bir verme veya yapma borcunun da bu şekilde teminat altına alınması mümkündür. Teminat altına alınan alacağın türüne göre, bu borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Eksik borç niteliği taşıyan alacakların teminat altına alınmasının ise birtakım özellikler arz ettiği kabul edilmektedir³⁰⁷. Zamanaşımına uğrayan borçlar bakımından devreden teminat altına alınan alacağın borçlusu olup olmadığı, eş deyişle kendi borcu için teminat verip vermediği dikkate alınması gereken ilk ayrımı

³⁰⁶ Teckener, s. 19. Benzer yönde bkz. Geroldinger/Lukas, s. 710.

³⁰⁷ Reetz, Diss., § 7, N. 488 vd.

oluşturmaktadır. Her iki durumda da zamanaşımına uğramış bir borcun teminat amacıyla alacağın devri yoluyla teminat altına alınmasına bir engel yoktur³⁰⁸.

Ancak eğer devreden teminat altına alınan alacağın borçlusu ise teminat amacıyla alacağın devri yolu ile teminat verilmesi asıl alacağa ilişkin zamanaşımı definden örtülü bir şekilde feragat edildiği şeklinde yorumlanmaktadır³⁰⁹. Bu durumda teminat altına alınan alacağın değeri, teminat olarak devredilen alacaktan daha fazla ise yalnızca teminat olarak devredilen alacak tutarındaki kısım bakımından mı yoksa alacağın tamamı bakımından mı zamanaşımından feragat edildiğinin tarafların iradelerinin yorumu ile saptanacağı kabul edilmektedir³¹⁰.

Eğer devreden, üçüncü kişinin borcu için teminat veren konumundaysa zamanaşımı definden feragat edilip edilmediği teminat altına alınan borcun borçlusunun teminat amacıyla devre rıza gösterip göstermemesine göre saptanacaktır³¹¹. Böyle bir rıza açıklamasının devredene değil devralana yönelik olarak yapılması ve ancak bu durumda zamanaşımından feragat olarak yorumlanabileceği kabul edilmektedir³¹². Devredene yöneltilmiş böyle bir beyan, ancak devreden bu beyanı devralanın temsilcisi olarak kabul etmesi halinde zamanaşımından feragat sonucu doğurabilecektir³¹³.

Başka bir eksik borç türü olarak kumar ve bahisten doğan borçlar için ise esas borçlunun teminat amacıyla alacağın devri yapamayacağı ama üçüncü kişilerce bu tür bir teminatın verilebileceği kabul edilmektedir³¹⁴. Eğer kumar ve bahisten doğan borçlar için asıl borçlu bu borca teminat olarak bir veya birden fazla alacağını devrederse her zaman bu alacakların kendisine iadesini isteyebileceği veya devralan alacaklının teminat olarak devredilen alacakları paraya çevirmesine yönelik eylemleri yasaklayabileceği ifade edilmektedir³¹⁵.

³⁰⁸ Reetz, Diss., § 7, N. 488, 489.

³⁰⁹ Zamanaşımından feragatin şartları ve sonuçları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Erdem, Mehmet**, Zamanaşımı, İstanbul, 2010, s. 378 vd.

³¹⁰ Reetz, Diss., § 7, N. 488; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 63.

³¹¹ Reetz, Diss., § 7, N. 489; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 63.

³¹² Zira zamanaşımından feragat mutlaka o alacağın alacaklısına yöneltilmiş olmalıdır. Bkz. **Erdem**, Zamanaşımı, s. 384-385.

³¹³ Reetz, Diss., § 7, N. 489.

³¹⁴ Reetz, Diss., § 7, N.491-493; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 64. Açıkça bu ayrımı yapmasa da gerekçesinden çıkan sonuca göre aynı yönde bkz. **Bergmaier**, s. 63.

³¹⁵ Reetz, Diss., § 7, N. 491. Şüphesiz bu çıkarım, söz konusu eksik borcun teminat altına alınması amacıyla yapılan devir anlaşmasından devir anlaşmasının değil yalnızca borçlandırıcı işlem olan

2. Teminat Altına Alınan Alacağın Bireyselleştirilmesi

Teminat altına alınan alacak, teminat anlaşması bakımından asli bir unsuru teşkil etmektedir³¹⁶. Bu bakımdan teminat anlaşmasında teminat altına alınan alacağın bireyselleştirilmesi zorunludur. Devir anlaşmasında ise teminat altına alınan alacağın yer alması dahi gerekmez.

Teminat altına alınan alacağın bireyselleştirilmesi, teminat anlaşmasında belirlenebilir hale getirilmesi anlamına gelmektedir³¹⁷. Bu bireyselleştirme, her şeyden önce sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve kurulduğuna kanaat getirildiği hallerde sözleşmenin yorumlanması meselesine ilişkindir³¹⁸. Ancak sözleşmenin kurulduğuna kanaat getirildiği hallerde ve ardından -ileride detaylıca ele alacağımız şekilde- içeriği tespit edildikten sonra sözleşmenin geçerliliğinin incelenmesine geçilebilir. Bu geçerlilik incelemesi, devreden teminat verenin ekonomik özgürlüğüne getirilen sınırlamanın TMK m. 23 hükmü kapsamında değerlendirilmesi³¹⁹ ile genel işlem koşulları denetimine ilişkindir. Gerek sözleşmenin kurulması gerek sözleşmenin geçerliliği bakımından aynı hususlar teminat olarak devredilen alacağın bireyselleştirilmesinde de söz konusu olduğundan bu başlık altında ilgili hususlara değinilmeyecek, devredilen alacağın bireyselleştirilmesi başlığına atıf yapmak ile yetinilecektir³²⁰. Bu başlık altında, yalnızca teminat altına alınan alacağa ilişkin bazı özellikli hususlara yer verilecektir.

Teminat altına alınan alacağın “doğmuş ve doğacak bütün alacaklar” gibi geniş ve belirsiz bir şekilde ifade edildiği hallerde, doktrinde taraf iradelerinin yalnızca teminat anlaşması kurulduğu sırada belirlenebilir ve bu bağlamda teminat veren tarafından öngörülebilir olan alacaklar üzerinde uyduğu ve güven teorisi uyarınca teminat verenin teminat altına alınan alacakları bu kapsamda anlamakta haklı olduğu

teminat anlaşmasının geçersiz olacağı anlamına gelmektedir. Ne de olsa devir anlaşması, gerek teminat altına alınan alaktan tamamen bağımsız bir özellik arz eder; fer’ilik söz konusu değildir.

³¹⁶ **Çetiner, Bilgehan**, “Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu”, MÜHF HAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 803 - 826, s. 805. Rehin sözleşmesi bakımından aynı yönde bkz. **Makaracı-Başak**, Rehin, s. 95.

³¹⁷ **Bergmaier**, s. 40; **Aydıncık**, s. 164.

³¹⁸ Benzer yönde bkz. **Çetiner**, Geniş Kapsamlı, s. 805. Ayrıca bkz. **Makaracı-Başak**, Rehin, s. 95 vd.

³¹⁹ Rehinde olduğu gibi teminat amacıyla alacağın devrinde de teminat altına alınan alacağın teminat verenin ekonomik özgürlüğü bağlamında somutlaştırılması gerektiği yönünde bkz. **Wehrli, Thomas**, Die Vertragliche Abtretung von Forderungen, insbesondere Voraus- und Globalzession und deren Behandlung bei Konkurs des Zedenten, Stämpfli, 1993, s. 56-57.

³²⁰ Teminat olarak devredilen alacağa ilişkin belirlenebilirlik kriterlerinin, kıyasen teminat altına alınan alacağa da uygulanacağı yönünde bkz. **Zobl, Dieter**, “Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung- eine Standortbestimmung”, SJZ, Heft 21, 1989, ss. 349-359, s. 355.

kabul edilmektedir³²¹. Kanımızca böyle bir sonuç tüm geniş kapsamlı teminat açıklamalarına yaygınlaştırılmaz. Zira, teminat olarak devredilecek alacakların bireyselleştirilmesi başlığında da ele alacağımız üzere, irade beyanında güven teorisinin devreye girebilmesi için tarafların bir yorum çatışması halinde bulunmaları gerektiği gibi teminat verenin iddiasının da “belirlenebilir” alacakları göz önünde tutarak bu sözleşmeyi kurduğu iddiasında bulunması gerekir. Ancak pratikte çoğu zaman bu iki ihtimalin de gerçekleştiğini söylemek gerekir.

Teminat anlaşması kurulduğu sırada belirlenebilir ve bu bağlamda teminat veren tarafından öngörülebilir alacakların neler olduğu, teminat verenin asıl borçlu veya üçüncü kişi olmasına göre değişiklik göstermektedir. Buna göre, üçüncü kişilerce verilen teminatlarda teminat altına alınan alacak, yalnızca teminat verilmesine neden olan krediden ibarettir³²². Ancak istisna olarak, üçüncü kişi ile borçlu arasındaki kişisel ya da ekonomik yakın ilişki, üçüncü kişinin borçlu tarafından alınacak kredilerin türünü ve miktarını belirleyebilmesini sağlayacak düzeyde ise ve bu kapsamda üçüncü kişinin üstlendiği riskleri kontrol altında tuttuğu söylenebiliyorsa bu kapsamın dışına çıkan alacakların da teminat altına alındığından söz edilebilir³²³.

Asıl borçlu tarafından verilen teminatlarda ise belirlenebilir alacakların borçlu ile banka arasındaki iş ilişkisinde kaynaklanan alacaklar olduğu kabul edilmektedir³²⁴. Bunların dışında kalan alacaklar, teminat altına alınan alacaklara dahil edilmemektedir³²⁵.

Belirtmek gerekir ki, teminat altına alınan alacakların bu şekilde sınırlandırılması teknik olarak yalnızca sözleşmenin kurulması ve yorumlanması aşamalarıyla ilgilidir.

³²¹ **Çetiner**, Geniş Kapsamlı, s. 808 vd.

³²² **Huber**, N. 4/579b; **Çetiner**, Geniş Kapsamlı, s. 812. Cari hesap şeklinde işleyen kredilerde teminat anlaşması kurulduğu sırada mevcut bulunan bir kredi açma sözleşmesine istinaden sonradan gerçekleştirilen bir münferit kredi sözleşmesinden doğan borçların da bu kapsamda kabul edileceği yönünde ayrıca bkz. **Çetiner**, Geniş Kapsamlı, s. 812. Kanımızca da burada teminat verilmesine neden olan kredi, somut olayın tüm şartları dikkate alınarak kredi açma sözleşmesinden doğan başkaca kredileri de kapsayacak şekilde yorumlanabilir.

³²³ **Huber**, N. 4/579b.

³²⁴ **Huber**, N. 4/579b; **Çetiner**, Geniş Kapsamlı, s. 819 vd. Bu bakımdan teminatın kimin tarafından verildiği ayrımı yapmaksızın iş ilişkisinden doğan alacaklar ile sınırlamayı kabul eden görüş için bkz. **Bkz. Walter**, s. 54-55.

³²⁵ Bu durumda **Çetiner**, teminat anlaşması kurulduğu esnada doğmuş bulunan alacaklar bakımından bir istisna öngörmekte ve bankaya olan iş ilişkisi (veya yazarın ifadesiyle ticari ilişki) dışındaki alacakları da bu kapsamda ele almaktadır. Bkz. **Çetiner**, Geniş Kapsamlı, s. 819-820. Kanımızca teminat veren asıl borçlunun güven teorisi ışığında yorumlanacak iradesi bakımından bu alacakları da dikkate aldığını söylemek güçtür.

Güven teorisi ışığında teminat altına alınan alacaklar bakımından daha dar bir anlama geldiği kabul edilen bir teminat anlaşmasının yine de alacakların kapsamı nedeniyle geçersiz olması mümkündür³²⁶. Zira özellikle asıl borçlu tarafından verilen teminatların yalnızca iş ilişkisinden kaynaklanan alacaklar ile sınırlanması, teminat verenin ekonomik özgürlüğü bakımından TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırı olmasına engel olmayabilir. Öte yandan, teminat altına alınan alacaklara ilişkin sözleşme klorunun bir genel işlem koşulu teşkil etmesi halinde genel işlem koşullarına ilişkin bir denetimin yapılması da zorunlu olacaktır. Biz bu iki durumu teminat olarak devredilen alacaklara ilişkin olarak aşağıda ele alacağımızdan burada bu hususlara ayrıca yer vermeyeceğiz. Bu bakımdan çalışmamızın devamında teminat olarak devredilen alacaklar için ifade ettiğimiz hususlar, teminat altına alınan alacak için de geçerli olacaktır. Ancak şimdiden ifade etmek gerekir ki, özellikle teminat altına alınan alacağın kapsamının genel işlem koşulu teşkil etmesi halinde TBK m. 21 f. 2 bağlamından *sürpriz koşula* ilişkin denetim büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan, teminatın verilmesine sebep olan hukuki ilişkiden doğan alacakların (veya duruma göre banka ile teminat veren arasındaki iş ilişkisinden kaynaklananların) dışında kalanların *sürpriz koşul* teşkil etmesi sebebiyle yazılmamış sayılacağı ifade edilmektedir³²⁷.

Teminat altına alınan ana alacağın tespitinden başka, bu alacakla birlikte alacağa bağlı bazı yan hakların veya takip giderleri gibi hususların da teminat altına alınıp alınmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu tespit bakımından birincil kaynak yine sözleşmenin kendisi olacaktır. Eğer bu konuda sözleşmede bir boşluk mevcutsa, doktrinde bir görüşe göre TMK m. 946 f. 2 burada kıyasen uygulama alanı bulur³²⁸. Yukarıda teminat anlaşmasına uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde de ifade ettiğimiz üzere, taşınır ve alacak rehnine ilişkin tamamlayıcı hükümlerin teminat anlaşmasındaki sözleşme boşluklarına uygulanması, çok istisnai hallerde gündeme gelebilir. Bu kural bakımından da aynı şeyi söylemenin uygun olduğu kanısındayız. Zira tarafların varsayımsal iradeleri *sui generis* bu sözleşmenin boşluklarının doldurulmasında öncelikli olarak dikkate alınmalıdır. Ancak son çare olarak hakimin bu hükümden yararlanmasına bir engel yoktur.

³²⁶ Çetiner, Geniş Kapsamlı, s. 824.

³²⁷ Çetiner, Geniş Kapsamlı, s. 810, s. 820.

³²⁸ Bergmaier, s. 87, 197 ; Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 313; Turan-Fühner, s. 106. Hükmün kapsamına aldığı alacaklar hakkında bilgi için bkz. Şensöz/Özbilen/Savaş, s. 239 vd.

Son olarak, tarafların anlaşarak teminat anlaşması üzerinde sonradan değişiklik yapabilecekleri kabul edilmektedir. Bu kapsamda, taraflar teminat altına alınan alacağın kapsamını değiştirebilecekleri gibi teminat teşkil eden alacakların kapsamını da değiştirebilirler³²⁹.

H. Teminat Olarak Devredilecek (*Devri Taahhüt Edilen*) Alacağın Teminat Anlaşmasında Bireyselleştirilmesi

1. Sözleşmenin Kurulması ve İçeriğinin Tespiti Bakımından

Teminat amacıyla alacağın devrinde alacağın bireyselleştirilmesi, hem borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşması bakımından hem de tasarruf işlemi olan devir anlaşması bakımından aranan bir unsurdur. Tasarruf işleminde devredilen alacak veya alacakların bireyselleştirilmesi farklı bazı unsurların aranmasını gerektirdiğinden bu başlık altında yalnızca teminat anlaşmasında alacağın bireyselleştirilmesi ele alınacak; çalışmamızın devamında tasarruf işleminde alacağın bireyselleştirilmesine ilişkin sorunlar ayrıca incelenecektir³³⁰.

Teminat anlaşmasından doğan asli edim, alacağın devredilmesi, eş deyişle, alacak üzerindeki hakkın karşı tarafa geçirilmesidir. Dolayısıyla teminat anlaşmasının esaslı unsurlarının başında devri taahhüt edilen alacak gelir. Bu nedenle, devri taahhüt edilen alacağın teminat anlaşmasında yeterince bireyselleştirilmesi; en azından belirlenebilir hale getirilmiş olması gerekir. Eğer taraflar devredilen alacak veya alacaklar üzerinde hiçbir saptamada bulunmamışlarsa, sözleşme kurulmamış olacaktır.

Taraflar devri taahhüt edilen alacak bakımından herhangi bir saptamada bulunmuşlarsa, bu saptamanın alacağı veya alacakları belirlenebilir hale getirmiş olması gerekir³³¹. Örneğin, çok geniş ve muğlak ifadelerle ortaya konan alacakların yeterince bireyselleştirilmiş olduğundan söz edilemez. Ancak böyle bir durumda sözleşmenin kurulmamış olduğu, tarafların alacak konusunda hiçbir saptamada

³²⁹ **Huber**, N. 4/582.

³³⁰ İkinci Bölüm, II, C, 2.

³³¹ Belirtmek gerekir ki, tarafların, sözleşmenin içeriğine dahil ederek müzakere konusu yaptıkları herhangi bir hususun (objektif) esaslı unsur olup olmadığı bu bakımdan bir önem arz etmez. Eğer taraflar esaslı olmayan bir unsuru bu şekilde sözleşmenin içeriğine dahil etmişlerse o unsurun da sözleşmede bireyselleştirilmiş olması gerekir. Bunun istisnası, tarafların söz konusu esaslı olmayan hususu daha sonra sonuca bağlamayı kararlaştırmış olmalarıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki, esaslı unsur bu bakımdan ayıran, onun müzakere konusu yapılmamış olmasının doğrudan sözleşmenin kurulmamış sayılmasına yol açacağıdır. Bu konuda bkz. **Taşatan**, s. 205 vd.

bulunmadıkları ihtimalinde olduğu kadar kolay kabul edilemez. Zira, bu durumda eğer taraflar ilgili ifadeye farklı anlamlar yükledikleri iddiasında bulunurlarsa; irade beyanında güven teorisi ilkesi devreye girecek. Böyle bir yorum çatışmasının olmadığı hallerde ise ilgili ibarenin gerçek anlamını tespiti yönelik bir yorum faaliyeti yürütülmesi gerekecektir.

Tarafların bir yorum çatışması içinde bulundukları ilk ihtimalde, söz gelimi, taraflar “*devredene ait doğmuş ve doğacak bütün alacakların*” devrini kararlaştırmış ancak esasen her iki taraf buna farklı anlamlar yüklemiş olabilir. Bu durumda, ilgili ibare tarafların gerçek ve ortak iradesini yansıtmamaktadır. Bunun sonucu olarak, irade beyanlarının güven ilkesi ışığında yorumlanmasıyla sözleşme ya taraflardan birinin gerçek iradesi hilafına kurulmuş sayılacak ya da güven teorisi ışığında hiçbir taraf diğer tarafı o şekilde anlamakta haklı görülemezse sözleşme kurulmamış sayılacaktır³³². Somutlaştırılacak olursa, taraflar “*doğmuş ve doğacak bütün alacakların*” devredileceğini kararlaştırmışlar ancak teminat veren bunu taraflar arasındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğan tüm alacaklar ile sınırlı olarak anlamış ve ilgili ibarenin bu anlama geldiğini düşünerek iradesini açıklamış; buna rağmen teminat alan tam ve gerçek manasıyla tüm alacakların kendisine devredileceğini kast etmiş olabilir. Bu durumda irade beyanında güven teorisi ışığında, eğer teminat alan, teminat verenin beyanını kendi gerçek iradesine uygun şekilde anlamak konusunda haklıysa sözleşme teminat alanın gerçek iradesine uygun olarak kurulmuş olur. Her iki taraf da karşı tarafın iradesini kendi gerçek iradesine uygun kabul etmekte haklı görülemezse, sözleşme kurulmamış olur³³³.

³³² Mehaz İsviçre hukukunda gerçek iradelerin uyuşmadığı hallerde, yalnızca taraflardan birinin beyanı açık değilse veya birden çok anlama geliyorsa güven prensibinin devreye gireceği; aksi halde sözleşmeyi kurulmamış saymak gerektiği yönünde bkz. **Honsell, Heinrich**, “*Willentheorie oder Erklärungslehre*”, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis -Festschrift Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, 2005, ss. 335-350, s. 337. Yazar bu görüşünü, İsviçre hukukunda beyan teorisinin (*Erklärungslehre*); Alman hukukunda ise irade teorisinin (*Willentheorie*) esas alınmasına dayandırmakta; bu sebeple belirtilen haller dışında İsviçre hukukunda güven prensibine ihtiyaç bulunmadığını ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki, yazarın dayandığı gerekçe irade beyanlarının yorumu bakımından benzer sonuçlara varılmasına neden olacak ancak teorik alt yapı farklılaşmış olacaktır.

³³³ Sözleşmenin ancak alacak hiç müzakere konusu edilmemişse kurulmamış olacağı; aksi halde sözleşme kurulmuş sayılacağından geçerlilik incelemesine geçilmesi gerektiği yönünde bkz. **Özen, Burak**, “*İpotekle Teminat Altına Alınan Alacağın Belirliliği Sorunu*”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2019, s. 652-653. Ancak kanımızca bu ihtimal dışında, müzakere edilmesine rağmen tarafların gerçek iradeleri birbiriyle çatışma halinde olup güven teorisi uyarınca hiçbir taraf haklı görülemeyebilir ve bu durumda da sözleşme kurulmamış olur. Benzer yönde bkz. **Taşkın**, Kurulma, s. 191; **Sarıkaya, Murat**, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, 2019, s. 182 vd. Öte yandan, güven teorisi ışığında anlam yüklenecek sözleşme içeriğinin mutlaka taraflardan birinin gerçek iradesine uygun olmak zorunda olduğu yönünde ayrıca bkz. **Taşatan**, s. 181 vd.

Tarafların bir yorum çatışması içinde bulunmadıkları ikinci ihtimalde ise “doğmuş ve doğacak bütün alacakların” devrinin taahhüdü halinde sözleşmenin kurulmuş olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu durumda da tarafların kullandıkları ibarenin, gerçek ve ortak iradenin tespitine yönelik olarak yorumlanması gerekebilir. Zira tarafların gerçek ve ortak iradeleri, “doğmuş ve doğacak bütün alacaklar” ibaresinden daha sınırlı bir anlama gelecek şekilde, örneğin; belli bir hukuki ilişkiden doğan veya belli bir zaman dilimi içinde doğmuş/doğacak alacaklara ilişkin olabilir. Bu anlamı ortaya çıkarabilmek, TBK m. 19 bağlamında yapılacak gerçek iradenin araştırılmasına yönelik yorum faaliyeti ile sağlanır³³⁴,³³⁵. Öte yandan, tarafların gerçek ve ortak iradeleri tam ve gerçek manasıyla doğmuş ve doğacak bütün alacakları kapsayacak şekilde de tezahür etmiş olabilir. Bu durumda da sözleşmenin gerçek ve ortak iradeye uygun olarak kurulduğunu kabul etmek gerekir³³⁶.

2. TMK m. 23 f. 2 Bağlamında Kişinin Ekonomik Özgürlüğü Bakımından

Teminat amacıyla alacağın devri bakımından alacağın bireyselleştirilmesi, doktrinde ve yargı kararlarında sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve yorum yolu ile içeriğinin tespit edilmesi aşamalarından çok devreden ekonomik özgürlüğü bağlamında ele alınmaktadır. Oysa devredilen alacağın veya alacakların muğlak biçimde veya çok geniş kapsamlı şekillerde ifade edildiği durumlarda çözülmesi gereken ilk sorun, sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve kurulduğuna kanaat getirilmesi halinde içeriğinin tespit edilmesidir. Ancak bu aşamadan sonra ilgili devir taahhüdünün geçerli olup olmadığına yönelik bir inceleme yapılması mümkün olur.

³³⁴ Zira TBK m. 19 f.1 hükmünde belirtilen önce gerçek ve ortak iradenin esas alınacağı prensibi, kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, ancak tarafların bir yorum çatışması halinde bulunmadıkları; ortak iç iradelerinin mevcut olduğu hallerde uygulama alanı bulur. Bu konuda açıklamalar, tartışmalar ve farklı görüşler hakkında bkz. **Honsell**, Erklärungslehre, s. 350; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 32, N. 2; **Güvenç, Özgür**, Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, Ankara, 2021, s. 189 vd. Belirtmek gerekir ki, her üç yazar da farklı dayanaklardan hareket etmekle birlikte bu bakımdan yazarların ortak bazı sonuçlara vardıklarını söylemek yanlış olmaz. Kocayusufpaşaoğlu bu bakımdan TBK m. 19’un uygulama alanını oluşturan ortak hata ve muvazaada da yorum bakımından esas alınanın iç irade değil muhatapça bilinebilir, güven teorisi ışığında saptanan irade olduğunu ancak ortak hata ve muvazaa hallerinde bu irade ile iç irade arasında bir farklılık olmadığını ifade etmektedir. **Honsell** ise OR Art. 18 (TBK m. 19) hükmünde ele alınan ortak hata ve muvazaa hallerinde iç iradeden hareket edilmesi gerektiği, bunun dışında sözleşmelerin yorumunda iç iradenin hiçbir önemi olmadığı kanısındadır. **Güvenç, Kocayusufpaşaoğlu** ve **Honsell**’in görüşlerine katılmamakta ve TBK m. 19 hükmünün ortak hata ve muvazaa dışında da iç iradelerin uyduğu ve bu durum tespit edilebildiği sürece uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir.

³³⁵ TBK m. 19 f. 1 hükmünün, taraf iradelerinin normatif anlamda (güven teorisi ışığında) uyuşması ihtimalini göz ardı ettiği ve bu bakımdan sözleşmenin yorumuna ilişkin genel bir hüküm olarak kabul edilemeyeceği yönündeki açıklamalar için ayrıca bkz. **Sarıkaya**, s. 147 vd.

³³⁶ Gerçek ve ortak irade mevcut olduğunda güven teorisine ihtiyaç bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. **Taşatan**, s. 180.

Zira kurulmamış bir sözleşmenin geçerliliğinin tartışılmasına yer olmadığı gibi kurulmuş ancak henüz içeriği tespit edilmemiş bir sözleşmede devredenin ekonomik özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği denetlenemeyecektir. Ancak uygulamada bu aşama hiç dikkate alınmaksızın doğrudan TMK m. 23 f. 2 anlamında devredenin ekonomik özgürlüğü bakımından bir inceleme yapılmaktadır³³⁷.

Belirtmek gerekir ki, devredenin ekonomik özgürlüğünün TMK m. 23 f. 2 bağlamında ihlal edilip edilmediği aşamasında yapılacak incelemenin alacağın bireyselleştirilmesi ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Zira bu aşamada devri taahhüt edilen alacakların neler olduğu saptanmış, eş deyişle, sözleşmenin içeriği belirlenmiştir. Ancak gerek doktrinde gerek yargı kararlarında sözleşmenin kurulması ve yorumlanması aşamaları dikkate alınmaksızın incelemenin yalnızca kişinin ekonomik özgürlüğü bakımından yapılması, belirlenebilirlik ile TMK m. 23 incelemesinin iç içe geçmiş şekilde ele alınması yanlışlığını doğurmuştur.

Teminat amacıyla yapılan bir alacağın devri taahhüdünde, devredenin ekonomik özgürlüğünden vazgeçip vazgeçmediğinin veya bu özgürlüğün hukuka ve ahlaka aykırı biçimde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının tespiti bakımından önemli olan, devri taahhüt edilen alacakların devredenin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye atmayacak şekilde sınırlanmış olması; devredilen alacaklara bu bağlamda bir çerçeve oluşturulmasıdır^{338, 339}. Bu bakımdan TMK m. 23 f. 2 kapsamında yapılan inceleme yukarıda ele aldığımız belirlenebilirlik kriteri ile ilişkili görülebilir. Ancak burada sorun, devredilen alacakların belirsizliği değildir. Belirsizlik, özellikle henüz doğmamış alacakların global devrinde devredenin ekonomik özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde bir emare ve kriter olarak dikkate alınabilir. Ancak devredenin

³³⁷ Doktrinde ve yargı kararlarında belirlenebilirliğin taraf iradelerinin uyuşup uyuşmadığı bakımından hiç dikkate alınmamasını ve yalnızca kişilik hakkı bağlamında bir inceleme yapılmasını haklı olarak eleştiren görüş için bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 238 vd. Aynı yönde ayrıca bkz. **Karabağ-Bulut, Nil**, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, İstanbul, 2014, s. 214. Geçerlilik incelemesine ancak sözleşmenin kurulduğuna kanaat getirildikten sonra geçilebileceği yönünde bkz. **Ardıç-Tüken**, s. 90.

³³⁸ Bu incelemeyi belirlenebilirlik ile ilişkilendirmekle birlikte yapılan incelemenin devredenin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye atmayacak şekilde alacakların çerçevelendirilmesi ile ilgili olduğu yönünde bkz. **Girsberger/Hermann**, *BSK OR I*, Art. 164, N. 37; **Reetz/Burri**, *CHK OR*, Art. 164, N. 8; **Berger, Bernhard**, *Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli*, 2008. N. 2184; **Koller**, *OR AT*, N. 84.205; **Bucher, Eugen**, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)*, 2. Auflage, Schulthess, 1988, s. 544.

³³⁹ Gerek tarafların yorum çatışması halinde olmaları ihtimalinde gerek TBK m. 19 hükmüne başvurularak tespit edilecek gerçek ortak iradenin tespiti ihtimalinde varılacak sonuç her zaman geniş kapsamın daraltılmasına yol açmaz. Taraflar gerçekten de, söz gelimi, doğmuş ve doğacak tüm alacakları devretmek istemiş olabilir veya yorum sonucu daraltılan devir taahhüdü yine de kişinin ekonomik özgürlüğünü zedeleyici bir nitelik arz edebilir. Bu nedenle tespit edilen içeriğin geçerlilik süzgecinden de geçirilmesi zorunludur.

ekonomik özgürlüğünün ihlal edildiğine kanaat getirilmesi bakımından tek kriter belirsizlik olmadığı gibi sözleşmenin kurulması aşamasını ilgilendiren belirlenebilirlik kriteri ile TMK m. 23 f. 2'ye uygunluk bakımından aranan belirlenebilirlik aynı anlama gelmemektedir. Gerçekten doğmuş ve doğacak bütün alacakların devri üzerine irade uyuşması sağlanması halinde, sözleşmenin kurulması bakımından alacakların belirlenebilir hale getirildiği söylenebilir. Ancak bu durumda alacakların devreden ekonomik özgürlüğünü tehlikeye atmayacak şekilde sınırlandırıldığını söylemek güçtür.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, kişinin ekonomik özgürlüğünü TMK m. 23 f. 2 bağlamında hukuka ve ahlaka aykırı bir biçimde³⁴⁰ sınırlaması veya ondan tamamen vazgeçmesi çoğunlukla global devirlerde karşımıza çıkar³⁴¹. Global devirlerin kişinin ekonomik özgürlüğü bakımından kişilik hakkını ihlal etmesi, doktrinde çoğunlukla gelecekteki alacakların global devri³⁴² özelinde tartışılmaktadır³⁴³. Ancak bu durum, mevcut alacakların global devrinin devreden ekonomik özgürlüğünü ihlal etmeyeceği anlamına gelmez. Zira burada kişilik hakkına aykırılığı yaratan, devredilen alacakların kapsamının devredilen tarafından öngörülemediği olması değildir. Kişilik hakkına aykırılık, bir kimsenin kişilik hakkına ait bir unsur üzerinde kendisine karşı bile korunması ve rızasıyla dahi bundan vazgeçemeyecek olmasıyla ilgilidir. Dolayısıyla mevcut alacakları üzerinde global bir devir gerçekleştirip hangi alacaklarından vazgeçtiğinin farkında olan devreden de aynı korumadan yararlanmalıdır³⁴⁴.

³⁴⁰ Özgürlüğün sınırlanmasında ahlaka aykırılık kriterinin dikkate alınması, TMK m. 23 f. 2'de yer alan ifadeden kaynaklanmaktadır. Zira maddede kimsenin özgürlüklerini ahlaka aykırı biçimde sınırlayamayacağından söz edilmektedir. Burada ahlaka aykırılığın içi her somut olayda hakim tarafından doldurulacaktır. Bu yönde bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 130.

³⁴¹ Ozanemre-Yayla, global olmayan devirler bakımından TMK m. 23/TBK m. 27'ye aykırılığın gündeme gelmesinin çok güç olduğunu ifade etmekte ve henüz doğmamış bir piyango alacağının çok düşük bir ivaz karşılığında devredilip de daha sonra çok yüksek bir tutardaki piyanganın bu devreden kişiye çıkmasını örnek göstermektedir. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 170, dn. 191.

TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırılıklar bakımından dikkate alınacak unsurlar hakkında ayrıca bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 265 vd.

³⁴² Mevcut olmayan bir alacağın devrinin taahhüt edilmesi, eş deyişle bu alacağın borçlandırıcı işlemin konusunu oluşturması, borçlandırıcı işlemin geçerliliğini etkilemez. Bu durumun tasarruf işlemine etkisi ilgili bölümde ele alınacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, II, C.

³⁴³ Konuyu yalnızca gelecekteki alacakların toptan devri özelinde ele alan inceleme için bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 206 vd.

³⁴⁴ Şüphesiz ki, henüz doğmamış alacakların toptan temlikinde ortaya çıkan bazı özel durumlar, devreden ekonomik özgürlüğüne gelen kısıtlamayı, mevcut alacakların global devrine kıyasla daha ağır bir hale getirebilir ve bu sebeple TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırı görülebilir. Bu bakımdan **Karabağ-Bulut**, henüz doğmamış alacakların doğması için devreden ticari faaliyetlerine özenli şekilde devam etme yükümlülüğü altına girmesini örnek göstermektedir. Bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 218-219.

Bir alacağın devri işleminde, hangi hallerde ekonomik özgürlüğün TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırı şekilde sınırlandırıldığını belirleyen somut kurallar koymak mümkün değildir. Zira hakimin her somut olayın özelliklerini dikkate alarak teminat verenin ekonomik özgürlüğüne gelen kısıtlama hakkında bir sonuca varması gerekir. Ancak bu bakımdan her somut olayda ayrıca ele alınması gereken bazı kriterler mevcuttur. Özellikle gelecekteki alacakların global devri halinde zamansal yönden ve konu bakımından iş ilişkisi veya müşteri ilişkisi (*Geschäftsbetrieb; Kundenkreis*) gibi unsurlarla sınırlandırmanın bulunması gerektiği ifade edilmektedir³⁴⁵.

Bu bakımdan *Reetz*, devredilen alacağın sınırlandırılmasında devredenin devirden sonra da kendisine ekonomik manevra bırakan başka malvarlığı değerlerine sahip olması; teminat verilen alacağın öngörülebilir olması ve zamansal sınırlamalar belirlenmiş olmasını kümülatif kriterler olarak dikkate almaktadır³⁴⁶.

Öte yandan alacağın devrinin teminat amacıyla yapıldığı hallerde, devrin amacının da bu bakımdan dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. Buna göre, örneğin mevcut ve gelecekteki tüm alacaklarını bağışlayan kimsenin geçerli bir devir yaptığından söz edilemez ancak teminat amacıyla yapılan böyle bir devir kural olarak geçerli kabul edilebilir³⁴⁷. Zira devir taahhüdünde bulunanın teminat göstererek elde edeceği kredi, ona kısmen veya tamamen kaybetmiş olduğu ekonomik özgürlüğünü veya geleceğini kazandırmış olacaktır³⁴⁸. Bu nedenle, uygulamada genel olarak, zamansal sınırlamalardan kaçınılmakta ve nasılsa kredi borçlusunun her zaman bankaya olan borcunu ifa ederek temlik kapsamındaki alacakları zamansal olarak sınırlayabileceği olgusuna dayanılmaktadır³⁴⁹. Şüphesiz ki, bu durum bir kriter olarak dikkate alınabilir ancak devrin teminat amacını taşıyor olması tek başına

³⁴⁵ **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 52; **Schwenzer**, N. 90. 31; **Theo, Guhl**, Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess, Zürich, 2000, § 34, N. 20; **Wehrli**, s. 55; **Oberlin, Beat**, Die Globalzession in Theorie und Bankpraxis, Basel, 1989, s. 138, 139; **Zobl, SJZ**, s. 354; **Aral**, s. 124.

³⁴⁶ **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 69.

³⁴⁷ **Hänseler, Peter**, Die Globalzession, Schweizer Schriften zum Bankrecht (Herausgegeben von Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Gerard Hertig) Band 10, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, § 12, N. 7. Böyle bir teminat amaçlı alacak devrinin ancak aşırı teminatlandırma (*Übersicherung*) teşkil ettiği durumda TMK m. 23 f. 2'ye aykırı olabileceği yönünde bkz. **Koller**, OR AT, N. 84.205. Doğmuş ve doğacak tüm alacaklar yerine global devrin belli bir iş ilişkisi ile sınırlandırıldığı durumlarda teminat amaçlı devrin devredenin ekonomik özgürlüğü bakımından geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Walter**, s. 59.

³⁴⁸ **Walter**, s. 59; **Hartmann, Ursina**, "Globalzession als Sicherungsmittel beim Bankkredit", Jusletter 5. April 2004, ss. 101-104, s. 102. TMK m. 23 f. 2 incelemesine tabi bir sözleşmede borçluya sağlanan avantajların bir kriter olarak dikkate alınmasındaki amacın, özgürlüklerin bedel karşılığı satın alınması değil, bu avantajların kişiliğe ait değerlere olan katkısı olduğu yönünde bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 291 vd. Bu bakımdan teminat olarak devredilen alacaklara istinaden alınan kredinin de ekonomik özgürlüğe katkı olarak görülmesi mümkündür.

³⁴⁹ **Hartmann**, s. 102.

ekonomik özgürlüğün TMK m. 23 f. 2'ye aykırı şekilde sınırlanmadığı kanaatine varmak için yeterli olmaz. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devri, salt teminat amaçlı olması nedeniyle ekonomik özgürlük bakımından TMK m. 23 f. 2 denetiminden muaf değildir.

Kanımızca kişinin ekonomik özgürlüğü bakımından yapılacak olan TMK m. 23 f. 2 hükmüne dayalı inceleme yalnızca borçlandırıci işlem olan teminat anlaşmasının geçerliliğini ilgilendirir³⁵⁰,³⁵¹. Tasarruf işlemleri bakımından böyle bir inceleme söz konusu olmaz. Zira tasarruf işlemleri borçlanılan şeyin ifasından ibarettir³⁵². Dolayısıyla devir anlaşmasının da böyle bir sebeple geçersiz olması söz konusu değildir.

Son olarak, devir taahhüdünde bulunanın ekonomik özgürlüğünü TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırı şekilde kısıtlayan teminat anlaşmaları bakımından kanımızca tümünden değil kısmi geçersizlikten söz etmek gerekir³⁵³. Bu kısmi geçersizlik, TBK m. 27/2'de öngörülen aksi yöndeki farazi iradede de etkilenmez ve böyle bir farazi iradenin varlığı, kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasına engel olmaz³⁵⁴.

3. Genel İşlem Koşulları Denetimi Bakımından

Teminat olarak devredilen (aynı zamanda teminat altına alınan) alacağın bireyselleştirilmesi bağlamında bir diğer sorun, alacağın kapsamı bakımından bir genel işlem koşulunun bulunması halidir. Şüphesiz ki, devredilen alacakların

³⁵⁰ **Gauch, Peter/Schleup, Walter/Emmenegger, Susan**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess, 2020, N. 3448; **Berger**, N. 2185; **Koller**, OR AT, 84.205; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 43. Ayrıca bu yönde bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 216-217. Şüphesiz ki, devir sebebe bağlı kabul edilirse tasarruf işlemi de bu sebeple geçersiz olur.

³⁵¹ Aksi yöndeki görüşler için bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 154, dn. 191 ve s. 165; **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 85.

Ozanemre-Yayla bu bakımdan gelecekteki alacakların öncelenmiş tasarruf işlemi yoluyla (*Vorausverfügung*) devrini ele almakta ve düşüncesini bu devir anlaşmasının yapılması ile hükümlerini doğurması arasında zaman farkı olmasına dayandırmaktadır. Yazara göre, böyle bir tasarruf anlaşmasının TMK m. 23 ile getirilen korumadan mahrum bırakılması adaletli bir sonuç olarak görülemez. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira devir anlaşmasına bu hükmün uygulanmayacak olması, borçlandırıci işlemin bu sebeple geçersiz olması halinde devredilen alacağın da sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği anlamına gelmemektedir. Devreden, geçersiz borçlandırıci işleme dayalı olarak devredilen alacakların sebepsiz zenginleşme nedeniyle iadesini isteyebilir. Devir anlaşmasının yapılması ile hüküm ve sonuçlarını doğurması arasındaki zaman farkının da TMK m. 23 bakımından bir önemi olduğu kanısını taşımıyoruz.

³⁵² Tasarruf işlemlerinin nötral işlemler olduğu yönünde bkz. **Serozan**, Medeni, Medeni Hukuk Genel Bölüm III §4, N. 6.

³⁵³ Aksi yöndeki görüşler için bkz. **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 51; **Gauch/Schleup/Emmenegger**, Band II, N. 3449; **Koller**, OR AT, N. 84.207; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 19; **Schwenzer**, N. 90.32; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 161; **Çetiner, Bilgehan/Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2022, N. 1939.

³⁵⁴ Bu yönde bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 446.

kapsamına ilişkin sözleşme klotlarının genel işlem koşulu teşkil ettiği durumlarda, TBK m. 21 f. 1 kapsamında yürürlük denetimi ile yine bu denetimin bir parçası olarak TBK m. 21 f. 2 bağlamında *sürpriz koşullara* ilişkin denetim ve TBK m. 25 bağlamında içerik denetimi ile ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, genel işlem koşulu denetimine geçilebilmesi için, TMK m. 23 f. 2'ye uygunluk denetiminde olduğu gibi, sözleşmenin kurulduğuna kanaat getirilmesi şarttır³⁵⁵. Öte yandan, sözleşme klotunun TBK m. 27 hükmüne aykırılık teşkil ettiği hallerde de TBK m. 25 bağlamında özel içerik denetimine ihtiyaç bulunmadığı kabul edilmektedir³⁵⁶. Dolayısıyla genel işlem koşulu olmasından bağımsız olarak alacakların kapsamı TBK m. 23 f. 2'ye aykırılık nedeniyle (kısmi) hükümsüzlük yaptırımına tabii tutulacaksa artık GİK denetimine de ihtiyaç bulunmayacaktır.

Genel işlem koşulu denetiminin ilk basamağında, TBK m. 21 f. 1 hükmünde düzenlenen yürürlük denetimi yer almaktadır. Adından da anlaşılacağı üzere, burada yapılacak denetim, ilgili klotun bir genel işlem koşulu olarak sözleşmeye dahil olup olmadığına ilişkindir. Eğer hükümde belirtilen nitelikleri taşıyacak şekilde teminat verene (devredene) bilgilendirme³⁵⁷ yapılmamışsa, ilgili klotun sözleşmenin bir parçası olmadığı kabul edilecektir³⁵⁸.

Teminat amacıyla alacağın devrinde, gerek teminat olarak devredilen gerek teminat altına alınan alacağın kapsamı konusunda sürpriz koşullara ilişkin TBK m. 21 f. 2 hükmü önem arz etmektedir. Bu bakımdan özellikle teminat altına alınan alacağa ilişkin olarak yukarıda ele aldığımız öngörülebilirlik kriterlerinin dışında kalan alacakların genel işlem koşulu olarak sözleşmeye dahil edilmesi, sürpriz koşul niteliğinde kabul edilmektedir³⁵⁹. Sürpriz koşul niteliğindeki hükümler yazılmamış

³⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Baş Süzel, Ece**, “Banka Teminat Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulu Denetimi” BATIDER 2024, C. XL, S. 2, ss. 239-273, s. 253.

³⁵⁶ **Eren**, Borçlar, N. 660; **Baş Süzel**, s. 262.

³⁵⁷ Yürürlük denetimine ilişkin bilgilendirme hakkında (henüz TBK kapsamında genel işlem koşullarına dair hükümlerin yürürlüğe girmedığı dönemde olmak üzere) ayrıca bkz. **Atamer, Yeşim M.**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul 2010, s. 86 vd.

³⁵⁸ **Baş Süzel**, s. 243.

³⁵⁹ **Çetiner**, Geniş Kapsamlı, s. 810; **Baş Süzel**, s. 254 vd; **Makaracı-Başak**, Rehin, s. 162-163. Bu tür klotların sürpriz (şaşırtıcı) koşul niteliğinde görülmesinin önüne geçmek bakımından teminat verenin ilgili koşulu elle yazmasının düşünülebileceği ancak bunun da ilgili klotu tam bir koruma sağlamayacağı yönünde bkz. **Baş Süzel**, s. 257. Sürpriz koşul niteliğinin genel olarak ortadan kaldırılması için karşı tarafın dikkatinin özellikle bu klotu veya klotlara çekilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Atamer**, GİK, s. 112.

sayılacaktır. Bu bakımdan teminatın veya teminat altına alınan alacakların öngörülebilirlik sınırına kadar yazılmamış sayıldığı kabul edilmelidir³⁶⁰.

Öte yandan, teminatın hem teminat altına alınan alacak hem de teminat olarak devredilen alacak bakımından kapsamı TBK m. 25'te düzenlenen içerik denetimi de uygulama alanı bulacaktır. Bu bakımdan öngörülebilirlik kriterleri içinde kalsa (yürürlük denetiminden geçse) bile teminat verenin dürüstlük kuralına aykırı şekilde aleyhine olabilecek bir kapsam ilgili klozun geçersizliği sonucunu doğuracaktır³⁶¹. Ancak gerek teminat sözleşmeleri özelinde gerek genel bir boyutta hangi klozların bu kapsamda kaldığının tespit edilmesi titiz bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu bakımdan doktrinde, teminat sözleşmesinde taraflar arasındaki dengenin genel dağılımının incelenmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁶².

I. Teminat Olarak Verilen Alacak ile Teminat Altına Alınan Alacak Arasındaki Oransızlık Sorunu (Aşırı Teminatlandırma=Übersicherung)

1. Aşırı Teminatlandırma Kavramı

Teminat amacıyla alacağın devrinde, teminat olarak devredilen alacakların teminat altına alınan alacağın değerini aşması uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Zira kredi veren konumundaki teminat alanın önlem almak istediği en büyük riziko, kredi alanın iflasına karşı kendini korumaktır³⁶³. Özellikle rotatif kredilerde (*revolvierende Kredit*)³⁶⁴ esas borcu aşan değerinde teminatların verilmesi işin özelliği gereğidir. Bu nedenle, söz konusu alacaklar arasındaki eşitsizlik her durumda bir geçersizlik nedeni olarak değerlendirilmez³⁶⁵. Ancak bu alacaklar arasındaki farkın belli bir oranı aştığı hallerde teminat anlaşmasının geçerliliği sorgulanır hale gelir.

³⁶⁰ Çetiner, Geniş Kapsamlı, s. 823-824.

³⁶¹ İçerik denetiminden başarılı bir şekilde geçemeyen genel işlem koşulu niteliğindeki bir sözleşme klozuna uygulanacak yaptırım bakımından ayrıca bkz. Atamer, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 VE TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak" Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu (Ed.: Başak Şit), Ankara, 2011, ss. 9-73, s. 61 vd.

³⁶² Baş Süzel, s. 251. Teminat sözleşmesi özelinde olmamaklar birlikte risk dağılımının gözetilmesi gerektiği yönünde bkz. Atamer, Sempozyum, s. 51 vd.

³⁶³ Stiefel, s. 16. İflas anında alacakların piyasa değerini büyük oranda kaybedeceği dikkate alınırsa, bankanın bu riski minimize etmesi için teminat verildiği sıradaki piyasa değeri bakımından teminat olarak devralacağı alacakların değerinin teminat altına alınan alacağın değerinden fazla olmasını talep etmesi kaçınılmazdır.

³⁶⁴ Kavram hakkında ayrıca bkz. Kleyling, s. 32.

³⁶⁵ Hänseler, §12, N. 7.

Teminat olarak devredilen alacakların değerinin teminat altına alınan alacakların değerini belli bir oranın üzerinde olacak şekilde aştığı bu haller aşırı teminatlandırma (*Übersicherung*) olarak adlandırılmaktadır. Bu bakımdan akla gelen ilk soru, bu iki alacağın (veya alacaklar topluluğunun) değerinin tespiti bakımından hangi anın esas alınacağıdır. Teminat altına alınan alacak söz konusu olduğunda, bu soruyu verilecek yanıt şüpheden uzaktır. Kredi alacağının faizleri de kapsayacak şekilde nominal değeri üzerinden hesaplanması gerekir³⁶⁶. Teminat olarak devredilen alacak(lar) bakımından tereddüte yol açan husus ise söz konusu alacağın piyasa değerinin mi yoksa iflas sürecinde öngörülen paraya çevirme değerinin mi esas alınacağı noktasında toplanmaktadır. Alman hukuku bakımından bu soruya verilen yanıt, dikkate alınması gereken değer in iflasta paraya çevirme halinde beklenen değer (*realisbarer Wert*) olduğu yönündedir³⁶⁷. Bu durum, teminat alınmasındaki temel amaç ile uyumlu görülmektedir³⁶⁸. Zira burada temel amaç, kredi veren alacaklının kredi alan borçlunun iflası riskine karşı korunmasıdır. İsviçre-Türk hukuku bakımından da aynı değer in dikkate alınması uygun görünmektedir³⁶⁹.

Alacakların hangi andaki değer inin dikkate alınacağı tespit edildikten sonra aşırı teminatlandırma kavramı bakımından ele alınması gereken bir diğer mesele, söz konusu alacaklar arasındaki hangi oranın aşırı teminatlandırma teşkil edeceğidir. Bu bakımdan yanıtlanması gereken ilk soru, teminat olarak devredilen alacakların olası paraya çevirme değer inin hesaplanmasında, teminat marjı (*Sicherheitsmarge*)³⁷⁰ olarak hangi oranın dikkate alınacağıdır. İsviçre hukukunda bu oran - kesin bir oran olmamakla ve her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmele birlikte - %50 olarak kabul edilmektedir³⁷¹.

Öte yandan, teminat olarak devredilen alacakların paraya çevirme değer inin hesabında dikkate alınacak paraya çevirme ve diğer takip masraflarının oransal değeri de ele alınması gereken bir diğer husustur. Alman hukukunda bu bakımdan götürü bir oranın kabul edildiği görülmektedir. Buna göre, teminat olarak devredilen alacakların paraya çevirme değer inin, teminat altına alınan alacağın %110'unu aşan

³⁶⁶ Stiefel, s.17.

³⁶⁷ Stiefel, s. 17.

³⁶⁸ Stiefel, s.17

³⁶⁹ Stiefel, s.17

³⁷⁰ Teminat marjı bu bakımdan devredilen alacakların piyasa değeri ile paraya çevirme değeri arasındaki fark anlamına gelmektedir.

³⁷¹ Bkz. Hänseler, §12, N. 7; Oberlin, s. 142. Zira Alman hukukunda da BGB § 237 gereği aynı oran dikkate alınmaktadır. Bkz. Stiefel, s. 19-20.

teminat amacıyla alacak devirlerinde aşırı teminatlandırma olduğu kabul edilmektedir³⁷². Bu %10'luk fazlalık, paraya çevirme sürecindeki ek masrafların (takip masrafları, paraya çevirme masrafı) götürü bir şekilde hesaba katılmasından kaynaklanmaktadır³⁷³. İsviçre hukukunda ise bu şekilde götürü bir oran belirlenmesi ise cebri icra sürecindeki masrafların her somut olayda bireysel olarak belirlenmesi sebebiyle mümkün görünmemektedir³⁷⁴. Teminat amacıyla alacağın devrinde esasen rehin hukukunda olduğu gibi bir paraya çevirme aşaması söz konusu olmadığından kanımızca bu tartışmanın yapılmasına da gerek yoktur.

2. Aşırı Teminatlandırmaya Bağlanan Yaptırım

Aşırı teminatlandırmanın yaptırımının ne olacağı sorunu doktrinde pek çok görüşün ileri sürülmesine ve tartışmalara neden olmuştur. Bu bakımdan doktrinde ikili bir ayrıma gidilmektedir. Ele alınan ilk ihtimal, oransızlığın teminat anlaşması yapıldığı sırada, eş deyişle, baştan beri mevcut olması; diğer ihtimal ise oransızlığın sonradan ortaya çıkmasıdır. Bu noktada oransızlığın sonradan ortaya çıkmasının nasıl mümkün olacağı sorusu akla gelebilir. Bu durum çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin; teminat veren kredi borçlusu, kredi alacağının taksitlerini ifa ettikçe esas alacak azalırken; teminat tam olarak kredi alacaklısında kalmaya devam etmektedir ve bu sebeple sonradan bir oransızlık gündeme gelebilir. Öte yandan, teminat olarak verilen şeyin (konumuz bakımından alacak(lar)ın) değeri sonradan artabilir ve bu da sonradan ortaya çıkan bir oransızlığa neden olabilir. En yaygın olan durum ise global devir halinde devir anlaşması yapıldığı anda mevcut olmayan alacakların sonradan doğumu nedeniyle teminatın değerinin artmasıdır³⁷⁵.

a. Teminat Anlaşması Yapıldığı Sırada Mevcut Olan Aşırı Teminatlandırma

İlk ihtimal olan teminat anlaşması yapıldığı sırada mevcut bulunan aşırı teminatlandırma bakımından, Türk-İsviçre hukukunda ya aşırı yararlanma

³⁷² Belirtmek gerekir ki, baştaki aşırı teminatlandırma bakımından geçerli olan bu oran ve hesaplama, sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırmalarda BGB §237 hükmü uygulandığından gündeme gelmez. Sonraki aşırı teminatlandırmada dikkate alınan %50 (2/3)'lük oranda paraya çevirme masrafları gibi harcamalar, hesaplamanın kendisine içkin kabul edilir. Bkz. Stiefel, s. 19-20.

³⁷³ Stiefel, s. 18.

³⁷⁴ Stiefel, s.18.

³⁷⁵ Wiegand, Wolfgang / Brunner, Christoph, "Übersicherung und Freigabeanspruch", NJW, 1995, ss. 2513 ff, s. 2515-2516; Stiefel, 18.

hükümlerinin uygulama alanı bulacağı³⁷⁶ ya da teminat anlaşmasının kişinin ekonomik özgürlüğü bakımından TMK m. 23 f. 2 hükmünü ihlal ettiği kabul edilmektedir.

Ne var ki, aşırı teminatlandırma halinin TMK m. 23 f. 2 hükmünü ihlal edebilmesi için devir taahhüdünde bulunanın ekonomik özgürlüğünün hukuka ve ahlaka aykırı biçimde sınırlamış olması gerekir. Dolayısıyla aşırı teminatlandırma hali tek başına TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırılığa neden olmaz³⁷⁷. Bu nedenle ancak çok ekstrem hallerde aşırı teminatlandırmanın bu sonuca yol açacağı kabul edilmektedir³⁷⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda katı davranmakta ve çok istisnai hallerde aşırı teminatlandırmanın ekonomik özgürlüğü hukuka ve ahlaka aykırı olarak kısıtladığına hükmetmektedir³⁷⁹.

Dolayısıyla baştan beri var olan aşırı teminatlandırma hali için Türk-İsviçre hukuku bakımından aşırı yararlanma üzerinde daha çok durulmaktadır. Ancak aşırı yararlanma için aranan unsurlar dikkate alındığında, bu hükümlerin aşırı teminatlandırma içeren teminat anlaşmasına uygulanıp uygulanamayacağı da oldukça tartışmaya açıktır. İlk olarak, aşırı yararlanma, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde *synallagma* ilişkisi içindeki edimler bakımından söz konusu olur. Doktrinde, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da aşırı yararlanma hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulacağını kabul eden görüşler bulunmaktadır³⁸⁰. Teminat anlaşması da eksik iki

³⁷⁶ Kleyling, s. 109; Stiefel, s. 20 vd. Türk hukuku bakımından da bu görüşte bkz. Çekin, Mesut Serdar, “Toptan Temlikte Teminat ile Teminat Altına Alınan Alacak Arasındaki Oransızlık Sorunu”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 1, S. 2, ss. 125-159, s. 140. Çekin, aşırı yararlanmayı destekleyen görüşün de uygulama bakımından pek çok sorunu peşinde getireceğini kabul etmekle birlikte görünen en makul çözümün bu olduğunu ifade etmektedir. Aşırı teminatlandırma bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın aşırı yararlanma hükümlerinin bu durumda uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Oktay-Özdemir, Teminat, s. 289.

³⁷⁷ Kleyling, s. 109.

³⁷⁸ Stiefel, s.23. Stiefel’e göre, burada teminat sözleşmesi, ya kredi sözleşmesiyle birlikte bir bileşik veya tekil olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme şeklinde karşımıza çıkar. Her iki durumda da gabin hükümlerinin kıyasen uygulanır. Eğer bileşik sözleşme söz konusuysa hem kredi anlaşması hem de teminat anlaşması gabin nedeniyle geçersiz olurken; eğer böyle bir sonuç çıkarılamıyorsa yalnızca teminat anlaşması geçersiz olur. Bkz. Stiefel, s. 22.

³⁷⁹ Stiefel, s. 23.

³⁸⁰ Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanacağını bunun İsviçre hukuku bakımından baskın görüş olduğu yönünde bkz. Stiefel, s. 20. Yazar aşırı teminatlandırma bakımından da teminat anlaşmasına aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması sonucuna, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere de bu hükümlerin uygulanabileceği görüşünü benimseyerek ulaşmaktadır.

İsviçre hukukunda aşırı yararlanma hükümlerinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere de kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüşler için bkz. Huguenin, N. 453; Koller, OR AT, N. 14.275.

tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ancak burada dikkate alınan edimler karşılıklı ilişki içinde olmayan ama ikisi de teminat anlaşmasından doğan edimler değildir. Bu edimlerden biri, asıl borcu doğuran kredi sözleşmesinden kaynaklanan kredi verme borcu; diğeri ise teminat anlaşmasından kaynaklanan alacağı devretme borcudur. Bu durumda teminat anlaşmasına aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabilmesi için tek yol, teminat veren asıl borçlunun zor durumda kalması (müzayaka baskısı) nedeniyle kredi alabilmek uğruna karşılıksız bir devir taahhüdü altına girdiğini kabul etmektir. Bu durumda teminat anlaşmasının tek tarafa böyle bir borç yüklemesi, aşırı yararlanma olarak görülebilir. Şüphesiz ki, bunun için ön koşul olarak aşırı yararlanmanın bazı hallerde tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere de uygulanabileceğinin kabul edilmesi gerekir³⁸¹.

Öte yandan, aşırı yararlanma bakımından kural, edimlerin sözleşmenin kurulduğu andaki³⁸² piyasa değerlerinin dikkate alınmasıdır. Ancak teminat ile esas borç arasında baştan beri bulunan aşırı oransızlığa aşırı yararlanma yaptırımının uygulanacağını kabul eden görüşe göre, teminat anlaşmaları bakımından bu durum geçerli değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, aşırı teminatlandırma bakımından dikkate alınacak değer, devri taahhüt edilen alacakların sözleşmenin kurulduğu andaki **paraya çevirme** değeridir (*realisierbarer Wert*)³⁸³. Ancak aşırı teminatlandırmaya aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması bakımından bu durum istisnai bir hal olarak kabul edilmekte ve bu durumun aşırı yararlanma hükümlerine başvurmayla engel olmayacağı kabul edilmektedir.

Türk-İsviçre hukuk sistemleri bakımından baştaki aşırı teminatlandırma hali aşırı yararlanma ekseninde tartışılmakla birlikte Alman hukukunda bu durumun BGB 138 bağlamında ahlaka aykırılık (*sittenwidrig*) teşkil edeceği kabul edilmektedir³⁸⁴. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda aşırı yararlanma özel olarak düzenlendiğinden,

Türk hukukunda bu yönde bkz. **Çakırca, İrem Seda**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, İstanbul, 2015, s. 132.

³⁸¹ Aşırı yararlanma hükümlerinin kıyasen tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanabileceği yönünde bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, Band I, N. 735, N. 745; **Koller**, OR AT, N. 14.275. Aşırı yararlanma hükümlerini tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygun görmeyen görüş için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N. 10 ve dn. 13. Bu konuda ayrıca bkz. **Ozanemre-Yayla**, Gabin, s. 199-200.

³⁸² Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N. 9; **Ozanemre-Yayla**, Gabin, s. 207; **Kocabaş**, s. 112; **Çakırca**, Aşırı Yararlanma, s. 135.

³⁸³ **Stiefel**, s. 21.

³⁸⁴ **Stiefel**, s. 19; **Wiegand/Brunner**, s. 2520; **Schanbacher**, §28, N. 19; **Reinicke/Tiedtke**, N.777.

bu düzenlemeye rağmen ahlaka aykırılık yaptırımının gündeme gelip gelemeyeceğinin ayrıca ele alınması gerekir.

Bu bakımdan ele alınması gereken ilk sorun, aşırı teminatlandırma halinde TBK m. 27 anlamında bir ahlaka aykırılıktan söz edilip edilemeyeceğidir. Zira ahlaka aykırılık, sözleşmenin konusunda veya ortak amacında bulunması yasaklanan bir unsurdur. Bu unsurlar dışında, -sözleşmenin içeriği ile doğrudan bağlantılı olmak üzere- yapılaş tarzının da ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliğe yol açıp açmayacağı ise tartışmalıdır. Sözleşmenin içeriği ile bağlantılı olan yapılaş tarzı bakımından verilen tipik örneklerden biri, güçlü konumundan faydalananak karşı taraftan aşırı menfaatler elde eden kimsenin gerçekleştirdiği istismardır. Aşırı teminatlandırma bakımından da sözleşmenin konusunda veya ortak amacında ahlaka aykırılıktan söz etmek mümkün olmasa da bu anlamda yapılaş tarzında teminat verenin güçlü konumunu aşırı menfaatler elde etmek üzere kullanması söz konusudur. Dolayısıyla aşırı teminatlandırma halinin TBK m. 27 anlamında ahlaka aykırılık teşkil ettiğini kabul edebilmek için, karşı taraf ile ilişkisindeki güçlü konumundan faydalananak aşırı menfaatler elde etmek gibi yapılaş tarzı ile ilgili hususların da ahlaka aykırılık yasağına tabii olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu bakımdan doktrinde bir görüşe göre³⁸⁵ ise, TBK m. 27 (OR Art. 20) bağlamında ahlaka aykırılık sözleşmenin konusu ve ortak amacı dışında başka halleri de kapsayacak şekilde genişletilemez, eğer şartları gerçekleşmişse ancak gabin veya irade sakatlığı hallerine başvurulabilir. Ancak doktrindeki bir diğer görüşe göre³⁸⁶, TBK m. 27’de bahsi geçen ahlaka aykırılık yasağı, sözleşmenin içeriği ile ilgili olmak üzere yapılaş tarzını da kapsamaktadır. Kanımızca bu ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Böylece aşırı teminatlandırma hali bakımından da kredi verenin (teminat alanın, asıl alacaklının) güçlü konumunu kötüye kullanarak bu teminatı elde ettiği hallerde, teminat sözleşmesinin TBK m. 27 anlamında ahlaka aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Türk-İsviçre hukukunda baştaki aşırı teminatlandırma haline ahlaka aykırılık yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağı bakımından bir diğer sorun, TBK m.

³⁸⁵ Gauch/Schluep/Schmid, Band I, N. 656, 676.

³⁸⁶ Kocayusufoğlu, §42, N. 47. Yine verdiği örneklerden anlaşıldığı üzere bu görüşte bkz. Serozan, Medeni, Medeni Hukuk Genel Bölüm, III § 7, N. 14. Yine gabinin de ahlaka aykırılık örneklerinden birini teşkil ettiği yönünde ayrıca bkz. Serozan, Medeni, Medeni Hukuk Genel Bölüm III §7, N. 16.

28’de düzenlenen aşırı yararlanma hükmünün ahlaka aykırılık sebebiyle TBK m. 27 hükmüne başvurmaya engel teşkil edip etmeyeceğidir. Doktrinde bir görüşe göre³⁸⁷, aşırı yararlanmayı düzenleyen TBK m. 28, özel hüküm niteliğindedir ve bu hüküm mevcutken TBK m. 27 uygulama alanı bulamaz. Ancak sosyal adalet düşüncesinden hareket eden ve kanımızca üstün tutulması gereken görüşe göre, eğer söz konusu hukuki işlem aynı zamanda ahlaka aykırı görülebiliyorsa, TBK m. 28 hükmü ahlaka aykırılık yaptırımına başvurmaya engel teşkil etmez³⁸⁸.

Sonuç olarak, kanımızca esas alacak ile teminat arasında baştan beri var olan aşırı oransızlık hali, TBK m. 23 f. 2’ye aykırılık nedeniyle, aşırı yararlanma nedeniyle veya TBK m. 27 bağlamında ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilebilir. Bu geçersizlik hallerinin her biri için aranan unsurlar kendi içinde ayrıca değerlendirilmelidir. Ancak bu hükümlerin hepsine aykırılık söz konusu olduğunda borçlunun bunlardan herhangi birine dayanmak hususunda serbest olduğu kabul edilmelidir³⁸⁹.

Gerek TMK m. 23 f. 2 hükmünün ekonomik özgürlük bakımından ihlalinde gerek ahlaka aykırılık nedeniyle hükümsüzlük halinde de kanaatimizce tümünden değil kısmi hükümsüzlük gündeme gelmeli ve devredilen alacaklar hukuka ve ahlaka

³⁸⁷ **Gauch/Schlupe/Schmid**, Band I, N. 676; **Stiefel**, s. 20; **Eren**, Borçlar, N. 1024; **Kalkan Oğuztürk, Burcu**, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004, s. 158-159; **Ateş, Derya**, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007, s. 172. Ancak **Ateş**, gabinin şartlarının oluşmadığı bir ihtimalde ve taraflardan birinin güçlü konumunu suiistimal ederek karşı taraftan aşırı menfaatler elde etmesi söz konusuysa ahlaka aykırılığın gündeme gelebileceğini de ifade etmektedir. Bkz. **Ateş**, s. 173.

Doktrinde bir görüş ise aşırı yararlanmaya ilişkin tüm şartlar gerçekleşmişse aynı zamanda ahlaka aykırılığa da başvurulabileceğini ancak aksi takdirde bu yolun kapalı tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Gerçi yazarın ahlaka aykırılığın kapsamına ancak aşırı yararlanma hükmünün de kapsamını aşan oransızlıkların gireceğini kabul etmesiyle yine bu iki hükmün alanlarını kesiştirmeme gayretinde olduğu söylenebilir. Bkz. **Çakırca**, Aşırı Yararlanma, s. 60, s. 62-63.

³⁸⁸ **Schwenzer**, N.32.32; **Koller**, OR AT, N. 13.192; **Serozan, Rona**, “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arasındaki Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi – Kronolojik Açıdan Ayrımlı Olguları Ortak Bir Rejime Bağlama Derecesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000, ss. 1013-1030, s. 1020; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N. 34; **Tekinay, Sulhi Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 401. Yine prensipte aşırı yararlanma yerine ahlaka aykırılık (OR Art. 19/20) hükümlerine başvurulmasına karşı olmakla birlikte *von Büren* de ekstrem hallerde ahlaka aykırılık yolunu kapatmanın adaletsiz olacağını ifade etmektedir. Bkz. **von Büren, Bruno**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich, 1964, s. 229-230.

Bu bakımdan gabinin subjektif şartlarının sağlanamadığı ancak edimler arası açık bir oransızlık olduğu hallerde ahlaka aykırılığın söz konusu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Edimler arası açık oransızlığın bu bakımdan yeterli olduğu yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 401, dn. 11. Kanımızca haklı olarak aksi yönde bkz. **Kocabaş, Gediz**, “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, MÜHF-HAD, C. 20, S. 2, ss. 105-142, s. 110.

³⁸⁹ Bir sözleşmenin aynı anda hem kesin hükümsüz hem iptal edilebilir olabileceği yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 37, N. 29-30.

uygun sınıra kadar indirilmelidir³⁹⁰. Öte yandan, genel işlem koşulu niteliğinde olduğu ölçüde aşırı teminatlandırma halinin özellikle TBK m. 25 bağlamında içerik denetimine de tabi olacağı dikkate alınmalıdır.

Son olarak, baştaki aşırı teminatlandırma hali için gündeme gelebilecek geçersizlik hallerinin tasarruf işlemi olan devir sözleşmesini de etkileyip etkilemeyeceği de açıklanmalıdır. TMK m. 23 f. 2 hükmüne dayalı geçersizliğin devir işlemini etkilemeyeceği yönündeki görüşümüzü daha önce açıklamıştık. Kanaatimizce aşırı yararlanma bakımından da geçersizliğin yalnızca borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşması bakımından söz konusu olduğu kabul edilmelidir³⁹¹. Ahlaka aykırılık bakımından ahlaka aykırılığın tasarruf işlemi de etkileyip etkilemediği hususunda ölçüt, ahlaka aykırılığın ifa amacında bulunup bulunmadığıdır³⁹². Zira tasarruf işlemi, ahlaka aykırı borçlandırıcı işleminden doğan borcun ifası anlamına gelmektedir. Öte yandan, doktrinde bir görüşe göre ahlaka aykırılık sözleşme taraflarından birinin özgürlüklerinin TMK m. 23 f. 2 anlamında kısıtlanmasından kaynaklanıyorsa ahlaka aykırılığın tasarruf işlemine sirayet etmesi söz konusu olmaz³⁹³. Aşırı teminatlandırma bakımından da ahlaka aykırılığı meydana getiren hususun güçlü tarafın sözleşmenin karşı tarafı üzerinde kurduğu baskıdan faydalanması ve bu yolla aşırı menfaatler elde etmesi olduğu dikkate alınırsa, kanımızca bu bakımdan ahlaka aykırılığın devir işlemine sirayet ettiğinden söz edilemez.

b. Sonradan Ortaya Çıkan Aşırı Teminatlandırma

Teminat amacıyla alacağın devrinde aşırı teminatlandırma, teminat anlaşması yapıldığı sırada var olmamasına rağmen sonradan da ortaya çıkabilir. Böyle bir durum için Alman hukukunda geçersizliğin söz konusu olmayacağı ancak teminat verenin fazlalık teşkil eden kısım bakımından bir “*Freigabeanspruch*” (geri alma

³⁹⁰ Ancak aksi yönde (tümünden geçersizlik yönünde) pek çok görüş olduğunu da ifade etmek gerekir. Bu yönde bkz. **Furrer/Müller-Chen**, §23, N. 51; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3449; **Koller**, OR AT, N. 84.207; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 19; **Schwenzer**, N. 90.32; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 161; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1939. Öte yandan ahlaka aykırı sözleşmelerde de kısmi geçersizliğin gündeme gelebileceği yönünde bkz. **Kırkbeşoğlu, Nagehan**, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011, s. 176. Yine bu geçersizlik türü hakkında ayrıca bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 220 vd.

³⁹¹ Aksi yönde bkz. **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 85.

³⁹² **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 85.

³⁹³ **Ateş**, s. 226.

talebi) ileri sürülebileceği kabul edilmektedir³⁹⁴. Şüphesiz ki, bu talep teminat alan bakımından da bir iade yükümlülüğü teşkil edecektir. Bu iade yükümlülüğünün kaynağı, taraflar arasındaki teminat anlaşmasıdır ve teminat ilişkisinin bu yükümlülüğü kendiliğinden içkin olduğu kabul edilir³⁹⁵. Türk-İsviçre hukuku bakımından ise Alman hukukundaki gibi sözleşmenin kendisine içkin bir iade yükümlülüğünün uygulanma kabiliyeti olup olmadığı ve başkaca alternatif çözümlerin bulunup bulunmadığı doktrinde çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Doktrinde fikir birliği bulunan husus, Türk-İsviçre hukukunda Alman hukukundaki gibi bir *Freigabeanspruch* ileri sürmenin mümkün olmadığıdır. Doktrinde bir görüşe³⁹⁶ göre, bunun sebebi TMK m. 944 f. 2 (ZGB Art. 889 Abs. 2) hükmüdür. İlgili görüşe göre, rehin yükünün bölünmezliğini düzenleyen bu hüküm teminat amacıyla alacağın devri bakımından da kıyasen uygulama alanı bulur ve bu nedenle sonradan teminat ile asıl alacak arasında bir oransızlık meydana gelse bile esas borç sona erene kadar teminat bir bütün halinde asıl borcun alacaklısında kalmaya devam eder. Dolayısıyla bu hüküm, Alman hukukundakine benzer bir iade talebinin ileri sürülmesine engel olur.

³⁹⁴ Sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırmanın geçersiz sayılmasının önündeki engel, aşırı yararlanmada edimler arasındaki oransızlığın sözleşme kurulduğu sırada aranıyor olmasıdır. Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N. 9; **Ozanemre-Yayla**, Gabin, s. 207; **Kocabaş**, s. 112. Öte yandan, TBK m. 23 f. 2 veya TBK m. 27 bağlamında ahlaka aykırılık konusunda da aynı nedenle geçersizliğin gündeme gelmeyeceği kabul edilecektir.

³⁹⁵ **Stiefel**, s. 19. Ayrıca Alman Federal Mahkemesi sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırma bakımından ikili bir ayırım yapmakta ve bu durumu iki grup altında incelenmektedir. Bunlardan ilki, rotatif kredilerde veya (gelecekteki alacakların) global devrinde olduğu gibi teminat olarak verilen şeyin geniş kapsamlı ve belirsiz olması nedeniyle ortaya çıkan aşırı teminatlandırma halleridir. İkinci grupta ise teminat olarak devredilen alacakların kapsamı en baştan belirli olmasına rağmen teminatın veya teminat altına alınan alacağın değerindeki değişimler nedeniyle sonradan çıkan aşırı teminatlandırma yer almaktadır. Mahkeme, ilk grupta yer alan aşırı teminatlandırma halleri bakımından, sözleşmede açık bir *Freigabeanspruch* hükmünün yer almasını ve bu sözleşme klotunun azami bir oran, miktar gibi bir sınır belirtmesini zorunlu tutmuştur. Bu koşulun sağlanmaması, teminat anlaşmasının BGB §138'e aykırılık nedeniyle geçersizliği sonucunu doğuracaktır. İkinci grupta yer alan aşırı teminatlandırma hallerinde ise *Freigabeanspruch*, sözleşmeye kendiliğinden içkin kabul edilmektedir. Bkz. **Wiegand/Brunner**, s. 2516, 2519.

³⁹⁶ Teminat amacıyla alacağın devri özelinde olmamakla birlikte teminat amaçlı devirler (*Sicherungsübereignung*) bakımından ZGB Art. 889 (TMK m. 944) hükmünün kıyasen uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. **Oftinger/Bär**, Syst. Teil, N. 264; **Zobl/Thurnerr**, Syst. Teil, N. 1443. Teminat amacıyla alacağın devri için ayrıca bkz. **Zobl/Thurnerr**, Syst. Teil, N. 1617. Bu bakımdan İsviçre hukukunda genel kanının, bu hükmün teminat amaçlı devirlere kıyasen uygulanmasının bir sonucu olarak *Freigabeanspruch* talebinin reddedilmesi gerektiği yönünde olduğuna ilişkin bkz. **Stiefel**, s. 19.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre³⁹⁷ ise burada TMK m. 944 f. 2 burada uygulama alanı bulur ve bu nedenle sözleşmeye içkin bir iade yükümlülüğünden söz edilemez. Ancak bu görüşe göre, söz konusu hükmün uygulanması, iki istisnai durum ile sınırlandırılmalıdır. Bu istisnai hallerden ilki, bu ilkenin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi; bir diğeri ise sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırmanın, baştan veri var olana benzer şekilde, TMK m. 23'e aykırı görülmesidir. Bu iki durumdan biri söz konusu olmadığı sürece, sonradan aşırı hale gelen teminat kredi verende bir bütün halinde kalmaya devam edecektir.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise³⁹⁸ TMK m. 944 f. 2 (ZGB Art. 889 Abs. 2), inançlı işlem niteliğindeki teminat amacıyla alacağın devri bakımından uygulama alanı bulmaz. Yine bu görüşe göre, burada TMK m. 23 f. 2'ye aykırılık da makul bir çözüm olarak görülemez³⁹⁹. Ne var ki bu görüş de Alman hukukundaki gibi bir iade talebinin Türk-İsviçre hukukunda uygulama alanı bulamayacağı kanaatindedir. Zira bu görüşe göre taraf iradelerinin açık veya örtülü olarak aksi yönde olması, hakimın sözleşmeyi bu şekilde yorumlamasına veya sözleşme boşluğu bulunduğu kanaat getirerek boşluğu bu şekilde doldurmasına engeldir⁴⁰⁰.

Kanımızca doktrinde ileri sürülen görüşlerden hiçbirine katılma imkânı yoktur. İlk olarak, TMK m. 944 f. 2'nin isimsiz bir sözleşme olan teminat (inanç) anlaşmasına kıyasen uygulanabilmesi için ya hükmün koruma amacı dikkate alınarak düzenlendiği alandan daha geniş kapsamlı bir şekilde emredici olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁰¹ ya da hüküm emredici olmasa da bu konuda sözleşmede boşluk bulunması gerekir. Taşınır rehnine ilişkin olan TMK m. 944 f. 2'nin taşınır rehni için dahi emredici nitelikte olmadığı, dolayısıyla tarafların bu hükmün aksini kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁰². Hal böyle olunca teminat amacıyla alacağın devrine TMK m. 944 f. 2'nin uygulanabilmesi için, her şeyden önce taraf iradelerinin açık veya örtülü bir şekilde bu konuda hiçbir düzenlememe içermiyor olması gerekir. Tarafların bu konuda herhangi bir kararlaştırma yapıp yapmadıkları bakımından kilit nokta, sözleşmenin yorumu olacaktır. Hâkim pekala sözleşmenin yorumu ile taraf iradelerinin Alman hukukundaki *Freigabeanspruch*'a benzer bir

³⁹⁷ Stiefel, s. 24-25.

³⁹⁸ Çekin, s. 138.

³⁹⁹ Çekin, s. 139.

⁴⁰⁰ Çekin, s. 146-147.

⁴⁰¹ *Lex commissoria* yasağının teminat hukukuna dair genel bir emredici hüküm olarak kabul edilmesi, bu duruma örnek gösterilebilir.

⁴⁰² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3649; Nomer/Ergüne, N. 1211; Sirmen, Eşya, s. 681.

iade yükümlülüğü üzerine anlaştıklarına kanaat getirebilir. Ancak bundan daha önemli bir sorun olan, eğer bu konuda sözleşmede gerçekten de bir boşluk varsa hakim bu boşluğu nasıl dolduracaktır. Hakim, ortada bir boşluk bulunduğuna kanaat getirdiği takdirde, tamamlayıcı hukuk kuralı olarak yasada var olan bir hükmü uygulamak zorunda değildir. Somut olay adaleti mevcut hükmün kıyasen uygulanmamasını gerektirebilir. Teminat anlaşması gibi isimsiz ve sui generis bir sözleşmede ise başka bir hukuki işlem veya kurum için getirilmiş özel bir tamamlayıcı hukuk kuralının uygulanması istisna, ortak farazi iradenin dikkate alınması esastır. Bu sebeple, TMK m. 944 f. 2'ye rağmen, ortak farazi irade iradeye gidilemeyeceği söylemek mümkün değildir⁴⁰³. Aksine, hakim ortak farazi iradenin, bir iade yükümlülüğü bulunduğu yönünde olduğuna hükmedebilir.

Diğer yandan, TMK m. 944 f. 2 kanımızca, aşırı teminatlandırma hali dikkate alınarak getirilmiş bir hüküm de değildir. Hükümün amacında (*ratio legis*) asıl borç tamamen sona ermeden teminatın bütün olarak teminat alanda kalmaya devam edeceği düşüncesi yer almaktadır. Oysa aşırı teminatlandırma, asıl borcun kısmen sona ermesi halinde teminatın iadesinin istenip istenemeyeceği sorununa ilişkin değildir. Dolayısıyla alacak ve taşınır rehni bakımından dahi hükmün aşırı teminatlandırma haline uygulanmasının ne denli yerinde olacağı kanımızca tartışmaya açıktır.

TMK m. 944 f. 2'nin burada uygulama alanı bulmayacağı tespitini ardından, bir diğer sorun, ister sözleşme boşluğu bulunup bulunmadığına yönelik olarak gerçekleştirilen yorum kapsamında ister boşluk halinde ortak farazi iradenin tespitinde kullanılacak yorum kapsamında görülsün, hakim teminat amacına içkin bir "*Freigabeanspruch*" bulunduğunu kabul edip edemeyeceğinin belirlenmesidir⁴⁰⁴. Kanımızca teminat olarak devredilen alacaklar bütünü olduğu dikkate alındığında, tam da böyle bir iade yükümlülüğünün teminat amacına içkin bir iade yükümlülüğü öngörmek menfaatler dengesine uygun olmalıdır. Ancak özellikle bazı kredi türlerinde işin özelliği gereği taraflar arasındaki kredi ilişkisi ya da bir veya birden fazla iş ilişkisi sona erene kadar teminat olarak devredilen alacakların teminat alanda kalması

⁴⁰³ Bu iddia için bkz. **Stiefel**, s. 24, 25.

⁴⁰⁴ Teminat (inanç) anlaşmasının isimsiz ancak tipik bir sözleşme olduğu da dikkate alındığında, teminat amacına içkin kabul edilen hak ve yükümlülükler, bu sözleşmeye dair genel ve soyut kuralları belirlemek anlamına da gelecektir.

gerektiği kabul edilebilir. Sözleşmenin yorumu ile bu sonuca ulaşan hakimin şüphesiz ki, iade yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde hüküm vermesi gerekir.

Öte yandan kanımızca, teminat anlaşmasına içkin bir *Freigabeanspruch*, teminat altına alınan alacağın veya teminat teşkil eden alacağın değerindeki sonraki değişimlerde değil özellikle global devirden kaynaklanan hallerde teminat anlaşmasına içkin kabul edilmeli; diğer durumlarda tarafların açıkça bir kararlaştırma yapıp yapmadıkları da dikkate alınmalıdır⁴⁰⁵.

Sonuç olarak, kanımızca, sonradan ortaya çıkan bir aşırı teminatlandırma halinde, Alman hukukunda olduğu gibi teminat alan asıl alacaklının aşırılık teşkil eden kısmı iade yükümlülüğü altında olduğu kabul edilebilir. Bu iade yükümlülüğünün kaynağı da taraflar arasındaki teminat anlaşmasından başka bir şey değildir. Ancak tarafların açık veya örtülü olarak aksi yönde bir kararlaştırma yapmaları veya işin özelliğinden böyle bir sonuca varıldığı hallerde bu yükümlülüğün bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu bakımdan önemli olan, teminat anlaşmasının yorumudur. Dolayısıyla iade yükümlülüğünün söz konusu olmadığı hallerde de TMK m. 944 f. 2'nin bu bakımdan bir rolü söz konusu değildir.

⁴⁰⁵ *Reetz* de teminat yükünün bölünmezliği ilkesinin (TMK m. 944 f. 2; OR Art. 889/II) teminat amacıyla alacağın devrinde uygulama alanı bulacağını ve asıl alacağın kısmen ifası ile devredenin teminatı kısmen iade yükümlülüğü doğmayacağını kabul etmekle birlikte özellikle global devirden kaynaklanan sonraki aşırı teminatlandırma halini bu bakımdan bir istisna olarak görmekte ve bu durumda devralanın devredene kısmi iade yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir. Bkz. *Reetz*, Diss., §6, N. 416, 417.

II. Tasarruf İşlemi: Alacağın Devri Sözleşmesi

A. Hukuki Niteliği ve Özellikle Sebebe Bağlı Olup Olmama Sorunu

Teminat amacıyla alacağın devrinin iki aşamalı yapısından ikincisini oluşturan alacağın devri işlemi, borçlandırıcı işlemin ifası niteliğini taşır⁴⁰⁶. Bu bakımdan devir, klasik bir alacağın devri niteliğindedir ve teminat amacı bakımından bir özellik arz etmez.

Alacağın devri bir tasarruf işlemi olmakla birlikte⁴⁰⁷ bu tasarruf işleminin konusu, söz gelimi teminat amaçlı taşınır ve taşınmaz devirlerinden (*Sicherungsübereignung*) farklı olarak aynı değil nisbi bir haktır. Özellikle nisbi haklar bakımından tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem ayrımında dikkat edilmesi gereken husus, tasarruf işlemlerinde ortaya çıkmış, var olan bir hak üzerinde etki söz konusu olurken⁴⁰⁸ borçlandırıcı işlemlerde alacak hakkını kurucu özellik gündeme gelmektedir⁴⁰⁹. Öte yandan, tüm tasarruf işlemleri gibi alacağın devrinde de mutlak etki söz konusudur. Konusu nisbi bir hak olan bu tasarruf işlemindeki mutlak etkiden anlaşılması gereken, alacağın devredildiğinin herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Devredilen alacak hakkı nisbi bir hak olma özelliğini korumaya devam eder⁴¹⁰.

Alacağın devri işlemi de tüm kazandırıcı işlemler gibi bir hukuki sebebe (*causa*) istinaden gerçekleştirilir. Konumuz bakımından bu sebep, inançlı işlem niteliğindeki teminat anlaşmasıdır. Ancak alacağın devri işleminin bir hukuki sebebinin bulunması, onun geçerliliğinin bu hukuki sebebin varlığı ve geçerliliğine

⁴⁰⁶ Yüksel-Orhun, Teminat, s. 103.

⁴⁰⁷ Bucher, OR AT, N. S. 536; Huguenin, N. 1328; Furrer/Müller-Chen, OR AT, § 23, N. 5; Reetz/Burri, CHK OR, Art, 164, N. 1. Tasarruf işleminin tanımı ve dar ve geniş anlamda tasarruf işlemi kavramları için bkz. Vardar-Hamamcıoğlu, s. 7.

⁴⁰⁸ Tasarruf işlemlerinde bu etkiler, devretme, sınırlandırma, içeriğini değiştirme ve düzenlemedir.

⁴⁰⁹ Tasarruf işlemlerinde hakkı kurucu bir etkiden söz edilemez. Tasarruf işlemi ile bir hakkın doğumu söz konusu olamaz. Bkz. Vardar-Hamamcıoğlu, s. 62. Zira tasarruf işlemleri (öncelenmiş tasarruf işlemleri saklı kalmak üzere) ancak mevcut bir hakkı konu alabilir. Tasarruf işleminin tanımında kuruculuk unsurundan bahseden yazarların da bunu sınırlı aynı haklar için kullandığı ve onlara kurucu etki atfettiği düşünülmektedir. Oysa sınırlı aynı hakların ortaya çıkmasında da, bu hakların mülkiyetten türemeleri ve ondan koparılmalari nedeniyle bir hakkı (mülkiyet hakkını) sınırlayıcı etki söz konusudur. Bkz. Vardar-Hamamcıoğlu, dn. 253 ve s. 104-105. Aynı yönde bkz. Ayiter, s. 25. Ayrıca sınırlı aynı haklara ilişkin yükleme ve bölünme kuramları hakkında bkz. Sirmen, Eşya, s. 520-521.

⁴¹⁰ Bkz. Vardar-Hamamcıoğlu, s. 61.

bağlı olduğu anlamına gelmez. Nitekim Türk-İsviçre Hukuku'nda alacağın devri işleminin hukuki sebebe bağlı olup olmadığı tartışmalıdır⁴¹¹.

Doktrinde bir görüşe göre, alacağın devri hukuki sebebe bağlıdır⁴¹². Bu görüşe göre, Türk-İsviçre hukukuna sebebe bağlılık ilkesi hakimdir ve alacağın devri bakımından da yasada aksi yönde bir saptama yapılmadığından bu ilkedan ayrılmayı gerektirecek bir neden yoktur. Öte yandan, bu görüş devrin sebepten soyutluğunun kabul edilmesi halinde taraf iradelerine aykırı bir sonucun ortaya çıkacağı ve alacağın tarafların iradesi hilafına devredenden devralana geçeceğini kabul etmektedir.

Doktrinde bir diğer görüşe göre⁴¹³ ise, işlem güvenliğinin başı çektiği bir dizi gerekçe nedeniyle alacağın devrinin sebepten soyut olduğu kabul edilmelidir. Zira burada özellikle taşınmazlara ilişkin sebebe bağlılık ilkesinden ayrılmayı gerektiren bir husus da söz konusudur. Alacağın devrinde kamuya açıklık ve iyi niyetli üçüncü

⁴¹¹ Oysa Alman hukukuna hakim olan genel soyutluk ilkesi gereği, tüm tasarruf işlemleri gibi alacağın devri de sebepten soyut kabul edilir. Bu hukuk sistemine hakim olan soyutluk ilkesinin ortaya çıkarabileceği sakıncaları törpüleyebilmek bakımından sebepten soyutluğun aşılması için BGB §139 hükmüne dayalı olarak borçlandırııcı işlem ile tasarruf işlemi arasında işlem birliği (*Einheit*) ve tasarruf işleminin açık veya örtülü olarak borçlandırııcı işlemin geçerliliği koşuluna bağlanması gibi teoriler ortaya atılmıştır. Bu konuda bkz. **Busche, Jan**, §139 BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, (Hrsg: Prof. Dr. Claudia Schubert), 9. Auflage, 2021, BGB §139, N. 20; **Mansel, Heinz Peter**, §139 BGB, Jauernig BGB Kommentar (Hrsg: Rolf Stürner), 19. Auflage, 2023, BGB §139, N. 3; **Dörner, Heinrich**, § 139 BGB, Nomos Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (Hrsg: Reiner Schulze), 12. Auflage, 2024, BGB § 139, N. 7; **Ahrens**, BGB § 139, N. 13-16. Alacağın devrinde borçlandırııcı işlem ve tasarruf işlemi arasında bu anlamda bir işlem birliği bulunabileceği yönünde bkz. **Staudinger/Busche**, § 399-413 BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldner und Gläubigern), (Hrsg: Volker Rieble/Jan Busche/Dirk Looschelders/Manfred Löwisch), Otto Schmidt - De Gruyter, 2022, BGB § 398, N. 21.

⁴¹² **Spirig**, ZK OR, Vorbem. Art. 164-174, N. 106; **Spirig, Eugen**, “Zur Kausalität der Abtretung”, Schweizerische Juristen-Zeitung 96/2000, ss.7-9, s. 7 vd.; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3521; **Koller**, OR AT N. 84.07; **Wehrli**, s. 22, 28 vd.; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 125; **Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal, Eren** Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III: m. 83-206, Ankara, 2022, m. 183, N. 15; **Eren**, Borçlar, N. 3850; **Dayınlarlı, Kemal**, Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, Ankara, 2019, s. 102; **Arıkan**, s. 138.

⁴¹³ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 25; **Becker**, BK OR Art. 164, N. 1; **Bucher**, OR AT, s. 555; **Berger**, N. 2128; **Guhl**, § 34 N. 7; **Honsell, Heinrich**, “Tradition und Zession, kausal oder abstrakt”, Norm und Wirkung - FS für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag (Hrsg: Heinrich Honsell/Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris), Stämpfli, 2005, ss.1-22, s. 17, (Erişim için bkz. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfendmkaj/http://honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf); **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 394; **Kapancı**, TBK m. 183-194'e Genel Giriş N. 17; **Gümüş, M. Alper**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 1097; **Oğuzman/Öz, Cilt II**, N. 1669; **Öz, Turgut**, TBK m. 183-194, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2-3: m. 83-206, İstanbul, 2019, m. 183, N. 20; **von Tuhr**, Borçlar, s. 829; **Oberlin**, s. 38; **Bergmaier**, s. 61.

kişilerin korunması ilkeleri mevcut değildir⁴¹⁴. Bu sebeple sebebe bağlılığın alacağın devrinde söz konusu olmaması gerekir.

Her iki görüşün olumsuz yanlarını törpülemek amacıyla ılımlı bir yol tercih eden üçüncü bir görüşe göre⁴¹⁵ ise, alacağın devri sınırlı bir sebebe bağlılık özelliği arz etmektedir. Bu görüşe göre, hukuki sebebin geçersizliği kural olarak devrin de geçersiz olması sonucunu doğurur. Ancak eğer iyi niyetli borçlunun ve zincirleme devralanların korunması gerekiyorsa bunların iyi niyetlerine bazı hukuki sonuçların bağlanması gerekir. Zincirleme devirlerde, söz gelimi ilk devir hukuki sebebin geçersizliği nedeniyle geçersiz olur ve ilk devralan alacak hakkını kazanamamış olursa bu durumda sözde devralanın alacağı bir üçüncü kişiye devretmesi ihtimalinde bu üçüncü kişinin kazanımı belli şartlar altında korunur ve böylece sebebe bağlılık hukuki işlem güvenliği gerekçesiyle sınırlanmış olur. Üçüncü kişinin kazanımının korunması, devrin geçersizliğini bilmemesi veya bilemeyecek durumda olması (iyi niyet) ile ilk devir senedine güvenmiş olması şartına bağlıdır⁴¹⁶. Bu durum, eşya hukukuna ait iyi niyetle kazanımın alacağın devrine de kıyasen uygulanması anlamı taşımaktadır⁴¹⁷. Bu bakımdan taşınır eşya hukukundaki zilyetlik olgusunun yerini, devir senedi üstlenmiş bulunmaktadır⁴¹⁸. Ancak dikkat edilmelidir ki, alacağın devrinde iyi niyetin tasarruf yetkisi eksikliğini giderici bu fonksiyonu, devrin yalnızca *causa*'nın geçersizliği nedeniyle geçersiz olduğu hallere özgüdür. Yoksa taşınır eşya hukukunda olduğu gibi tüm geçersizlik hallerini kapsamaz.

Bu görüşe benzer şekilde sebebe bağlılık ile sebepten soyutluğun ortasında yer alan *Kleyling*'e göre de alacağın devrinde nisbi sebebe bağlılık söz konusudur⁴¹⁹. İyi niyetli borçluya karşı sebepten soyut olan devir, devralana karşı sebebe bağlı kabul

⁴¹⁴ Girsberger/Hermann, BSK OR I, Art. 164, N. 23; Lardelli, KUKO OR, Art. 164, N. 4; Ozanemre-Yayla, Alacağın Devri, s. 393.

⁴¹⁵ von der Crone, Hans Carpar, "Zession: kausal oder abstrakt?", SJZ 93/1997, ss. 249-260, s. 260. Yazar, sebebe bağlılık görüşünün üç temel noktada sorunlu olduğu düşüncesine dayanmakta ve bu sorunları şu şekilde ortaya koymaktadır: (Sözde) devralanın karşı edim olarak ifa etmiş olduğu şeylerin iadesini talep etmesi halinde alacak devralanda kalmaya devam ettiği ve alacak üzerinde zilyetliğin iadesi de söz konusu olamayacağı için OR Art. 82'ye dayalı olarak ileri sürülebilecek bir talebinin bulunmaması; (sözde) devralanın alacağı devretmek istemesi halinde hukuki işlem güvenliğinin tehlikeye düşmesi ve son olarak borçlunun aynı borcu iki kez ifa etme riski ile karşı karşıya kalması sebebiyle durumunun ağırlaşması. Tüm bunlar ve bunlara sunulan çözüm önerileri için bkz. von der Crone, s. 252 vd.

⁴¹⁶ von der Crone, s. 252.

⁴¹⁷ İlgili görüş konusundaki değerlendirmesi bu yönde olan yazar için bkz. Huguenin, N. 1338.

⁴¹⁸ von der Crone, s. 252.

⁴¹⁹ Kleyling, s. 43.

edilmelidir. Yine *Tekinay*'a göre de devir sebebe bağlı olmakla birlikte borçlu bakımından nisbi bir sebepten soyutluk söz konusudur⁴²⁰.

Kanımızca alacağın devri işleminin sebepten soyut olduğu kabul edilmelidir. Zira sebebe bağlılık görüşü taraftarlarının sebepten soyutluğa getirdiği özellikle taraf iradelerine aykırı bir sonuç ortaya çıktığı yönündeki eleştiri kabul edilebilir olmaktan uzaktır. Zira bir tasarruf işlemi olan devir anlaşmasının da geçerli olabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanı ile yapılmış olması şarttır. Dolayısıyla hukuki sebep geçersiz olmasına rağmen devir anlaşmasının geçerli olması halinde taraf iradelerine aykırı bir sonuç ortaya çıktığından söz edilemez. Taraflar devir anlaşması ile bu yöndeki ortak iradelerini ortaya koymuş olurlar. Öte yandan, sebepten soyutluk görüşünün en temel gerekçe olarak gösterdiği işlem güvenliği bakımından da üstün tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Son olarak, sebebe bağlılık görüşünü savunan yazarların ileri sürdüğünün aksine, kanımızca borçlunun durumunun ağırlaşması sebepten soyutlukta değil sebebe bağlılık halinde ortaya çıkmaktadır⁴²¹. Zira bu durum borçluya devrin tarafları arasındaki borçlandırıcı işlemin varlığı ve geçerliliğini inceleme yükümlülüğü getirdiği gibi borçluyu alacaklı olmayan kimseye ifa rizikosunu ile karşı karşıya bırakmaktadır⁴²².

Alacağın devrinde tasarruf işleminin konusu, bir nisbi hak olduğundan sebebe bağlılık ve sebepten soyutluk kavramlarının aynı ve nisbi haklardaki farklarına da değinmek konumuz bakımından önem arz etmektedir. Aynı haklar bakımından sebebe bağlılık, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda⁴²³, hukuki sebebin **tasarruf işlemi yapıldığı anda** geçerli olması anına özgüdür⁴²⁴. Eğer bu an bakımından geçerli bir hukuki sebep yoksa tasarruf işleminin geçerli olduğundan söz edilemez. Bunun sonucu olarak da devredilmek istenen bir hak varsa o hak karşı tarafa hiç geçmemiş olur. Ancak tasarruf işlemi yapıldığı andan sonra hukuki sebebin akamete uğraması sebebe bağlı bir tasarruf işlemi üzerinde doğrudan bir etkiye sahip değildir. Bu durumda, tıpkı sebepten soyut bir tasarruf işlemi gibi gerçekleştirilen kazanımın iadesi gerekir. Dolayısıyla sebebe bağlılık, tasarruf işleminin yapıldığı an ile sınırlıdır.

⁴²⁰ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 255.

⁴²¹ Aynı yönde bkz. *Ozanemre-Yayla*, Alacağın Devri, s. 389 vd.

⁴²² *Ozanemre-Yayla*, Alacağın Devri, s. 389 -390.

⁴²³ Bu konuda bkz. *Serozan, Rona*, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 91.

⁴²⁴ *Vardar-Hamamcıoğlu*, s. 71, 301.

Nisbi haklara ilişkin tasarruf işlemleri bakımından sebebe bağlılık ise gerek tasarruf işlemi yapıldığı anda gerekse devamında uygulama alanı bulur⁴²⁵. Böylece borçlandırıcı işlemin sonradan yıkıma uğraması, tasarruf işlemini de ortadan kaldırır. Zira, mutlak haklara ilişkin tasarruf işlemlerinin aksine nisbi haklarda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasında sıkı bir bağlılık söz konusudur.

Sebebe bağlılığın en temel sonucu, borçlandırıcı işlemdeki herhangi bir geçersizlik durumunda alacağın (sözde) devralana hiç geçmemiş olması ve (sözde) devralan hiç hak sahibi olmadığından alacağı üçüncü kişiye devretmiş olması halinde bu tasarrufun da tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersiz olmasıdır⁴²⁶. Dikkat edilmelidir ki, sebebe bağlılık nedeniyle tasarruf işleminin de geçersiz olması halinde, bir taşınır veya taşınmaz eşyanın devrinden farklı olarak, burada zilyetliğin iadesi veya tapu sicilinin düzeltilmesi istemi gibi bir isteme de yer olmayacaktır⁴²⁷. Dolayısıyla devreden (gerçek alacaklı), üçüncü kişiler nezdinde işlem güvenliğini sağlamaya yönelik hiçbir tedbiri almaksızın hakkın kendisine ait olduğunu ileri sürebilecektir.

Sebepten soyutluk halinde ise tasarruf işlemi borçlandırıcı işlemdeki bir geçersizlik veya eksiklikten etkilenmeyeceğinden⁴²⁸ devredilen alacağın iadesi gündeme gelecektir. Bu iade, devredilen alacağın yeni bir geri devir işlemi ile sağlanacaktır⁴²⁹. Eğer alacak, borçlunun ifası ile sona ermiş veya üçüncü kişiye devredilmişse artık iade mümkün olmayacağından ancak alacağın değerinin iadesi söz konusu olacaktır.

⁴²⁵ **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 301; **Serozan**, Dönme, s. 105-106. Ne var ki **Koller**, sebebe bağlı olduğunu kabul ettiği alacağın devri işlemi bakımından, borçlandırıcı işlemin sonradan bozguna uğramasının tasarruf işlemi olan devri kendiliğinden etkilemeyeceğini; ancak bir iade/geri devir (*Rückzession*) borcu doğuracağını ileri sürmektedir. Bkz. **Koller**, OR AT, N. 84.07.

⁴²⁶ Alacağın devrinde iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından tasarruf yetkisini giderici bir korumadan da söz edilemeyeceğinden bu üçüncü kişi her durumda alacak hakkını kazanamamış olacaktır.

⁴²⁷ Bu bakımdan devir senedinin devredene iadesi akla gelebilir. Şüphesiz devreden bu senedi devralandan talep etmesi mümkündür. Ancak devir senedinin devreden elinde bulunmaması onun alacak hakkını kullanmasına, söz gelimi bir başkasına devretmesine, engel teşkil etmediğinden bu durum zilyetliğin iadesi veya tapu sicilinin düzeltilmesi kadar büyük bir önem arz etmez. Bu bakımdan alacağın devrinde üçüncü kişilerin iyi niyetle hak kazanması da söz konusu olmadığından devir senedini elinde bulunduran (sözde) devralandan alacağın iyi niyetle kazanılması mümkün değildir. Ancak kanımızca burada dikkat edilmesi gereken husus, (sözde) devralanın bu devir senediyle TBK m. 186'nın kapsamına giren bazı olasılıkları meydana getirmesi ve iyi niyetli borçludan onu borçtan kurtaracak bir ifa talep etmesi mümkündür.

⁴²⁸ Şüphesiz ki, geçersizliğin tasarruf işlemine de yansıdığı geçersizlik özdeşliği (*Fehleridentität*) halleri bu kapsamda değildir.

⁴²⁹ **Huguenin**, borçlandırıcı işlemdeki olası bir geçersizlik halinde, doktrindeki diğer yazarların aksine, iadenin kaynağının sebepsiz zenginleşme değil taraflar arasında tersine dönmüş sözleşmesel ilişkide/tasfiye ilişkisinde aranması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Huguenin**, N. 1339.

Doktrinde bir görüşe göre⁴³⁰, teminat amacıyla alacağın devrinde teminat altına alınan borcun ifa edilmesi halinde teminat olarak devredilen alacağın iadesinin istenebilmesi ancak devrin sebebe bağlı kabul edilmesi halinde mümkün olur. Yazara göre, devir sebepten soyut kabul edilirse böyle bir iade talebi gündeme gelemmez. Kanımızca böyle bir yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Zira sebepten soyutluk, sebep geçersiz olmasına rağmen alacak hakkı üzerindeki hak sahipliğinin bundan doğrudan etkilenmemesi, onun yerine devralanın iade ile yükümlü kılınması anlamına gelmektedir⁴³¹. Dolayısıyla ancak alacağın devri sebepten soyut kabul edildiğinde iade talebi gündeme gelebilir. Öte yandan, yazarın sözünü ettiği iade yükümlülüğü bakımından biz sebebe bağlılık veya sebepten soyutluğun bir önemi olmadığı kanısındayız. Zira ileride açıklayacağımız üzere, söz konusu iade yükümlülüğünün kaynağını inanç anlaşmasının kendisi oluşturmaktadır⁴³².

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce alacağın devrinin sebepten soyut olduğu kabul edilmelidir. Ancak tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile iradi bir sebebe bağlılık meydana getirmelerine de bir engel yoktur⁴³³. Doktrinde bu anlaşmanın açık veya örtülü bir biçimde yapılabileceği kabul edilmektedir⁴³⁴. Öte yandan tarafların yaptıkları böyle bir kararlaştırmanın koşul niteliğinde olduğu ve tasarruf işleminin geçerliliğinin borçlandırıcı işlemin ayakta ve geçerli olması koşuluna bağlandığı kabul edilmektedir⁴³⁵.

⁴³⁰ Yüksel-Orhun, Teminat, s. 126.

⁴³¹ Bu konuda bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 19; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 3. **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 3; **Furrer/Müller-Chen**, OR AT, § 23, N. 10.

⁴³² Bkz. ileride Üçüncü Bölüm, II, C, 1.

⁴³³ **Schaufelberger, Peter C./Keller, Katrin**, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK –Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli, 3. Auflage, 2016, Art. 164, N. 7; **Girsberger/Hermann**, Art. 164, N. 26; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 18; **Schwenzer**, N. 90.09; **von Tuhr**, Borçlar, s. 830; **Oberlin**, s. 39, **Bergmaier**, s. 61.

⁴³⁴ **Girsberger/Hermann**, Art. 164, N. 26; **Becker**, BK OR, Art. 164, N. 3; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 18. Bu bakımdan Alman hukukunda her iki işlemin aynı belgede somutlaşması yeterli görülse de Türk-İsviçre hukuku bakımından taraf iradelerinden bu sonucu çıkarmak için bundan fazlasının aranması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Schwenzer**, N. 90.09; **Oberlin**, s. 39; **Bucher**, OR AT, s. 558. Ancak Türk-İsviçre hukukunda devir anlaşmasında hukuki sebebi zikretmenin, onun hakkında bilgi vermenin sebebe bağlılık anlaşması olarak yorumlanabileceğini kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. II, N. 1675; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 183, N. 20; **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 164, N. 7. Sebebe bağlılıktan taraf olan dolaylı açıklamalarına rağmen bu yönde ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 242. Ayrıca, devir sebebini zikrederek alacağı temlik etmeyi taahhüt eden devreden karşısında, devir beyanını kabul eden devralanın sebebi de kabul etmiş sayılacağı yönünde bkz. **von Tuhr**, Borçlar, s. 830.

⁴³⁵ **Becker**, BK OR, Art. 164, N. 3; **Girsberger/Hermann**, Art. 164, N. 26; **Bucher**, OR AT, s. 558; **Schwenzer**, N. 90.09; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 18; **Bucher** ve **Kapancı** bunu bir geciktirici koşul olarak görmektedir. Ancak kanımızca eğer koşul olarak görülecekse sebebe

Kanımızca sebebe bağıllık anlaşması, her zaman teknik anlamıyla koşul ile özdeş görülemeyebilir. Zira koşul, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olgudur. Oysa devrin hukuki sebebinin varlığı veya geçerliliği, her ne kadar o anda taraflarca bilinmiyor olsa da gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir olgu değildir⁴³⁶. Ancak terminolojik bu farklılık her iki durum arasındaki lojik benzerliğin göz ardı edilmesine de neden olmamalıdır. Kanımızca koşula ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde sebebe bağıllık anlaşmasına uygulanmasına bir engel yoktur.

Doktrinde bir görüşe göre⁴³⁷, sebebe bağıllık anlaşması koşul kararlaştırması niteliğinde olmakla birlikte sebebe bağıllığın tüm sonuçlarının taraf iradesiyle ortaya çıkmasını sağlar. Diğer bir görüşe göre⁴³⁸ ise, sebebe bağıllık anlaşması salt bir geciktirici koşul niteliğindedir ve bu nedenle gerçek anlamda bir sebebe bağıllık meydana getirmez. Dolayısıyla bu sebebe bağıllığın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde, aşağıda açıklayacağımız OR 183/II hükmünün kıyasen uygulanması gerekir⁴³⁹.

Sebebe bağıllık anlaşması, ister açık ister örtülü şekilde yapılmış olsun ister koşul olarak kabul edilsin ister edilmesin her durumda devre (tasarruf işlemine) ilişkin adi yazılı şeklin kapsamındadır ve bu nedenle bu şekle yansımış olması zorunludur⁴⁴⁰. Eğer sebebe bağıllık anlaşması, devir senedinden anlaşılamıyorsa -eş

bağıllık anlaşmasını bozucu koşul olarak değerlendirmek daha makul görünmektedir. Zira anlaşma; borçlandırıci işlem bir gün hüküm ifade ederse tasarruf işleminin de geçerli olacağı yönünde değil; bir gün borçlandırıci işlem ortadan kalkarsa tasarruf işleminin de yıkılacağı yönündedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, nisbi haklarda sebebe bağıllık sonradan yıkılan borçlandırıci işlemin kendiliğinden tasarruf işlemini de yıkması anlamı taşımaktadır. Koşul bakımından bunun da gözden kaçırılmaması gerekir.

⁴³⁶ Koşulun yalnızca sübjektif olarak şüpheli bir olgu olması, eş deyişle gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin yalnızca taraflar bakımından bilinmemesi yeterli değildir. Bkz. **Eren**, Borçlar, N. 3631.

⁴³⁷ **von Tuhr**, Borçlar, s. 830; **von Tuhr/Escher**, Band II, s. 334. Benzer yönde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 18.

⁴³⁸ **Bucher**, OR AT, s. 558. Bu durumda devir işleminin şarta bağlı yapıldığını belirterek benzer yönde görüş bildiren yazar için bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 396.

⁴³⁹ **Bucher**, OR AT, s. 558.

⁴⁴⁰ Sebebe bağıllık anlaşmasını bir koşul olarak gören yazarlar da bu anlaşmanın örtülü olarak yapılabileceği görüşündedir. Bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 26; **Bucher**, OR AT, s. 558; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 18. Örtülü de olsa koşul şekle yansıdığı sürece kanımızca buna bir engel bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, şekle tabi sözleşmelerin yorumunda, iki farklı teori ileri sürülmektedir. Bu teorilerden ilkinde göre, şekle örtülü de olsa yansıyan unsurlar yorumda kullanılırken; diğer teoriye göre şekle yansımayan unsurlar da yoruma dahil edilir ancak yorum yolu ile elde edilen sonuçlardan yalnızca şekle yansıyanlar geçerli olarak kararlaştırılmış olur. Bu teoriler hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. **İpek-İşleten**, s. 101 vd. Ayrıca bkz. **Güvenç**, s. 353 vd; **Sarıkaya**, s. 310 vd. Kanaatimizce bu görüşlerden ikincisine üstünlük tanınmalıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki ikinci

deyişle devir senedine yansıyan yazılı irade beyanlarından bu konuda örtülü bir anlaşma yapılabildiği sonucuna dahi varılamıyorsa- kanımızca artık geçerli bir sebebe bağlılık anlaşmasından söz edilemez⁴⁴¹. Zira bu durumda şekle tabi bir unsur şekle aykırı olarak yapılmış olur.

Doktrinde bir görüşe göre, böyle bir anlaşma yapıldığı yönünde hiçbir karine söz konusu olmasa bile, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak genellikle bu yönde örtülü bir koşul kararlaştırıldığını kabul etmek gerekecektir⁴⁴². Böyle bir durumda da TBK m. 183 f. 2 (OR 164/II) hükmü kıyasen uygulanmalı ve söz konusu koşul (sebebe bağlılık anlaşması) alacağı devir senedine güvenerek devralmış üçüncü kişilere karşı yalnızca koşulun devir senedinden anlaşıldığı hallerde geçerli olmalıdır. Kanımızca bu görüşün vardığı sonuç, şekle aykırılığa bağlanan yaptırımlar bakımından klasik görüşün benimsediği kesin hükümsüzlük yaptırımını yerine ancak yeni bir kendine özgü geçersizlik türü olarak bir anlam ifade edebilir. Eş deyişle, sebebe bağlılık anlaşmasının herkese karşı geçersiz olması yerine bazı kimselere karşı ileri sürülebilen bir geçersizlik türü olarak ele alınabilir. Ancak bunun dayanağı olarak de TBK m. 183 f. 2 (OR 164/II)'nin kıyasen uygulanmasına ihtiyaç yoktur⁴⁴³.

görüş de yorum yolu ile ulaşılan sonucun şekle yansımamış olması halinde şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik sonucuna varmaktadır. Bu görüşte ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 32, N. 20; **Neumayr, Matthias**, “*Persönliche Sicherungsgeschäfte Abgrenzungs und Formfragen*”, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag (Hrsg: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch), Schulthess, 2002, ss. 481-502, s. 486; **Bergmaier**, s. 79-80; **Sarıkaya**, s. 310-311.

Alacağın devri özelinde şeklin koruyucu işlevi dikkate alındığında, koşulun varlığının 3. kişilerce ve özellikle borçlu tarafından anlaşılmasına imkan verecek nitelikte yazılı bir kararlaştırma yeterli görülmelidir. Eğer tarafların kararlaştırdıklarını iddia ettikleri koşulun senet metninden anlaşılması mümkün değilse artık geçerli olarak kararlaştırılmış bir koşulun varlığından söz edilemez. Ancak bu durum, koşulun mutlaka açıkça kararlaştırılmasını zorunlu kılmaz. Zira taraf iradelerinin yorumundan bu sonuç çıkarılabildiği sürece, hukuki tedavül ve trafiğin (*Rechtsverkehr*) sülhlerinin de bu çıkarımı yapması beklenmelidir. Bu çıkarım objektif olarak yapılabilir olmasına rağmen bu çıkarımı yapamayan bir hukuk süjesinin korunacak hukuki bir menfaati olmadığı kanaatindeyiz. Nelerin alacağın devrinde koşul veya sebebe bağlılık olarak yorumlanabileceği ve bunun teminatın temlik bakımından hukuki sonuçları hakkında detaylı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, I, F, 3.

⁴⁴¹ Becker bu durumda artık sebebe bağlılığın üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Başka bir deyişle, yazara göre bu durumda sebebe bağlılık yalnızca devrin tarafları arasında borçlandırıcı bir etkiyi haizdir. Bkz. **Becker**, BK OR, Art. 164, N. 3. Kanımızca bu durum şeklin koruyucu işlevi dikkate alındığında makul bir sonuç olarak kabul edilebilir. Ancak bu görüşün, çalışmamızın devamında yer alan ve TBK m. 183/II'nin bu kurguda kıyasen uygulanması gerektiğini savunan görüşten farklı bir sonuca vardığına dikkat çekmek gerekir. Zira *Becker*'in vardığı sonuç, sebebe bağlılık anlaşmasının yalnızca devralan ve devreden arasında bir tazminat borcu doğurmasıdır. Oysa diğer görüşe göre, şekle hiç yansımamış sebebe bağlılık anlaşmasının ileri sürülebileceği üçüncü kişiler ortaya çıkacaktır.

⁴⁴² **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 26; **Bucher**, OR AT, s. 558. Türk hukuku bakımından da aynı yönde bkz. **Öz**, İstanbul Şerhi, Art. 183, N. 20. Öz'e göre burada iyi niyet, sebebin geçersizliğini bilmek/bilmesi gerekmem bakımından değil devrin sebebe bağlandığını bilmek/bilmesi gerekmem bakımından aranır. Girsberger/Hermann ve Bucher ise bu kıyasen uygulama bakımından iyi niyet şartından söz etmemektedir.

⁴⁴³ İlgili hükmün kıyasen uygulanabilmesi bakımından kanımızca gerekli kıyas köprüsünün kurulduğundan da şüphe duymak gerekir. TBK m. 183 f. 2'nin temelinde şekle tabi olmayan ve

Bu bakımdan TBK m. 183 f. 2 hükmünden ancak bu kendine özgü geçersizliğin türünü ve kimlere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğini belirlemek amacıyla –şeklin koruyucu amacı da dikkate alınarak- faydalanılabilir. Ancak kanımızca şeklin koruyucu işlevi dikkate alındığında, devir senedine hiç yansımamış bir sebebe bağlılık anlaşmasının kural olarak herkese karşı ileri sürülüp de sadece (sebebe bağlılık anlaşmasını hiç içermeyen) devir senedine güvenerek hak kazanan kimselere karşı ileri sürülemez oluşu şeklin koruduğu kimselerin (özellikle devrin taraflarının alacaklılarının) pek çoğunun kapsam dışında kalması ve işlem güvenliğinin ciddi ölçüde zedelenmesi sebepleriyle kabul edilemez. Üstelik TBK m. 183 f. 2’nin kıyasen uygulanması, devir senedini hiç görmeden devralan kimselere karşı sebebe bağlılığın ileri sürülebileceği sonucunu doğurur⁴⁴⁴ ve dolayısıyla sonraki devralanlara devir senedini inceleme yükümlülüğü getirilmiş olur ki bunun da işlem güvenliği ile bağdaşmadığı açıktır.

B. Devir Sözleşmesinin Kurulması ve Geçerliliği

1. Devir Anlaşmasının Kurulması ile Hüküm ve Sonuçlarını Doğurması

Alacağın devri, bir tasarruf işlemi olmakla birlikte sözleşme niteliği de taşımaktadır. Bu nedenle, ilgili tasarruf işleminin kurulması bakımından tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını zorunludur. Bu bakımdan TBK’da borçlandırııcı işlemler dikkate alınarak getirilmiş bulunan sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri, kıyasen alacağın devri bakımından da uygulama alanı bulur⁴⁴⁵.

Devreden ve devralanın öneri ve kabul beyanları bakımından dikkate alınması gereken ilk husus, devredenin beyanının her zaman açık şekilde yapılması gerektiğidir. Bu bakımdan devredenin beyanının öneri veya kabul niteliği taşıması

dolayısıyla bir senette somutlaşmasa da geçerli olan bir kararlaştırma (devir yasağı anlaşması) vardır. Bu konuda bkz. **Erbayraktar**, N. 734 vd.

⁴⁴⁴ Zira TBK m. 183 f. 2’ye göre, sözleşmesel bir devir yasağının devralana karşı ileri sürülememesi için devralanın borçludan sadır, devir yasağını içermeyen yazılı bir borç tanımısını görmüş ve buna güvenmiş olması gerekir. Yukarıda anılan kurguda ilk devirden sonraki devirler söz konusu olduğundan, kıyasen uygulama neticesinde bu borç tanımısının yerini ilk/bir önceki devre ilişkin devir anlaşmasının alması gerektiği açıktır. Bu durumda da sonraki devralanın kendinden önceki devir senedini incelemiş olması, ona karşı sebebe bağlılığın ileri sürülememesi için bir zorunluluktur.

⁴⁴⁵ **Bucher**, OR AT, s. 548; **Girsberger/Hermann**, Art. 164, N. 15; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 55.

herhangi bir fark yaratmaz. Her durumda devredenin beyanı açık şekilde gerçekleştirilmelidir⁴⁴⁶.

Devralanın beyanının ise kural olarak örtülü yapılmasına bir engel yoktur⁴⁴⁷. Bu bakımdan devralanın susması örtülü kabul beyanı için yeterli görülmektedir. Öte yandan, devralanın beyanının öneri veya kabul niteliğinde olması örtülü olarak yapılabilme imkanı bakımından bir farklılık yaratmaz⁴⁴⁸.

Devralanın kabul beyanının örtülü olarak gerçekleştirildiği hallerde⁴⁴⁹, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı, TBK m. 11 f. 2 (OR Art. 10/II) gereği devir belgesinin devralana ulaştığı andır⁴⁵⁰. Ancak doktrinde bazı yazarlar, eğer önceden yapılmış bir devir taahhüdü (*pactum de cedendo*) mevcutsa ve devralanın devir önerisini kabul etmesi kesinlikle kendisinden beklenebiliyorsa bu durumda devralanın kabulünün önceden verilmiş sayılması gerektiğini ve devir belgesinin gönderilme tarihinin esas alınacağını ifade etmektedir⁴⁵¹.

2. Devir Anlaşmasının Geçerliliği

a. Genel Olarak

Alacağın devri tasarruf işlemi niteliğindeki bir sözleşmedir. Bu bakımdan, sözleşmenin kuruluşunda olduğu gibi, geçerlilik bakımından aranan unsurlarda da kıyasen TBK hükümleri uygulama alanı bulur⁴⁵².

⁴⁴⁶ **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 56.

⁴⁴⁷ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3409; **Huguenin**, N. 1346; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri s. 56; **Eren**, Borçlar, N. 3854. Belirtmek gerekir ki, Eren devrin hukuki sebebinin ivazlı bir hukuki işlem olması ihtimalinde devir anlaşması bakımından susmanın kabul sayılamayacağını ifade etmektedir. Öte yandan örtülü kabulün ancak öneri ile birlikte devralana ek yükümlülükler getirilmediği hallerde mümkün olabileceği de ifade edilmektedir. **Bkz. Girsberger/Hermann**, Art. 164, N. 15.

⁴⁴⁸ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3409.

⁴⁴⁹ Devralanın kabul beyanının şekle tabi olmamasının ve örtülü olarak da ortaya konabileceğinin teminat anlaşması bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. **Bergmaier**, s. 40.

⁴⁵⁰ **Huguenin**, N. 1346; **Bucher**, OR AT, s. 548; **Berger**, N. 2138; **Girsberger/Hermann**, Art. 164, N. 15; **Gümüş**, Şekil, s. 18-19.

⁴⁵¹ **Bucher**, OR AT, s. 548; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3409; **Girsberger/Hermann**, Art. 164, N. 15.

⁴⁵² **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 20; **Becker**, BK OR, Art. 164, N.5, **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 2; **Huguenin**, N. 1329; **Bucher**, OR AT, s. 548; **Kleyling**, s. 36; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1686; **Eren**, Borçlar, N. 3845; **von Tuhr**, Borçlar, s. 826-827; **Ozanemre**, s. 62; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 1. Bu uygulamanın kıyasen olduğuna özellikle dikkat etmek gerekir. Biz TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırılık, bazı hallerde ahlaka aykırılık (borçlandırıcı işlem

Tüm hukuki işlemler gibi alacağın devrinin taraflarının da fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Bu bakımdan devreden de devralanın da tam fiil ehliyetine sahip olması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵³. Fiil ehliyetindeki bir eksikliğin sonradan giderilmesi ve bu yolla alacağın devri işleminin sağaltılması mümkün değildir⁴⁵⁴.

Alacağın devri bir tasarruf işlemi olduğundan devreden tasarruf yetkisi de bu işlemin geçerliliği bakımından bulunması zorunlu unsurlardandır⁴⁵⁵. Bu bakımdan doktrinde tartışmalı olan husus, devir sözleşmesi yapıldığı anda mevcut olmayan tasarruf yetkisi eksikliğinin sonradan giderilmesinin mümkün olup olmadığıdır⁴⁵⁶. Doktrinde bir görüşe göre⁴⁵⁷, gerek gerçek tasarruf yetkisi sahibinin vereceği icazet (*Genehmigung*) ile gerek devreden sonradan tasarruf yetkisi kazanmasının sağaltıcı etkisiyle bu eksikliğin giderilmesi (*Konvaleszenz*) mümkündür. Bu eksikliğin giderilmesiyle başta tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersiz olan devir anlaşması geçerli hale gelecektir⁴⁵⁸.

Doktrinde azınlıkta kalan bir diğer görüşe⁴⁵⁹ göre ise tasarruf yetkisinin tasarruf işlemi yapıldığı anda bulunması gerekir. Sonradan kazanılan bir tasarruf yetkisinin işlemin geçerliliği bakımından bir etkisi olmaz. Söz konusu tasarruf işleminin tekrar yapılması gerekir. Ancak bu görüşe göre, bazı hallerde somut olayın özelliklerine göre, geçersizliği ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir.

ahlaka aykırı olmasına rağmen) ve aşırı yararlanma hükümlerinin devir anlaşmasının geçersizliği bakımından uygulama alanı bulmayacağı görüşünde olduğumuzu daha önce ifade etmiştik.

⁴⁵³ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 20.

⁴⁵⁴ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 20.

⁴⁵⁵ **Huguenin**, N. 1341; **Furrer/Müller-Chen**, OR AT, § 23, N.5; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3410; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 1; **Schwenzer**, N. 90.04, **Keller, Max/Schöbi, Christian**, Das Schweizerische Schuldrecht Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 1984, s. 46.

⁴⁵⁶ Sözleşmesel devir yasağından kaynaklanan tasarruf yetkisi eksikliğinin hukuki sonuçları ile gelecekteki alacakların devri bakımından tasarruf yetkisi sorunu ileride detaylıca ele alınacağından burada ayrıca bu hususlara yer verilmemiştir.

⁴⁵⁷ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 17; **Bucher**, OR AT, s. 548; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 11; **Berger**, N. 2145; **Huguenin**, N. 1342; **Gümüş**, Borçlar, s. 1080; **Eren/ Dönmez**, Şerh, m. 183, N. 11; **Eren**, Borçlar, N. 3842; **von Tuhr**, Borçlar, s. 828; **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 373; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 8.

⁴⁵⁸ Hakkın sonradan kazanılması yoluyla tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesinde işlemin baştan itibaren geçerli hale gelmeyeceği ancak tasarruf yetkisi sahibinin sonradan onay vermesi yoluyla bu eksikliğin giderilmesinde baştan itibaren geçerli hale gelmenin söz konusu olduğu yönünde bkz. **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 383. Hakkın sonradan kazanılması halinde de devir anlaşmasının baştan itibaren geçerli hale geleceği yönünde bkz. **Gümüş**, Borçlar, s. 1080; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 222.

⁴⁵⁹ **Oğuzman/Öz**, C. II, N. 1687, dn. 33. Aynı yönde bkz. **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 100-101.

Kanımızca tasarruf yetkisi eksikliğinin sonradan giderilebileceği yönündeki görüşe üstünlük tanımak gerekir. Her ne kadar Türk-İsviçre hukuku bakımından bu yönde genel bir hüküm bulunmasa bile BGB §185'te bu hallerde tasarruf işleminin geçerli hale geleceği açıkça ifade edilmektedir. Türk-İsviçre hukuku bakımından da aynı sonucun kabul edilmesine bir engel yoktur.

b. Adi Yazılı Geçerlilik Şekline Tabi Olması

Alacağın devri işlemi, İsviçre-Türk hukuk sisteminde adi yazılı geçerlilik şekline tabi kılınmıştır⁴⁶⁰. Dikkat edilmelidir ki, alacağın devrine hakim olan geçerlilik şekli ne borçlandırıci işlemlerde olduğu gibi işlemin taraflarını koruyucu bir işleve sahiptir ne de aynı haklara ilişkin diğer tasarruf işlemlerinde olduğu gibi kamuya açıklık prensibine hizmet eder. Alacağın devri sözleşmesi bakımından öngörülen şekil zorunluluğunun işlevi ve amacı, alacağın borçlusu başta olmak üzere hukuki işlem sahasındaki üçüncü kişileri korumaktır⁴⁶¹. Zira devir anlaşması borçlandırıci işlemin ifası niteliğini taşıyan bir tasarruf işlemi olduğundan borçlandırıci işlemlere özgü olan tarafları tekrar düşünmeye sevk etmek vb. amaçlardan söz edilemez⁴⁶². Öte yandan alacağın devri işlemine kamuya açıklık prensibi de hakim olmadığından şeklin amacı kamuya açıklık ile bağdaştırılamaz. Alacağın devri sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması zorunluluğu, hukuki işlem güvenliğini (*Rechtsverkehrsicherheit*) tesis etmek ile ilgilidir. Bu bakımdan devir anlaşması, hukuki işlemin niteliği ve içeriğinin aydınlığa kavuşmasına, ispat edilmesine ve işlem güvenliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir⁴⁶³. Ancak şeklin

⁴⁶⁰ Devredilen alacağın doğumu, daha sıkı bir şekil şartına tabi olsa bile, böyle bir alacağın devri için adi yazılı şeklin sağlanması yeterlidir. Bkz. **Lardelli**, KUKO OR, Art. 165, N. 1; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 165, N. 7.

⁴⁶¹ **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 4; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 165, N. 1; **Becker**, BK OR, Art. 165, N.1; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 165, N. 5; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 165, N. 2; **Furrer/Müller-Chen**, OR AT, § 23, N. 7; **Koller**, OR AT, N. 84.45; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3415; **Serozan, Rona**, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen, 1968, s.7. **Schwenzer**, N. 90.13; **Berger**, N. 2140; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 44. **von Tuhr**, Borçlar, s. 831; **Bergmaier**, s.81; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 226; **Gümüş**, Şekil, s. 13; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 9

Ayrıca, şeklin sadece (veya ona ek olarak) tarafların korunması amacı dışında başka bir amaca hizmet ettiği hallerde, bir “azaltmaya” yönelik olup olmadığı fark etmeksizin, sonradan yapılan her bir açıklama aynı şekle uygun olarak yapılması gerektiği yönünde bkz. **Serozan**, Die Überwindung, s. 16.

⁴⁶² **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 165, N. 1; **Becker**, BK OR, Art. 165, N.1; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1916; **von Tuhr**, Borçlar, s. 831; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 9; **Franke**, s. 181.

⁴⁶³ **Eggen, Mirjam**, Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten (Zession und Wertpapierrecht) Teil 2: Zessionsrecht, Bern, 2021, s. 17-18, N. 39, N. 41; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 9.

tarafların menfaatleri bakımından tamamen önemsiz olduğu da söylenemez. Devir anlaşmasının yazılı olması, aynı zamanda tarafların birbirlerine karşı bu hukuki işlemi reddetmesinin önüne geçerek onları da bu açıdan koruma altına almaktadır⁴⁶⁴.

Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda alacağın devri işlemi bakımından bir şekil zorunluluğu öngörülmemiştir⁴⁶⁵. Bu durumun, Türk-İsviçre hukukunda öngörülen yazılılık şartının işlevini sorgulanır hale getirdiği düşünülebilir⁴⁶⁶. Alman hukukunda, Türk-İsviçre hukukunda şeklin koruduğu menfaatlerin koruma altına alınması, devredene -devralan tarafından talep edilmesi halinde- bir yan yükümlülük olarak devir belgesi verme borcu yüklenmesi yolu ile sağlanmaktadır. Ancak özellikle İsviçre hukukunda şeklin koruyucu işlevini sağlamasının yolu olarak başka alternatifler düşünülebilirse de bunların tam anlamıyla mevcut düzendeki korumayı sağlamayacağı ve bu sebeple alacağın devrinde geçerlilik şeklinden vazgeçilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶⁷. Nitekim, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (yürürlüğe girmeyen) 2020 tasarısında alacağın devrinde çeşitli değişiklikler yapılmasına rağmen şekil zorunluluğunun aynen korunduğu görülmektedir⁴⁶⁸.

Şekle tabi hukuki işlemlerde, hukuki işleme ilişkin tüm unsurların şekil kapsamına alınması zorunlu değildir. Şekle dahil edilmesi zorunlu olan unsurların tespiti, bu unsurlar yasa tarafından açıkça ifade edilmediği sürece⁴⁶⁹, şeklin koruyucu amacından hareket edilerek belirlenir⁴⁷⁰. Bu bakımdan alacağın devrinde, devreden

⁴⁶⁴ Serozan, Die Überwindung, s. 7.

⁴⁶⁵ Ancak bazı istisnai hallerde Alman hukukunda da alacağın devri şekle tabidir. Bu istisnai haller, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacaklar (BGB § 1154) ile kıymetli evraka bağlı alacakların devridir. Bkz. **Kieninger**, MüKo BGB § 398, N. 34; 168; **Stürner, Rolf**, §§398-413 BGB, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, (Hrsg: Rolf Stürner), CH Beck, 19. Auflage, 2023, BGB § 398, N.4; 169; **Fries, Martin /Schulze, Reiner**, §§ 398-413, Nomos Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (Hrsg: Reiner Schulze), 11. Auflage, 2021, BGB § 398, N. 2.

⁴⁶⁶ Şekil zorunluluğunun alacağın devrini ele alan uluslararası *soft law* metinlerinde de genel olarak benimsenmediği yönünde bkz. **Kötz**, s. 511.

⁴⁶⁷ **Eggen**, N. 261. Bu bakımdan Türk hukukunda Kapancı, özel bir sicile kaydın düşünülebileceğini ancak bunun da kendi içinde bazı zorlukları barındıracağını ifade etmektedir. Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 10.

⁴⁶⁸ **Eggen**, N. 98; **Girsberger, Daniel/Hermann, Johannes Lukas**, Art 163-177 OR 2020, Schweizer Obligationen Recht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (Hrsg: Claire Huguenin/Reto Hilthy), Schulthess, 2013, Art. 165, N. 1-3.

⁴⁶⁹ Örneğin TBK m. 583 f. 1 hükmünde kefalet sözleşmesi için bu unsurlar açıkça belirlenmiştir.

⁴⁷⁰ **Eggen**, N. 83 ; **Serozan**, Die Überwindung, s. 3 vd; **Berger**, N. 2140. Temel olarak, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurları bu koruma amacının kapsamında kabul edilir. Bkz. **Eggen**, N.84.

ve devralanın kimlik bilgisi, devir iradesi ve devredilen alacak devir senedinde yer alarak yazılı şekle yansımış olması gerekir⁴⁷¹.

Adi yazılı şeklin kapsamındaki en önemli unsurlardan birini hiç şüphesiz ki, devredilen alacak oluşturmaktadır. Bu bakımdan devredilen alacak, üçüncü kişiler bakımından alacağın kapsamının anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde yeterince bireyselleştirilmiş olmalıdır⁴⁷². Öte yandan, bir alacağın tamamı değil kısmen devri söz konusu olduğunda da bunun hangi kısım olduğu da açıkça anlaşılabilir olmalıdır⁴⁷³.

Şeklin kapsamındaki bir diğer unsur olan devralanın kimliği bakımından ise pratik gerekçelerle kabul edilen bir istisna söz konusudur. Beyaza devir (*Blankozession*) olarak adlandırılan bu istisnai halde, devir senedinde devralanın kimlik bilgisi, sonradan doldurulmak üzere, boş bırakılmaktadır.⁴⁷⁴ Şekle tabi bir unsurun şekilde yer almaması bakımından devir senedinin geçerliliğini sorgulanır hale getiren bu durum, doktrinde genel olarak pratik gerekçelerle göz ardı edilmekte ve beyaza devir halinde devir anlaşmasının geçerli olacağı kabul edilmektedir⁴⁷⁵. Bu konuda doktrinde tartışmalı olan, devir anlaşmasının hüküm ve sonuçlarını hangi andan itibaren doğurmaya başlayacağı tartışmalıdır. Zira devralanın kim olduğu bilgisi senet metnine yansımada esasen şekle ilişkin unsurlar tamamlanmamış olacaktır. Bu konuda doktrinde farklı düşüncelerin ileri sürüldüğü görülmektedir⁴⁷⁶.

Belirtmek gerekir ki, beyaza devir (*Blankozession*) hali bakımından devralan dışında devredilen alacak bilgisinin de sonradan doldurulmak üzere boş bırakılıp

⁴⁷¹ **Eggen**, N. 85; **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 165, N. 5; **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 22; **Berger**, N. 2140; **Guhl**, § 34, N. 12; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 11; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 230 vd.

⁴⁷² **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 165, N.2; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 165, N. 2. Alacağın bireyselleştirilmesi konusunda pratikteki en büyük sorun, global devirler ve özellikle henüz doğmamış alacakların global devridir. Biz bu konuya çalışmamızın devamında ayrı bir başlık altında özel olarak yer vereceğimizden bu bakımdan burada belirlenebilirlik ve belirlilik prensibi tartışmalarına da yer vermiyoruz.

⁴⁷³ **Schwenzer**, N. 90.14.

⁴⁷⁴ Bu bakımdan devralanın devir işlemi anında henüz var olmayan bir kişi olması da mümkündür. Bkz. **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 35.

⁴⁷⁵ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 165, N. 4; **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 31; **Gümüş**, Şekil, s. 25; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 11c.

⁴⁷⁶ Görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 11c; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 236 vd.

bırakılamayacağı tartışmalıdır. Kanımızca şeklin koruyucu amacı dikkate alınarak böyle bir durumda devir anlaşmasının geçersiz olduğu kabul edilmelidir⁴⁷⁷.

Devir anlaşmasının şekline yansımaları zorunlu olan unsurlardan bir diğeri de devralanın alacağı devretmek yönündeki iradesidir. Ancak aynı zorunluluk devralanın kabul iradesi bakımından söz konusu değildir⁴⁷⁸. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kabul iradesinin susma yolu ile ortaya konması dahi mümkündür.

Tüm alacağın devri sözleşmeleri bakımından zorunlu olan bu unsurlardan başka, (geciktirici veya bozucu) koşula bağlı devirler bakımından koşulun da adi yazılı şekle yansımış olması zorunludur⁴⁷⁹. Bu bakımdan koşul olarak devrin hukuki sebebin geçerliliğine bağlanması halinde (sebebe bağıllık anlaşması), devir senedinde hukuki sebep bilgisinin de yer alması zorunludur. Devir anlaşmasının koşula bağlanmış olduğu haller bakımından da devir senedinde sadece devreden imzası yeterli görülmektedir⁴⁸⁰.

Öte yandan, devir senedinde tarih, yer gibi unsurların yer alması zorunlu değildir⁴⁸¹. Yine devrin bir ivaz karşılığında yapılıyor olması durumunda ivaza ilişkin bilgiler de şeklin kapsamına dahil değildir⁴⁸². Yine devir senedinin devralana teslimi de şekil bakımından aranan bir geçerlilik şartı değildir⁴⁸³.

Alacağın devri için yasa tarafından öngörülen şekil, adi yazılı şekildir. Bu bakımdan şeklin yerine getirilmesi için gereken unsurlar TBK m. 13 vd. (OR Art 12 ff.) hükümleri dikkate alınarak belirlenir⁴⁸⁴. Şekilde yer alması zorunlu olan

⁴⁷⁷ Aynı yönde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 11c; **Bucher**, OR AT, s. 552 dn. 64. Aksi yönde bkz. **Huguenin**, N. 1345; **Schwenzer**, N. 90.14; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 165, N. 4. Huguenin'a göre, belirlenebilirlik kriteri ve hukuki işlemin tarafları ile işlem güvenliğinin korunması için zorunlu şartların sağlanması halinde *Blankozession* bakımından devredilen alacak bilgisi de sonradan doldurulmak üzere boş bırakılabilir. *Ozanemre-Yayla* da alışveriş yaşamının gereksinimleri sebebiyle böyle bir beyaza devire izin verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 239.

⁴⁷⁸ **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3416; **Schwenzer**, N. 90.13; **Koller**, OR AT, N. 84.44; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 228; **Gümüş**, Şekil, s. 17; **Eren/Dönmez**, m. 184, N. 2; **Eren**, Borçlar, N. 3857; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.243; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1819; **Bucher**, OR AT, s. 550; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 3.

⁴⁷⁹ **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 29; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 165, N. 4; **Ozanemre-Yayla**, s. 232.

⁴⁸⁰ **Gümüş**, Şekil, s. 27.

⁴⁸¹ **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 39, 40; **Koller**, OR AT, n. 84.50; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 12a, 12b; **Eggen**, N. 87.

⁴⁸² **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 12c.

⁴⁸³ **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 20.

⁴⁸⁴ **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 19. İlgili hükümlerin, borçlandırıcı işlemler için öngörülmesi sebebiyle alacağın devrindeki şekil unsuru bakımından ancak kıyasen uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. **Koller**, OR AT, N. 84.43.

devredenin devir iradesi olduğundan devir senedinin devredence imzalanması zorunlu ve yeterlidir⁴⁸⁵. Devralanın devir belgesini imzalaması gerekmez⁴⁸⁶.

Devir senedinde devralanın imzasının zorunlu olmaması, doktrinde yalnızca borç altına giren tarafın imzasını yeterli gören TBK m. 14 f. 1 hükmünün devir anlaşmasına kıyasen uygulanmasının bir sonucu olarak görülmektedir⁴⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, devrin bir ivaz karşılığı yapılmış olması da bu sonucu değiştirmez. Zira devir anlaşması bir tasarruf işlemidir ve devralanın yerine getirmesi gereken ivaz devrin hukuki sebebi olan borçlandırıcı işlemin bir parçasıdır. Teminat amacıyla alacağın devri bakımından da yalnızca devredenin imzası devir anlaşmasının geçerliliği bakımından yeterlidir⁴⁸⁸.

Alacağın devri işleminin şekle aykırı olduğu hallerde kural olarak kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁹. Ancak şekle aykırı olan bir devir anlaşmasının tahvil yolu ile başka bir işleme dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği hususunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan devir anlaşmasının tahsil yetkisine (*Einziehungsermächtigung*) veya tahsil için temsil yetkisine (*Inkassovollmacht*) tahvil edilmesi mümkündür⁴⁹⁰. Ancak bunun için tahvilin tüm koşullarının sağlanmış olması şarttır.

Şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan devir sözleşmesinin tahvil yolu ile devir vaadi olarak borçlandırıcı işleme dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe⁴⁹¹ göre, böyle bir tahvile herhangi bir

⁴⁸⁵ **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 165, N. 5; **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 32; **Becker**, BK OR, Art. 165, N. 4; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 165, N. 4; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 165, N. 2; **Huguenin**, N. 1344; **Bucher**, OR AT, s. 550; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 45; **Furrer/Müller-Chen**, OR AT, § 23, N. 7; **Berger**, N. 2139; **Bucher**, OR AT, s. 550; **Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, 2022, N. 5201.

⁴⁸⁶ **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 43; **Becker**, BK OR, Art. 165, N.4; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 165, N. 6; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 165, N. 2; **Huguenin**, N. 1344; **Furrer/Müller-Chen**, OR AT, § 23, N. 7; **von Büren**, s. 319; **Bucher**, OR AT, s. 550; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 45; **Kleyling**, s. 37; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 228; **Gönen, Doruk/Gönen, Coşku**, “Alacağın Devri”, İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 124-142, s. 129; **Kılıçoğlu**, N. 5201.

⁴⁸⁷ **Reetz**, Form, s. 554; **Koller**, OR AT, N. 84.44; **Gümüş**, Şekil, s. 26; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1693; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 184, N. 3; **Eren**, Borçlar, N. 3857; **Dayınlarlı**, s. 80; **Gönen/Gönen**, s. 129. Bu bakımdan kıyasen uygulamada devrin tasarruf işlemi niteliğinin her zaman dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 229; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 1.

⁴⁸⁸ **Reetz**, Form, s. 554.

⁴⁸⁹ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 14.; **Ozanemre-Yayla**, s. 240.

⁴⁹⁰ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3418; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 165, N. 1; **Furrer/Müller-Chen**, OR AT, § 23, N. 7; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1918; **Eren**, Borçlar, N. 3858; **von Tuhr**, Borçlar, s. 832; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 15; **Gümüş**, Şekil, s. 21.

⁴⁹¹ **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1684; **Engin**, Garanti, s. 21, dn. 51.

engel yoktur. Aksi yöndeki görüşe⁴⁹² göre ise, tasarruf işleminin borçlandırıcı işleme tahvil edilmesi söz konusu değildir. Kanımızca bu görüşlerden ilkinde üstünlük tanımak gerekir.

Devir anlaşmasına ilişkin şekil bahsinde değinilmesi gereken son husus, geçerli bir devir anlaşması ile devredilen bir alacağın taraflar arasındaki borçlandırıcı işlemin baştan itibaren geçersiz olması; sonradan ortadan kalkması veya teminat amacıyla alacağın devrinde asıl borcun ifası halinde olduğu gibi borçlandırıcı işlem gereği alacağın devredene iadesi gerektiğinde bu geri devrin de şekle tabi olup olmadığıdır. Bu konuda doktrinde iki farklı yaklaşım öne sürülmektedir. Doktrinde bir görüşe⁴⁹³ göre, alacağın gerisin geri devredene dönmesi de bir alacak devri anlaşmasıdır. Dolayısıyla şekle uygun olarak adi yazılı biçimde yapılmalıdır. Bu görüşe göre, geri devir ancak ilk devirde bir bozucu koşul kararlaştırılmış olur da bu koşulun gerçekleşmesi üzerine alacak devredene geri dönerse şekle tabi bir anlaşma gerekmeksizin geri devir sağlanabilir. Zira ilk devirde bozucu koşul da adi yazılı şekle tabi olarak kararlaştırılmıştır; şekil şartı burada yerine gelmiştir.

Doktrindeki bir diğer görüşe⁴⁹⁴ göre ise, geri devrin de adi yazılı şekil şartına uygun olması zorunluluğu pratik hayatın gereksinimleri ile bağdaşmaz. Bu bakımdan alacağın devredene dönmesi için ilk devrin ibra yolu ile ortadan kaldırılabileceğini kabul etmek gerekir⁴⁹⁵. Şüphesiz ki, bu durum ancak OR Art. 115 (TBK m. 132)⁴⁹⁶ hükmünün geniş yorumlanarak alacağın devri sözleşmesini de kapsayacak şekilde ele alınması ile mümkündür⁴⁹⁷. Ancak kanımızca bu kapsayıcı yoruma şüphe ile yaklaşmak gerekir. Zira ibra, borçlandırıcı işlemler bakımından söz konusudur; ancak alacağın devri sözleşmesi bir tasarruf işlemdir. Buna ek olarak, şeklin

⁴⁹² Eren/ Dönmez, m. 184, N. 3; Eren, Borçlar, N. 3858; Ozanemre-Yayla, Alacağın Devri, s. 242. Ozanemre-Yayla, eğer devir anlaşmasından alacağı karşı tarafa geçirme iradesi tam olarak anlaşılamiyorsa, söz konusu işlemin borçlandırıcı işlem olarak kabul edilebileceğini de ifade etmektedir.

⁴⁹³ Spirig, ZK OR, Art. 165, N. 13; Lardelli, KUKO OR, Art. 164, N. 18; Huguenin, N. 1350; Gauch/Schluep/Emmenegger, Band II, N. 3419, N. 3500; Berger, N. 2143; von Büren, s. 317; Koller, OR AT, N. 84.09; Serozan, Die Überwindung, s. 17; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020, N. 1819. Kapancı, Şerh, TBK m. 184, N. 19; Ozanemre-Yayla, Alacağın Devri, s. 246; Öz, İstanbul Şerhi, m. 184, N. 8; Bergmaier, s. 65.

⁴⁹⁴ Bucher, OR AT, s. 552; Gümüş, Şekil, s. 29.

⁴⁹⁵ Bucher'e göre örneğin devir senedinin devredene iade edilmiş olması halinde artık alacağın devredene döndüğünden şüphe duymamak gerekir. Bkz. Bucher, OR AT, s. 552.

⁴⁹⁶ İlgili hükme göre, bir borç için ibra anlaşması, borcu doğuran işlem şekle tabi olsa bile şekil zorunluluğu bulunmaksızın yapılabilir.

⁴⁹⁷ Becker, BK OR, Art. 164, N. 6; Bucher OR AT, s. 552.

koruyucu işlevi dikkate alındığında geri devrin de yeni bir adi yazılı devir anlaşması yolu ile yapılması gerektiğini kabul etmek daha makul görünmektedir.

c. Alacağa İlişkin Devir Yasağı Bulunmaması

aa. Devir Yasağının Kaynakları

Geçerli bir alacağın devri sözleşmesinden söz edebilmek için aranan şartlardan biri de devredilen alacağa ilişkin bir devir yasağı bulunmamasıdır. Bir alacağın devrinin yasak olması, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Bunlardan ilki, söz konusu alacağın devrinin yasa tarafından yasaklanmasıdır. Yasada alacağın devri tümünden yasaklanabileceği gibi yalnızca belirli açılardan yasaklanabilir veya belirli bir kapsam ile sınırlandırılabilir⁴⁹⁸. Yasadan kaynaklanan devir yasaklarına verilen en tipik örnekler, TBK m. 410 hükmünde işçi alacaklarına ilişkin getirilen yasak ve TBK m. 25 f. 4 hükmünde manevi tazminat alacağına ilişkin yasaktır⁴⁹⁹. Yine TMK m. 2 f. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılığın da yasadaki kaynaklanan bir devir engeli olarak görülebileceği kabul edilmektedir⁵⁰⁰.

Bir diğer sebep ise işin niteliğinden çıkarılan devir yasağı halleridir⁵⁰¹. Bu yasaklar, temel olarak devredilecek alacağın alacaklısının şahsıyla sıkı bir bağlantıda olduğu hallerde söz konusudur⁵⁰². İşin niteliğinden kaynaklanan devir yasakları bakımından önceden belirlenmiş soyut formüller yerine her somut olayın özelliklerine göre ortada bir devir engeli bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁰³.

⁴⁹⁸ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 18.

⁴⁹⁹ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 18. Çok daha geniş çerçeveli örnekler için bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 171 vd.

⁵⁰⁰ Bu konuda bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 21a. Yazar TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırı şekilde ekonomik özgürlüğü bağlayıcı devirler bakımından da yasal bir devir engelinden söz edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 21b.

⁵⁰¹ Alman hukukunda OR Art. 164 ve TBK m. 183' karşılık gelen hüküm olan BGB § 399, sözleşmesel devir yasakları dışındaki devredilemeyen alacakları, mevcut/özgün alacaklıdan başkasına, içeriği değiştirilmeden ifası mümkün olmayan alacaklar olarak tanımlamıştır. Bu alacaklar doktrinde, devreden kişinin ilişkili olan alacaklar, konusu bakımından devredilemeyen alacaklar ve bazı bağlı haklar olarak ele alınmaktadır. Bkz. **Uhlmann, Christian**, §§ 398-413 BGB, German Civil Code Article by Article Commentary, Vol. I, Books 1-3, §§1-1296 (Hrsg: Gerhard Dannemann/Reiner Schulze), Beck, 2020, BGB § 399, N. 4-5. Ayrıca, BGB § 400, devredilebilen alacaklar bakımından alacak rehni ile bağlantı kurarak, o kuruma atıfta bulunmuş ve rehnedilemeyen alacakların devredilemeyeceğini belirtmiştir.

⁵⁰² **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 33; **Becker**, BK OR Art. 164, N. 31 ff.; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 5; **Huguenin**, N. 1365; **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 31; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3432.

⁵⁰³ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 36.

Bir alacağın devrini yasaklayabilecek son sebep ise alacaklı ile borçlu arasında alacağın devrini yasaklayan bir devir yasağı anlaşması yapılmış olmasıdır. Bu son hal, sözleşmesel devir yasakları olarak ele alınmaktadır. Tarafların sözleşme ile devir yasağı öngörmeleri ve bunun muhtemel bir alacağın devrini geçersiz hale getirmesi, işlem güvenliği açısından pek çok sorun doğurmaya elverişlidir. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukuk bakımından sözleşmesel devir yasaklarının etkisi daraltılma eğilimindedir⁵⁰⁴. Örneğin; Alman hukukunda HGB 354a hükmünde öngörülen istisnaya göre, her iki taraf için de ticari iş niteliğine sahip hukuki işlemlerden doğan alacaklar bakımından devir yasağı kararlaştırılması mümkün değildir⁵⁰⁵. Yine yürürlüğe girmeyen OR 2020 tasarısında da borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılan devir yasağının, devrin geçerliliğine etki etmeyeceği; yalnızca muhtemel bir zararın tazmini sonucu doğurabileceği öngörülmüştür⁵⁰⁶.

Öte yandan, Alman hukukunda borçlunun devir yasağı öngörülmesi bakımından korunmaya değer bir menfaati yoksa ve alacaklının menfaati daha ağır basıyorsa, devir yasağı anlaşması geçersiz kabul edilmektedir⁵⁰⁷. İsviçre hukukunda da sözleşmesel devir yasağının OR Art. 27 denetiminden geçmesi ve ancak yasak bu anlamda alacaklının ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlamıyorsa geçerli olduğu ifade edilmektedir⁵⁰⁸.

Sözleşmesel devir yasağı anlaşması, alacağın borçlusu ve alacaklısı arasındaki bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile alacaklının alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır⁵⁰⁹. Bu kısıtlamanın, alacaklı ve borçlu dışında, alacaklı ile üçüncü

⁵⁰⁴ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 32. Örneğin; United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade Art. 9'da da alacağın devrinin (ilk veya sonraki) alacaklı ile borçlu arasındaki bir anlaşma ile kısıtlanamayacağı veya engellenemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak DCFR Art. III-5:108 ile PECL Art.11:301 düzenlemelerinin bu yönde olmadığını da belirtmek gerekir. Bu konuda detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **von Bar/Clive**, s. 1034. Sözleşmesel devir yasaklarına bağlanacak sonucun, farklı sükellerin menfaatleri arasındaki tercih ve dengenin sağlanması anlamına geldiği yönünde bkz. **von Bar/Clive**, s. 1033 vd.

⁵⁰⁵ Bu bakımdan alacaklısı kredi kuruluşu olan kredi anlaşmaları istisnaya dahil edilmemiştir.

⁵⁰⁶ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 32; **Kuhn, Hans**, “Die Modernisierung des schweizerischen Abtretungsrecht- Bemerkungen zum Zessionrecht im OR 2020” SZW 2015, ss. 351-374, s. 359.

⁵⁰⁷ **Kieninger**, MüKO, BGB §399, N. 40.

⁵⁰⁸ **Schwenzer**, N. 90.24; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1926.

⁵⁰⁹ **Nomer, Haluk Nami**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2024, N. 242; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 32; **Erbayraktar**, N. 623. Oysa ilke olarak sözleşme ile bir kimsenin tasarruf yetkisinin kısıtlanması mümkün değildir. Bu durum, BGB §137 hükmünde açıkça ifade edilmekte ve Türk-İsviçre yasa koyucusu tarafından benzer bir hükme yer verilmese de söz konusu ilke bu hukuk sistemleri bakımından da kabul görmektedir. Bu bakımdan TBK m. 183 f. 2; OR Art. 164 ve BGB §399 hükümleri bu ilkenin istisnası olarak görülmelidir. Ancak Alman hukukunda sözleşmesel devir yasağı halinde devir anlaşmasının nisbi hükümsüzlük (*relative Unwirksamkeit*) yaptırımına tabii

kişiler arasında yapılan bir sözleşme ile meydana getirilmesi mümkün değildir⁵¹⁰. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devrinde de devreden eski alacaklı ile devralan yeni alacaklı arasında devralanın alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayabilecek bir anlaşma yapılması mümkün değildir⁵¹¹.

Devir yasağı, devreden ve devralan arasında sonraki devirler için de kararlaştırılabilir. Bu kararlaştırma, yalnızca taraflar arasında hüküm ifade eden borçlandırıcı bir etkiye sahiptir⁵¹². Bu iki kararlaştırmanın niteliği aynı değildir. Zira kendisinden ifa istenecek borçlu, devir yasağı anlaşmasının tarafı dahi değildir⁵¹³. O, devir yasağını “borçlandırıcı etkiyle” dahi ileri süremez.

Devir yasağı sözleşmesinin alacağın doğumu sırasında yapılabileceği gibi sonradan da geçerli bir şekilde yapılabileceği kabul edilmektedir^{514, 515}. Alacak devredildikten sonra devreden ile borçlu arasında yapılacak bir devir yasağı anlaşmasının devredene karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği ise sözleşmesel devir yasağı savunmasının TBK m. 188 f. 1 kapsamında yer alan savunmalardan olup olmadığına göre yanıtlanabilecek bir sorudur. Bu sorun ileride ele alınacaktır.

Henüz doğmamış alacakların devri bakımından yapılacak bir devir yasağı anlaşmasının ise geçerli olarak yapılabileceği son an doktrinde tartışmalıdır⁵¹⁶. Kural olarak, bir alacağın devrinden sonra o alacak hakkında devreden ile borçlunun geçerli bir devir yasağı anlaşması yapmaları söz konusu olmaz. Ancak gelecekteki alacakların devrinde devir anlaşması alacak doğmadan önce gerçekleştiğinden bu

olacağına kabul eden görüş bakımından BGB §399 tasarruf yetkisini anlaşma yolu ile kısıtlayan bir istisna olarak görülmemektedir.

Öte yandan, tasarafların yalnızca borçlandırıcı etkisi bulunan bir devir yasağı kararlaştırabilecekleri de kabul edilmektedir. Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 32.

⁵¹⁰ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 32a; **Spirig**, ZK OR, Art. 164 Abs. 2, N. 196; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 47; **Erbayraktar**, N. 265; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 35; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 198.

⁵¹¹ Bkz. **Erbayraktar**, N. 265; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 47.

⁵¹² **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, dn. 738.

⁵¹³ Bu nedenle bu devir yasağının, borçlu ile devreden arasında kararlaştırılmasından farklı olarak yalnızca borçlandırıcı bir etkiye sahip olduğu yönünde bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 32a.

⁵¹⁴ **Berger**, N. 2102; **von Büren**, s. 323; **Becker**, BK OR, Art. 164, N. 44; **Erbayraktar**, N. 624; **Şahiniz, Salih**, “Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) Yasakları”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, ss. 495-520, s. 496. Ancak sonradan yapılan bir devir yasağı anlaşması, geçmişe etkili olarak hüküm ifade etmez.

⁵¹⁵ Devir yasağı anlaşmasının alacağın doğumundan önce yapılmasına da bir engel yoktur. Bkz. **Erbayraktar**, N. 624; **Şahiniz**, s. 496.

⁵¹⁶ Bu bakımdan, hangi görüş benimsenirse benimsensin, işin niteliği gereği devir yasağı anlaşması alacak doğmadan önce yapılmış olacaktır. Alacak doğmadan önce yapılan devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bkz. **Erbayraktar**, N. 629 vd.

bakımdan devir yasağı anlaşmasının hangi ana kadar geçerli olarak yapılabileceğinin ayrıca ele alınması gerekir. Doktrinde bir görüşe göre⁵¹⁷, henüz doğmamış alacakların devri bakımından devirden önce devir yasağı anlaşması yapılmamış olmasına rağmen devirden sonra, alacağın doğum anına kadar geçerli bir devir yasağı anlaşması yapılması mümkündür. Şüphesiz ki, devreden ile borçlu arasında yapılan bu devir yasağı anlaşmasının geçerli olduğunun kabul edilmesi, devralan bakımından dezavantajlı bir sonuç ortaya çıkaracak ve o alacağın doğumuyla birlikte alacağı elde edememiş olacaktır. Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise, henüz doğmamış alacakların devri bakımından devir anlaşmasının ardından yapılan devir yasağı anlaşması geçerli olmaz⁵¹⁸. Bu bakımdan alacağın sonradan doğacak olması bir özellik arz etmez.

Kanımızca bu görüşlerden ilkinde üstünlük tanımak gerekir. Zira borçlunun devredene karşı ileri sürebileceği savunmalara ilişkin olarak yapılan “devir anında mevcut bulunan savunmalar” ile “devir anından sonra ortaya çıkan savunmalar” ayrımında da gelecekteki alacaklar söz konusu olduğunda “var olan savunmalar” bakımından devir anlaşması anının değil alacağın doğum anının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁵¹⁹. Bu bakımdan sözleşmesel devir yasağı anlaşmasında da tutarlı olmak adına aynı prensibin benimsenmesi yerinde olacaktır.

Bu yaklaşım, gelecekteki alacakların devrinde devir anlaşmasından sonra alacak üzerinde yapılan tasarruflar bakımından kıyasen öncelik prensibinin uygulanması gerektiği yönündeki açıklamalarımız⁵²⁰ ile çelişkili görülebilir. Ancak bu bakımdan devreden devir anlaşmasından sonra ancak alacak doğmadan önce borçlu ile yaptığı işlemlerde kanımızca bu kurala bir istisna tanındığının kabul

⁵¹⁷ **Kieninger**, MüKO, BGB §399, N. 38; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 32; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 10; **Koller**, OR AT, N. 84. 210; **Berger**, N. 2189; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 26; **Erbayraktar**, N. 635; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 197.

⁵¹⁸ Alman hukukunda bu yöndeki görüşün gerekçesi, henüz doğmamış alacakların devrinde devreden devir anlaşması ile birlikte alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmesi ve bu nedenle devreden alacaklı bakımından geçerli bir devir yasağı kurma ihtimalinin ortadan kalkmış olmasıdır. Bu görüşte olmamakla birlikte görüşün dayanağı için bkz. **Kieninger**, MüKO, BGB §399, N. 38. İlgili görüşe göre, durumda, alacağın doğumuna kadar yalnızca borçlu yararına (devirden sonra ancak devir borçluya bildirilmeden ortaya çıkan savunmaları düzenleyen) BGB §407 uygulanmaya devam eder.

Henüz doğmamış bir alacak bakımından önce devir anlaşması ardından devir yasağı anlaşması yapılması halinde aynı sonuca Türk-İsviçre hukukundaki yazarların farklı bir yoldan vardıkları da görülmektedir. Buna göre, her iki hukuki işlem de tasarruf etkisini alacak doğduğu anda meydana getirir ancak bunlardan zamansal olarak önce yapılan devir anlaşması olduğundan öncelik prensibi gereği devir yasağı anlaşması hükümsüz olacaktır. Bu görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Erbayraktar**, N.632.

⁵¹⁹ Dar anlamdaki gelecekteki alacaklar özelinde bu yönde bkz. **Lardelli, Flavio**, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Schulthess, 2008, s. 97.

⁵²⁰ İleride bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, d.

edilmesi yerinde olacaktır. Zira bu tür işlemlerin mevcut alacakların devrinde dahi devirden sonraki bir anda (devir borçluya bildirilmeden veya borçlu tarafından öğrenilmeden) yapılabilmesi TBK m. 188 f. 1 (veya TBK m. 186) gereği mümkün görülmektedir. Söz konusu hükümlerin borçluyu koruyucu amacı dikkate alınarak alacağın doğum anına kadar geçerli bir devir yasağı anlaşmasının kabul edilmesi kanımızca yerinde olacaktır.

Ancak gelecekteki alacakların devrinde, alacak henüz doğmadan devrin borçluya bildirilmesi durumunda kanımızca devir yasağı anlaşması bakımından artık borçlunun korunmaya değer bir menfaati olduğundan söz edilemez. Bu bakımdan alacağın doğum anına kadar değil devir bildirimimin borçluya ulaştığı ana kadar⁵²¹ geçerli bir devir yasağı anlaşmasının yapıldığının kabul edilmesi gerekir⁵²².

Alacak henüz doğmamışken devrin borçluya bildirimi, hayatın olağan akışına pek uygun olmadığından ancak istisnai hallerde ortaya çıkacaktır⁵²³. Gelecekteki alacaklar bakımından olması beklenen, alacağın devrinin ardından doğumu ve onun ardından borçluya bildirimidir. Bu ihtimalde alacağın doğumundan sonra yapılan bir devir yasağı anlaşmasının akıbeti ile mevcut alacakların devrinde alacağın devrinden sonra yapılan devir yasağı anlaşmasının akıbeti ileride ele alınacaktır⁵²⁴.

Devir yasağı sözleşmesi şekle bağlı değildir ve açık veya örtülü bir biçimde kararlaştırılabileceği gibi başka bir sözleşmenin içinde onun bir klozu olarak da ortaya çıkabilir⁵²⁵. Ancak doktrinde bir görüşe⁵²⁶ göre, alacağı doğuran borçlandırıcı işlem şekle tabi ise⁵²⁷ devir yasağı anlaşması da -TBK m. 13 (OR Art. 12) anlamında

⁵²¹ Her ne kadar TBK m. 188 f.1’de bildirim anı değil devrin borçlu tarafından öğrenilme anı esas alınmışsa da kanımızca burada TBK m. 186 hükmünün geniş yorumu ile her iki hüküm arasındaki çatışma hali giderilmelidir. Bu yöndeki açıklamalarımız için ileride bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2.

⁵²² Aksi yönde bkz. **Erbayraktar**, N. 704.

⁵²³ Ancak kanımızca böyle bir bildirimin yapılmasına teorik olarak bir engel yoktur ve geçerli bir bildirimin tüm sonuçlarını doğurur. Bu konuda ileride bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2.

⁵²⁴ İleride bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 3.

⁵²⁵ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 27; **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 164, N. 10; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 22; **Huguenin**, N. 1360, **Bucher**, OR AT, s. 541; **Furrer/Müller-Chen**, §23, N. 30; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3431; **Schwenzer**, N. 90.24; **Berger**, N. 2102; **Uhlmann**, BGB §399, N. 6; **Kieninger**, MüKO, BGB §399, N. 36; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N.27; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s.195; **Şahiniz**, s. 499.

⁵²⁶ **Schulin, Hermann/Vogt, Nedim Peter**, “*Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerisches Vertrags-und Erbrecht*”, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag (Hrsg: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf), Stmpfli Verlag AG Bern, 2007, ss. 609-623, s. 615.

⁵²⁷ Bu durumda sorunun, devir yasağı hususundaki anlaşmayı alacağı doğuran esas borçlandırıcı işlemin esaslı unsuru olarak kabul edip edilmeyeceğine göre cevaplanabileceği yönünde bkz. **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 14.

yalnızca tamamlayıcı bir yan hüküm olarak görülemediği sürece- esas sözleşmenin şekline tabi olacaktır. Bu görüşe göre, devir yasağı anlaşmasının alacak doğduktan sonra kararlaştırılması halinde ise alacağın şekle tabi bir anlaşmadan doğup doğmadığı artık önem arz etmez. Devir yasağı anlaşması şekle tabi olmaksızın yapılabilir. Kanımızca alacağı doğuran asıl sözleşmenin şekle bağlı olması, devir yasağı anlaşması ister alacak doğmadan önce ister alacak doğduktan sonra yapılsın, devir yasağı anlaşmasını şekle bağlı hale getirmez. Zira bu anlaşmanın alacağı doğuran borçlandırııcı işlemin esaslı unsuru olduğundan söz edilemez.

Sözleşmesel devir yasağı, alacağın devrinin tamamen yasaklanması şeklinde kararlaştırılabileceği gibi örneğin belli olguların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak veya kısmen yasaklama şeklinde de kararlaştırılabilir⁵²⁸. Bu bakımdan taraflar, devrin ancak borçlunun rıza göstermesi halinde mümkün olduğunu da kararlaştırabilirler⁵²⁹.

Son olarak, devir yasağı anlaşması alacağın cüz'i halefiyet yolu ile bir başkasına devrine ilişkindir. Bu bakımdan alacağın külli halefiyet yoluyla bir başkasına aktarıldığı hallerde devir yasağı anlaşmasının herhangi bir işlevi olmaz⁵³⁰.

bb. Devir Yasağının Alacağın Devri Sözleşmesinin Geçerliliğine Etkisi

Devri yasak olan bir alacağı konu edinen bir devir anlaşması yapılması halinde bu devir anlaşmasının akıbeti, devir yasağının kaynağına göre farklılık arz etmektedir.

Yasal devir yasağına rağmen gerçekleştirilen alacağın devri bakımından, doktrinde ağırlıklı görüş bu devir anlaşmasının TBK m. 27 hükmü gereğince emredici hükme aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğunu kabul etmektedir⁵³¹. Bu bakımdan *Koller*, devir anlaşmasının geçersizliğini TBK m. 27'ye karşılık gelen OR Art. 20 hükmüne dayandırmanın mümkün olmadığı görüşündedir. Yazara göre, bu hüküm borçlandırııcı işlemler için öngörülmüştür ve burada devrin hukuki sebebinin geçersizliği bakımından uygulama alanı bulur. Devir anlaşmasının

⁵²⁸ **Becker**, BK OR Art. 164, N. 45; **von Büren**, s. 323; **Schwenzer**, N. 90.24; **Uhlmann**, BGB §399, N.7.

⁵²⁹ **Schwenzer**, N. 90.24.

⁵³⁰ **Kieninger**, MüKO, BGB §399, N. 51; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 34; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 199.

⁵³¹ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 40; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1931; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 191; **Bucher**, OR AT, s. 542; **Berger**, N.2100; **Spirig**, ZK OR, Art. 164, N. 184.

geçersizliği ise temelde OR Art. 164/I (TBK m. 183 f. 1) hükmüne dayanmaktadır. Öte yandan devrin yasaklayan hükmün koruma amacı dikkate alınarak geçersizlik bakımından farklı sonuçlara varılması da mümkündür⁵³².

Kapancı, yasal devir yasağında kuralın TBK m. 27 gereğince geçersiz olduğu yönündeki hakim düşünceye katılmakla birlikte, istisnai olarak devri yasaklayan hükmün borçluyu korumak üzere getirildiği hallerde bir askıda hükümsüzlük söz konusu olacağını ifade etmektedir⁵³³. Bu askıda hükümsüzlük hali, borçlunun sonradan vereceği onay ile giderilecek ve devir anlaşması geçerli hale gelecektir⁵³⁴. Borçlunun onay vermemesi halinde ise artık işlem baştan itibaren hükümsüz olacaktır.

Yasal devir engelinin teminat anlaşmasının geçerliliğine etki edip etmeyeceği meselesinin ise ayrıca ele alınması gerekmektedir. Zira yasal bir alacağın devri engelinin devrin sebebini oluşturan borçlandırıcı işleme etkisi doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre⁵³⁵, yasal devir yasağı halinde borçlandırıcı işlemin geçerliliği bu yasaktan etkilenmez. Dolayısıyla borçlandırıcı işlem geçerli kabul edilmelidir. Doktrindeki ağırlıklı görüş⁵³⁶ ise, bu durumda borçlandırıcı işlemin baştaki objektif imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz olduğunu kabul etmektedir. İkinci görüşü savunan yazarlardan bir kısmına göre, burada geçersizlik nedeniyle bir culpa in contrahendo sorumluluğu doğmasına bir engel yoktur⁵³⁷. *Kapancı*⁵³⁸ bu bakımdan devir yasağının borçluyu korumak üzere getirildiği hallere özgü olmak üzere, hakim görüşten ayrılmaktadır. Yazara göre, istisnai olarak devir yasağı borçlunun lehine olmak üzere getirilmişse, artık borçlandırıcı işlemin objektif imkansızlığından söz edilemez. Bu durumda borçlandırıcı işlem geçerli kabul

⁵³² **Koller**, OR AT, N. 84.62.

⁵³³ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 41. Benzer yönde bkz. **Erbayraktar**, N. 250; **Koller**, OR AT, N. 84.62. *Kapancı* dışındaki yazarlar açıkça askıda hükümsüzlükten söz etmemekle birlikte borçlunun icazeti ile hükümsüzlüğün giderilebilme olanağından söz etmektedirler. Öte yandan, doktrinde bir görüş yasal devir yasağında borçlunun sonraki onayıyla sağaltmanın kesinlikle mümkün olmadığını da kabul etmektedir. İleride bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, c, cc.

⁵³⁴ Belirtmek gerekir ki, yazar yasal devir engelleri de dahil olmak üzere tüm devir yasaklarını tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak ele almaktadır. Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 40. Bu açıdan borçlunun icazeti ile devir anlaşmasının geçerli hale gelmesi, devir anlaşması yapıldığı sırada mevcut bulunmayan tasarruf yetkisinin sonradan giderilebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Ancak tüm devir yasağı halleri bakımından borçlunun vereceği icazete ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken husus, bunun gerçek tasarruf yetkisi sahibinin vereceği onaydan farklı bir nitelik arz ettiğidir. Zira burada borçlu gerçek tasarruf yetkisi sahibi değildir.

⁵³⁵ **Bucher**, OR AT, s. 542, dn. 24.

⁵³⁶ **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 193; **Berger**, N. 2100.

⁵³⁷ **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 193.

⁵³⁸ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 43.

edilmelidir. Zira burada ilk durumdan farklı olarak tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilme ihtimali söz konusudur⁵³⁹.

İşin niteliğinden kaynaklanan devir yasakları bakımından da devir işleminin bu yasaktan nasıl etkileneceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe⁵⁴⁰ göre, işin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarında tasarruf yetkisi eksikliği söz konusu olmadığından devir anlaşması kesin hükümsüz kabul edilmelidir. Bu hükümsüzlüğün sonradan düzelme imkanı yoktur.

Doktrindeki bir diğer görüşe⁵⁴¹ göre ise, işin niteliğinden kaynaklanan devir yasakları çoğunlukla borçlunun menfaatinin korunması amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu tür devir yasaklarında kural askıda hükümsüzlük olmalıdır. Borçlunun onayı ile devir anlaşması geçerli hale gelir. Ancak istisnaen işin niteliğinden kaynaklanan devir yasağı borçlunun menfaatine hizmet etmiyorsa kesin hükümsüzlük yaptırımını kabul edilmelidir.

Ancak işin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarında da duruma göre kesin hükümsüzlük veya askıda hükümsüzlük sonucunun ortaya çıkacağını kabul eden görüşe göre, burada kural-istisna ilişkisi tam tersi şekilde tezahür etmektedir. Zira işin niteliğinden kaynaklanan devir yasakları, çoğunlukla borçlunun menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla kural, borçlunun icazeti ile düzelebilecek askıda hükümsüzlük olmakla birlikte istisnaen kesin hükümsüzlük gündeme gelebilir.

İşin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarında da devir anlaşmasının kesin hükümsüz olduğu hallerde teminat anlaşması bakımından da baştaki objektif imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımını gündeme gelirken; askıda hükümsüzlük durumunda teminat anlaşmasının geçerli olarak kurulduğu kabul edilmelidir.

⁵³⁹ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 43.

⁵⁴⁰ **Erbayraktar**, N. 20; **von Büren**, s. 325; **Nomer**, Borçlar, N. 242; **Spirig**, ZK OR, Art 164, N. 184.

⁵⁴¹ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 52-53. Bu bakımdan geçersizliği askıda hükümsüzlük olarak adlandırmaları dahi işin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarında borçlunun rızası ile düzelebirliliği savunan yazarların da benzer bir sonuca vardığını söylemek yanlış olmaz. Bu yazarlar için bkz. **Koller**, OR AT, N. 84.65; **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 36; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3434; **Bucher**, OR AT, s. 542; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 52; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1931; **Eren/Dönmez**, Şerh, m. 183, N. 34; **Eren**, Borçlar, N. 3870. Bu yazarların bir kısmının borçlunun menfaatine olma kriterinden söz etmediklerini de ifade etmek gerekir.

Sözleşmesel devir yasağının varlığının devir anlaşmasının geçerliliğine etkisi de Türk-İsviçre hukuku doktrininde tartışmalıdır. Bu görüşlerin temelde ikiye ayrıldığını belirtmek gerekir. İlk görüşe göre⁵⁴², sözleşmesel bir devir yasağına rağmen yapılan devir sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Diğer görüşe göre⁵⁴³ ise bu durumda ortaya çıkan geçersizliğin türü kesin hükümsüzlük değil askıda hükümsüzlüktür.

Alman hukuku bakımından ise tartışma ayrı bir boyut taşımaktadır. Zira bu hukuk sisteminde tartışılan husus, sözleşmesel bir devir yasağına rağmen gerçekleşen alacağın devrinin herkese karşı ileri sürülebilen mutlak şekilde kesin hükümsüz (*absolute Unwirksamkeit*) mü olduğu yoksa yalnızca borçlu ile ilişkide ileri sürülebilen nisbi hükümsüzlük (*relative Unwirksamkeit*) mü ortaya çıkacağıdır⁵⁴⁴. Ancak her iki görüş bakımından da borçlunun sonradan vereceği onay ile sözleşmesel devir yasağı bulunan alacak hakkında yapılan devrin sağaltılabileceği kabul edilmektedir⁵⁴⁵.

Sözleşmesel devir yasağı bulunması durumunda borçlandırııcı işlemin geçerliliği ise bu yasaktan etkilenmez⁵⁴⁶. Dolayısıyla devralan, borca aykırılık hükümlerine dayalı olarak devredene başvurabilir⁵⁴⁷.

⁵⁴² **Koller**, OR AT, N. 84.68. Gümüş ise burada kesin hükümsüzlüğü kabul etmekle birlikte esnek hükümsüzlük teorisi çerçevesinde bunun yalnızca borçlu tarafından ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Gümüş**, Borçlar, s. 1101. Belirtmek gerekir ki, **Koller**'in de sözleşmesel devir yasağı halinde borçlunun rızasıyla düzelebirliliği kabul etmesi dikkate alındığında kesin hükümsüzlük nitelendirilmesi askıda hükümsüzlük görüşü ile bu görüş arasında yalnızca teorik bir farklılık ortaya çıkarmaktadır.

⁵⁴³ **Kapancı**, TBK m. 183, N. 44; **Erbayraktar**, N. 636-637; **Berger**, N. 2103; Askıda hükümsüzlük terimini kullanmamakla birlikte aynı yönde bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 201; **Huguenin**, N. 1364; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3434; **Bucher**, OR AT, s. 542.

⁵⁴⁴ **Kieninger**, MüKO BGB §399, N. 42. Mutlak kesin hükümsüzlük yönünde bkz. **Kieninger**, MüKO BGB §399, N. 51; **Uhlmann**, BGB §399, N. 8; **Martens, Sebastian**, §§398-413 BGB, Erman BGB Band I: §§ 1-597 BGB, Otto Schmidt, 17. Auflage, 2023, BGB § 399, N. 25; **Kreße, Bernhard**, §§398-413 BGB, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1 (Hrsgb: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen), 4. Auflage, 2021, BGB § 399, N. 12.

⁵⁴⁵ **Martens**, Erman BGB §399, N. 26. Bu anlamda Alman hukukunda onayın tek taraflı irade beyanı ile sağlanmasının yeterli olup olmadığı tartışmalıdır.

⁵⁴⁶ **Berger**, N. 2107; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 203. Borçlandırııcı işlemin geçerli olduğu ancak ifanın subjektif imkansızlık engeline takıldığı yönünde bkz. **Erbayraktar**, N. 760 vd. Bu durumun ayrıca garanti sorumluluğuna da dahil olduğu yönünde bkz. **Engin**, Garanti, s.111.

⁵⁴⁷ **Berger**, N. 2107.

cc. Borçlunun Vereceği Onayın Devir Yasağına Rağmen Yapılan Devir Anlaşmasına Etkisi

Devri yasak olan bir alacağın devredilmesi halinde, borçlunun sonradan bu devre onay vererek devri geçerli hale getirip getiremeyeceği meselesi doktrinde farklı şekillerde ele alınmaktadır. Doktrinde bir görüşe⁵⁴⁸ göre, devir yasağının kökeni ne olursa olsun (yasa, işin niteliği veya sözleşme) borçlunun sonradan vereceği onay ile devir anlaşması geçerli hale gelir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yasadaki kaynaklanan devir yasakları bakımından yasağın borçlunun menfaatine olacak şekilde; borçluyu korumak amacıyla öngörülmüş olmasıdır⁵⁴⁹. Eğer yasal devir yasağı borçlunun menfaatine değilse borçlunun onayı ile devrin geçerli hale gelmesi söz konusu değildir. İşin niteliğinden kaynaklanan devir yasakları ise kural olarak borçlunun yararına öngörüldüğünden, borçlu kendi yararına öngörülmüş bu yasaktan feragat edebilir⁵⁵⁰.

Doktrindeki bir diğer görüşe⁵⁵¹ göre ise, borçlunun onayı ile devri geçerli hale getirebilmesi yasadaki kaynaklanan devir yasakları bakımından söz konusu olmaz. Yasadaki kaynaklanan bir devir yasağı bulunması halinde, yasak kimin menfaatine hizmet ediyor olursa olsun borçlunun onayı ile sağaltma söz konusu olmaz⁵⁵². Sözleşmeden ve yasağın borçlunun menfaatine hizmet etmesi koşuluyla işin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarında ise devir borçlunun onayı ile geçerli hale gelir.

Doktrindeki başka bir görüşe⁵⁵³ göre ise, borçlunun onayı ile devrin sağaltılması yalnızca sözleşmesel devir yasakları bakımından söz konusu olur.

⁵⁴⁸ **Koller**, OR AT, N. 84.65; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 41, N. 44, N. 53

⁵⁴⁹ Devir yasağı yasadaki kaynaklansa bile, eğer hüküm emredici değilse önemli olanın yasağın kimin yararına getirilmiş olduğu ve yasak kendi yararına getirilmiş olanın kendi korunmasından feragat ederek devre onay verebileceği yönünde bkz. **Koller**, OR AT, N. 84.65.

⁵⁵⁰ **Koller**, OR AT, 84.75. İstisnaen işin niteliğinden kaynaklanan devir yasağının borçlunun menfaatine hizmet etmemesi halinde borçlunun rızasının söz konusu olamayacağı da ifade edilmektedir. Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 53

⁵⁵¹ **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 36; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3431, 3434; **Bucher**, OR AT, s. 542; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 52; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 59; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1931; **Eren/Dönmez**, Şerh, m. 183, N. 34; **Eren**, Borçlar, N. 3870; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 190,191. Şüphesiz ki, bu görüşü kabul eden yazarlar tarafından yasadaki kaynaklanan devir yasağı halinde askıda hükümsüzlük ihtimali tümden reddedilmektedir. Bu konuda yukarıda bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, c, bb.

⁵⁵² **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 190,191.

⁵⁵³ **von Büren**, s. 325, **Spirig**, ZK OR, Art 164, N. 184-185. Nomer de borçlunun devir yasağına onayı bakımından yalnızca sözleşmesel devir yasağı halinden söz etmektedir. Bkz. **Nomer**, Borçlar, N. 242.

Yasadan ve işin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarında geçersizlik sonradan düzelebilir nitelikte değildir.

Devir yasaklarında borçlunun onayı ile devrin geçerli hale gelebileceği haller dışında, böyle bir onayın devri hangi andan itibaren geçerli hale getireceği de doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, borçlunun onayı ile devir geçmişe etkili olarak devir anlaşması yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelir⁵⁵⁴. Ancak *von Tuhr*⁵⁵⁵ bu bakımdan üçüncü kişilerin ara dönemdeki kazanımlarının korunacağını ifade etmektedir⁵⁵⁶.

Doktrindeki bir diğer görüşe⁵⁵⁷ göre ise, borçlunun onayı ile gerçekleştirilen sağaltma geçmişe etkili değildir. Onayın verildiği andan itibaren ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Dolayısıyla devir ile icazet arasındaki sürede gerçekleşmiş olan üçüncü kişilere ait kazanımlar korunur⁵⁵⁸.

Alman hukukunda da sözleşmesel devir yasağının ortadan kaldırılarak devrin geçerli hale getirilmesi bakımından borçlu ile alacaklı arasında yasağı kaldıran bir anlaşma yapılmasını zorunlu gören bir görüş, bu anlaşma anından itibaren ileriye etkili olarak devir anlaşmasının geçerlilik kazanacağını kabul etmektedir⁵⁵⁹. Ancak bu bakımdan borçlunun tek taraflı irade beyanını yeterli bulan görüş (BGB § 184 hükmünün kıyasen uygulanması ile), üçüncü kişilerin ara dönemdeki kazanımlarının korunması kaydıyla onayla birlikte devir anlaşmasının geçmişe etkili olarak geçerli hale geleceğini ileri sürmektedir⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ Sözleşmesel devir yasakları ve işin niteliği gereği devredilemeyen alacaklar bakımından bu yönde bkz. **Eren/ Dönmez**, Şerh, m. 183, N. 34; **Eren**, Borçlar, N. 3870; **von Tuhr**, Borçlar, s. 845; **Bucher**, OR AT, s. 542. Sadece sözleşmesel devir yasakları bakımından bu yönde bkz. **Nomer**, Borçlar, N. 242; **Şahiniz**, s. 517.

⁵⁵⁵ **von Tuhr**, Borçlar, s. 845.

⁵⁵⁶ Kanımızca onayın geçmişe etkili sonuç doğuracağını kabul edip ara dönemdeki bu kazanımları geçerli saymak çelişkili bir sonuç ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

⁵⁵⁷ **Koller**, OR AT, n. 84.71; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N.44; **Erbayraktar**, N. 641, 655. Ancak Erbayraktar, sözleşmesel devir engelinin doğrudan devri borçlunun onayına bağlamak anlamına geldiğini kabul etmekte ve bu onayın henüz devir anlaşması yapılmadan alınabileceğini de ifade etmektedir. Yazara göre böyle bir durumda doğal olarak devir işlemi yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelecektir. Bkz. **Erbayraktar**, N. 637. Öte yandan, devirden sonra devir yasağının kaldırılması borçlunun vereceği tek taraflı rıza yerine devreden ve borçlu arasındaki bir sözleşme ile sağlanırsa bu durumda da geçmişe etkinin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Erbayraktar**, N. 692.

⁵⁵⁸ **Koller**, OR AT, N. 84.66.

⁵⁵⁹ **Uhlmann**, BGB §399, N.8; **Kreße**, Nomos Komm. BGB §399, N. 13.

⁵⁶⁰ Görüşler hakkında bkz. **Kieninger**, MüKO BGB §399, N. 43. Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Kieninger**, MüKO BGB §399, N. 43, dn. 175'teki yazarlar.

Borçlunun, devir yasağına rağmen yapılmış olan bir devir anlaşmasına vereceği onay (sözleşmesel devir yasakları bakımından tartışmalı olmakla birlikte) tek taraflı irade beyanı ile sağlanacaktır⁵⁶¹. Bu bakımdan onayın devredene ya da devralana yönelik olarak ulaşması gereken bir irade beyanı olduğu kabul edilmektedir. Bu irade beyanı, açık irade beyanı şeklinde olabileceği gibi durumun özelliklerinden çıkartılan bir örtülü irade beyanı da olabilir.

Doktrinde, sözleşmesel devir yasakları ile işin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarında borçlunun devir yasağını ileri sürmemesi halinde bunun örtülü bir onay olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶². Yine sözleşmesel devir yasağının ve işin niteliğinden kaynaklanan devir yasaklarının re'sen dikkate alınması söz konusu olmaz ve ancak borçlu tarafından ileri sürülürse dikkate alınır ve bu bakımdan devir yasağının ileri sürülmesi def'i niteliğindedir⁵⁶³. Dolayısıyla borçlu bu def'i ileri sürmeden devralana ifada bulunursa bu ifanın iadesini talep edemez⁵⁶⁴.

Sözleşmesel devir yasağına rağmen yapılan bir alacağın devrinde, borçlunun devri geçerli kılmak üzere tek taraflı irade beyanı ile vereceği onayın yeterli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe⁵⁶⁵ göre, tek taraflı irade beyanı ile borçlunun sözleşmeyi sağaltabileceğini kabul etmenin önünde bir engel yoktur. Ancak taraflar arzu ederse bir sözleşme ile de yasağı kaldırabilirler⁵⁶⁶.

Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe⁵⁶⁷ göre ise, sözleşmesel devir yasağına rağmen devrin geçerli hale gelmesi borçlunun tek taraflı irade beyanı ile sağlanamaz. Bu bakımdan devreden ile alacaklının tasarruf yetkisini kısıtlarken yaptıkları gibi

⁵⁶¹ Sözleşmesel devir yasakları bakımından borçlunun tek taraflı irade beyanının değil ile ancak borçlu ile devreden alacaklı arasında yasağı kaldırarak yeni bir sözleşmenin bu etkiyi gösterebileceğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 33.

⁵⁶² **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3434; **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 36; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1931; **Eren/Dönmez**, Şerh, m. 183, N. 34; **Eren**, Borçlar, N. 3870; **Şahiniz**, s. 516. Bu görüşteki yazarlar zaten yasadaki kaynaklanan devir yasaklarında borçlunun onayı ile devrin geçerli hale gelmeyeceğini kabul etmektedir.

⁵⁶³ **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3434; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 183, N. 25; **Eren/Dönmez**, Şerh, m. 183, N. 34; **Eren**, Borçlar, N. 3870; **Şahiniz**, s. 515.

⁵⁶⁴ **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 183, N. 25.

⁵⁶⁵ **Erbayraktar**, N.636 vd; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 22; **Koller**, OR AT, N. 84.65; **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 36; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3431, 3434; **Bucher**, OR AT, s. 542; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 52; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1931; **Eren/Dönmez**, Şerh, m. 183, N. 34; **Eren**, Borçlar, N. 3870.

⁵⁶⁶ Bu görüşteki **Erbayraktar**, sözleşme ile devir yasağının kaldırılmasının tek taraflı irade beyanı ile onamadan farklı hukuki sonuçlar doğurabileceğini de ifade etmektedir. Bkz. **Erbayraktar**, N. 694.

⁵⁶⁷ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 33. Bu görüşün Alman hukukunda taraftar bulan bir görüş olduğunu da ifade etmek gerekir. Bkz. **Kreße**, Nomos Komm. BGB §399, N. 13; **Staudinger/Busche**, BGB §399, N. 63.

(devir yasağı anlaşması) bu kısıtlamayı ortadan kaldırmak üzere yeni bir sözleşme yapmaları gerekir. Ancak bu bakımdan devreden alacaklının devrinin öneri; borçlunun vereceği onayın kabul beyanı sayılması ve taraflar arasında bir sözleşme kurulduğunun kabul edilmesi söz konusu görüş taraftarlarınca ileri sürülmektedir⁵⁶⁸.

Alacaklının devir yasağına rağmen alacağı birden fazla kez birbirinden farklı kimselere devretmesi halinde (*Mehrfachzession*), borçlunun bunlardan dilediğine onay verebileceği kabul edilmektedir⁵⁶⁹. Borçlu rızasını hangi devir anlaşması için açıklarsa o devir anlaşması sağaltılmış olur. Ancak borçlu rıza beyanını bunlardan herhangi birini tercih ederek ortaya koymazsa tasarruf işlemlerine ilişkin öncelik prensibi devreye girer; böylece önce yapılan devir geçerli hale gelir⁵⁷⁰.

Son olarak, sözleşmesel devir yasakları bakımından verilen rızanın yalnızca askıda bulunan devre onay olarak mı anlaşılması gerektiği⁵⁷¹ yoksa alacağın üzerindeki devir yasağının tamamen ortadan kalktığı yönünde mi yorumlanması gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Bu soruya peşinen bir yanıt vermek yerine, kanımızca da haklı olarak, verilen onay bakımından irade beyanının yorumu ile bir sonuca varılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷². Şüphe halinde ise, verilen rızanın yalnızca askıdaki devri kapsadığı kabul edilmelidir⁵⁷³.

dd. Sözleşmesel Devir Yasakları Bakımından TBK m. 183 f. 2’de Düzenlenen İstisna: Hukuki Görünüşe Güvenin Korunması

Sözleşmesel bir devir yasağının söz konusu olduğu hallerde, yasa tarafından hukuki görünüşe güven ilkesinin görünümü olan bir hüküm öngörülmüştür. Yukarıda

⁵⁶⁸ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 44. Bu bakımdan alacaklının örtülü kabul beyanı bulunduğu kolaylıkla kabul edilebileceği yönünde bkz. **Kieninger**, MüKO, BGB §399, N. 43; **Kreße**, Nomos Komm. BGB §399, N. 13.

⁵⁶⁹ Dolayısıyla borçlunun onayını zamansal olarak önce yapılmış olana verme zorunluluğu yoktur. Bkz. **Kieninger**, MüKo, BGB §399, N. 52; **Erbayraktar**, N. 647. Ancak devir yasağının borçlunun tek taraflı irade beyanı yerine borçlu ile devreden arasındaki sözleşme ile kaldırılması halinde bu sözleşmenin ancak ilk yapılan devir anlaşmasını geçerli hale getireceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Erbayraktar**, N. 694.

⁵⁷⁰ **Kieninger**, MüKo, BGB §399, N. 52.

⁵⁷¹ Bu durumda devralan alacağı kazanmış olmakla birlikte yeni alacaklı olarak devir yasağı ile bağlı kalmaya devam edecektir.

⁵⁷² **Erbayraktar**, N. 695.

⁵⁷³ Bu bakımdan *Erbayraktar*, borçlunun sözleşmesel devir engeline rağmen yapılan devri sağaltmak bakımından iki farklı yol tercih edebileceğini kabul etmekte ve eğer bunlardan devreden ile sözleşme yapmak yolu tercih edilmişse artık alacağın devir yasağından tamamen kurtulduğunu ve devralanın da alacağı yasaktan bağımsız olarak iktisap edeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Erbayraktar**, N. 691 vd. Yazara göre, şüphe halinde sözleşmeden değil borçlunun tek taraflı irade beyanı ile onay verdiğinden yana tavır almak gerekir. Bkz. **Erbayraktar**, N. 695.

açıkladığımız üzere, kural bu yasağın tasarruf yetkisini kısıtlayıcı etkisinin borçlu tarafından alacağı devralan kişiye karşı ileri sürülebilmesidir. Zira borçlu ile alacaklı arasındaki devir yasağı anlaşması, devreden tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle devir anlaşmasını geçersiz hale getirecektir. Ancak TBK m. 183 f. 2 (OR Art. 164 f. 2) hükmünde öngörülen istisna hükmüne göre, devredilecek alacak hakkında bir yazılı borç tanınmasının bulunduğu ancak bu yazılı belgede devir yasağına yer verilmediği hallerde, eğer devralan bu yazılı borç tanımına güvenerek alacağı devralmışsa artık bu devralana karşı devir yasağı bulunduğu ileri sürülmesi mümkün değildir.

Söz konusu istisna hükmü, yazılı bir borç tanınması ile hukuki bir görünüş yaratan ve bu borç tanımında devir yasağına yer vermeyerek devir yasağı bulunmadığı hususunda devralan nezdinde haklı bir güven oluşturan alacaklı ve borçlunun yarattıkları yanıltıcı güvenin sonuçlarına katlanacakları anlamına gelmektedir⁵⁷⁴.

Hükmün uygulama alanı bulabilmesi için gereken ilk şart, yazılı bir borç tanınmasının varlığıdır. Bu yazılı borç tanınması, alacağı doğuran iki taraflı borçlandırıcı işlem şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi borçludan sadır olmak üzere tek taraflı bir borç tanınması olarak da tezahür edebilir⁵⁷⁵. Bu bakımdan önemli olan, ilgili borç tanımında borçlunun imzasının bulunmasıdır⁵⁷⁶. Bu belgenin içerik olarak alacağın varlığını ve devreden alacaklı konumunu ispatlamayı amaçlayan bir belge olması da şarttır⁵⁷⁷.

Görünüşe güvenin korunması bakımından ise hükmün kapsamına yalnızca yazılı bir belgenin sunulduğu haller girer. Bu anlamda, devralana yapılan sözlü

⁵⁷⁴ Benzer yönde bkz. **Erbayraktar**, N. 721; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 47.

⁵⁷⁵ **Bucher**, OR AT, s. 543; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 47. Belgenin mutlaka borçludan sadır olması gerektiği yönünde bkz. Bkz. **Uhlmann**, BGB §405, N. 2.; **Erbayraktar**, N. 729. Borçlandırıcı işlemin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması da mümkündür. Bkz. **Erbayraktar**, N. 729.

⁵⁷⁶ **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1706, 1727; **Erbayraktar**, N. 731. Belirtmek gerekir ki, TBK m. 183 f. 2 anlamında bir yazılı borç tanımından söz edebilmek için yasa da adi yazılı şekil için öngörülen şartların bu belgede mevcut olmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır. Bu bakımdan belgede borçlunun imzasının aranıp aranmayacağı hususu da tartışmanın kapsamına girmekte ve benimsenen görüşe göre bu soruya verilen yanıt değişmektedir. Kanımızca yazılı borç tanımında borçlunun imzasının bulunması gerekir ancak bu zorunluluğunun TBK m. 12 vd. aranan adi yazılı geçerlilik şeklinin gerekleriyle bir ilgisi yoktur. Borçlunun imzası, belgenin ondan sadır olduğunu ifade etmek ve devralan nezdinde gerekli güveni oluşturabilmek bakımından gerekir. Tüm bu tartışmalar ve benzer yöndeki görüş için bkz. **Erbayraktar**, N. 730 vd.

⁵⁷⁷ **Uhlmann**, BGB §405, N. 2; **Kieninger**, MüKo BGB §405, N.5. Dolayısıyla bu belgenin alacaklıya verilmiş olması da gereklidir. Bkz. **Erbayraktar**, N. 732; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 205.

açıklamaların yarattığı güvenin maddenin kapsamına girmesi söz konusu değildir⁵⁷⁸. Öte yandan, kıymetli evraklar da bu bağlamda belge olarak kabul edilir⁵⁷⁹. Ancak kıymetli evraklar bakımından ileri sürülebilecek defiler her kıymetli evrakın türüne göre özel olarak belirlenir. Bu nedenle devir yasağı def'i bakımından da öncelikle kıymetli evraka ilişkin özel hükümler dikkate alınmalıdır⁵⁸⁰.

TBK m. 183 f. 2 hükmünün uygulama alanı bulması ve borçlunun devir yasağı savunmasını ileri süremeyecek olması için devralanın ilgili yazılı borç tanımına güvenmesi ve bu belgeye istinaden alacağı devralmış olması şarttır⁵⁸¹. Bu bakımdan yazılı belgenin devralana ibrazı ve bu ibrazın en geç devir anında yapılmış olması şarttır. Devralanın ilk kez devirden sonra ilgili belgeyi görmesi veya incelemesi, hükmün uygulama alanı kapsamına girmez⁵⁸².

Doktrinde, yazılı borç tanımının devirden önce ibrazının da TBK m. 183 f. 2'nin uygulama alanına girmeyeceği ve ibrazın mutlaka devir anında yapılmış olmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir⁵⁸³. Zira bu durumda devir anına kadar ilgili senede devir anlaşması kaydı eklenmesi veya senedin kaybolması ihtimalleri söz konusudur. Bu kapsamda, gelecekteki alacakların devri (*Vorausabtretung*) bakımından da TBK m. 183 f. 2 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir. Zira devir anlaşması yapıldığı anda değil sonraki bir anda (alacağın doğduğu an) hüküm ve sonuçlarını doğuracağından bu durumda devir anlaşması anında yazılı borç tanınması ibraz edilse dahi TBK m. 183 f. 2'nin şartlarının gerçekleştiği kabul edilemez. Buradaki durum, yazılı borç tanımının devir anlaşmasından önce gösterilmesi ile aynı şekilde değerlendirilmelidir⁵⁸⁴.

Kanımızca bu görüşe şüpheyle yaklaşmak gerekir. Yazılı borç tanımının ibrazından sonra devir anlaşması anına kadar geçerli bir devir yasağı anlaşması yapılması ve bunun yazılı borç tanımına sonradan eklenerek işlenebilmesi

⁵⁷⁸ Ancak Alman hukukunda bu tür sözlü açıklamaların, hukuku görünüşe güven ve güven sorumluluğu kapsamında sorumluluk doğmasına neden olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Kieninger**, MüKo BGB §405, N.5

⁵⁷⁹ **Kieninger**, MüKo BGB §405, N.5.

⁵⁸⁰ **Kieninger**, MüKo BGB §405, N.5.

⁵⁸¹ **Uhlmann**, BGB §405, N. 3; **Kieninger**, MüKo BGB §405, N.1; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1727; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 183, N. 25; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 47; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 204.

⁵⁸² **Kieninger**, MüKo BGB §405, N. 7; **Erbayraktar**, N. 740.

⁵⁸³ **Erbayraktar**, N. 741. Belge sonradan değiştirilmediği sürece devir anlaşmasından önce yapılan incelemenin hükmün uygulama alanı kapsamında olacağı yönünde bkz. **Kieninger**, MüKo BGB §405, N. 7.

⁵⁸⁴ **Erbayraktar**, N. 742.

gerçekten de ihtimal dahilindedir. Ancak eğer senet devir anlaşması anından önce alacağı devralacak kişiye ibraz edilmişse ve bu senette herhangi bir devir yasağı yer almıyorsa artık müstakbel devralan nezdinde haklı bir güven oluşturulduğu kabul edilmelidir⁵⁸⁵. Böyle bir senet müstakbel devralana ibraz edildikten sonra devir anlaşması yapılana kadar gerek yazılı borç tanınmasına sonradan ekleme yaparak gerek yazılı borç tanınmasına hiç yansıtmadan yapılan devir yasağı anlaşmasının artık devralana karşı ileri sürülememesi gerekir⁵⁸⁶. Gelecekteki alacakların devri bakımından ise eğer en geç devir anlaşması anında, henüz doğmamış alacağa ilişkin yazılı bir belge sunulması mümkün olmuşsa artık burada da devralan nezdinde yaratılan haklı güvenin korunması gerektiği ve bu bağlamda TBK m. 183 f. 2'nin uygulama alanı bulacağı kanaatini taşımaktayız.

Global alacak devirleri (*Globalzession*) bakımından da doktrinde TBK m. 183 f. 2 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir⁵⁸⁷. Zira bu durumda devralanın her bir alacak için herhangi bir yazılı borç tanınması incelemesi yapması, işin niteliği gereği olası değildir. Kanımızca da bu durumda devrin yazılı borç tanınmasına güvenerek yapıldığını söylemek mümkün olmadığından TBK m. 183 f. 2'nin şartlarının sağlandığından söz edilemez. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, eğer global devir aynı sözleşmeden doğan (veya kanımızca doğacak) alacakları kapsayacak şekilde yapılmış⁵⁸⁸, bu sözleşmede devir yasağına yer verilmemiş ve sözleşme devralana ibraz edilerek incelemesi sağlanmışsa artık TBK m. 183 f. 2'nin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁵⁸⁹.

Her ne kadar yasa hükmünde yer verilme de hükmün uygulama alanı bulabilmesi için devralanın iyi niyetli olması gerektiği de kabul edilmektedir⁵⁹⁰. Bu anlamda devralanın ilgili devir yasağını bilmemesi ya da bilebilecek durumda

⁵⁸⁵ Üstelik iyi niyet şartı bakımından da kanımızca burada devralanın devir yasağından şüphe etmesi gerektiği- somut olayda buna sebep olacak başka unsurlar bulunmadıkça- söylenemez.

⁵⁸⁶ Bu bakımdan şu durumu ayırık tutulması gerektiğini de ifade etmek gerekir: Eğer yazılı borç tanınmasının ibrazı, ibraz anında alacağı devralma niyetinde olmayan ancak sonradan alacağı devralmaya niyetlenen bir kimseye yapılmışsa bu durumda TBK m. 183 f. 2 uygulama alanı bulmaz. Zira bu durumda devralanın alacağı ilgili seneden güvenerek devraldığından söz edilemez.

⁵⁸⁷ **Erbayraktar**, N. 743.

⁵⁸⁸ Bunun pratikte global devir kavramıyla pek örtüşmediğini de belirtmek gerekir.

⁵⁸⁹ **Erbayraktar**, N. 743.

⁵⁹⁰ **Spirig**, ZK, Art. 164, N. 195; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 12; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 47. Bu bakımdan *Ozanemre-Yayla*, iyi niyet anlamında kullanılan “devir yasağını bilmemek ve bilmesi gerekmemek” şartının esasen yasağı içermeyen yazılı senede güvenme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili olduğunu ifade etmektedir. Bkz *Ozanemre-Yayla*, Alacağın Devri, s. 205.

olmaması gerekir. Burada iyi niyet, TMK m. 3 hükmüne göre saptanır⁵⁹¹. Devralanın devir yasağının varlığına dair şüpheye düşmesi gereken hallerde iyi niyetli olduğundan söz edilemez⁵⁹².

TBK m. 183 f. 2 hükmünün uygulama alanı bulduğu hallerde ortaya çıkan hukuki sonuç, temel olarak borçlunun devralana karşı devir yasağını ileri sürme imkanının ortadan kalkması ve devir anlaşmasının geçerli olmasıdır. Ancak özellikle zincirleme devirlerin (*Kettenzession*) söz konusu olduğu hallerde TBK m. 183 f. 2'nin (OR Art. 164/II) hukuki sonuçları doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe⁵⁹³ göre, alacaklı ile borçlu arasındaki devir yasağına rağmen alacağın devredilmesi ve devralanın TBK m. 183 f. 2 hükmünün tüm gereksinimlerini yerine getirerek alacağı kazanması halinde devralanın bu alacağı geçerli olarak bir başkasına devredebilmesi için bu yeni devralanın da devir yasağı hakkında bilgi sahibi olmak bakımından iyi niyetli olması şarttır⁵⁹⁴.

Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe⁵⁹⁵ göre ise, TBK m. 183 f. 2 hükmünün tüm gereksinimlerini gerçekleşip de alacak devralana geçtikten sonra bu devralanın alacağı başkaca kimselere devri bakımından yeni devralanın iyi niyeti aranmaz. Yeni devralan devir yasağını bilse de alacağı elde etmesine bir engel yoktur. Ancak ilk devralanın TBK m. 183 f. 2 hükmünün koşullarının sağlanmaması nedeniyle alacağı elde edemediği ancak buna rağmen alacağı bir başkasına devretmek üzere yeni devralan ile devir anlaşması yaptığı takdirde, yeni devralan kendisi bakımından TBK m. 183 f. 2 hükmündeki koşulların gerçekleşmesi şartıyla alacağı elde edebilir⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 12.

⁵⁹² **Erbayraktar**, N. 746.

⁵⁹³ **Huguenin**, N. 1362; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 12; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3431.

⁵⁹⁴ Bu görüşteki yazarlardan **Huguenin**, aksi halde sonraki kötü niyetli devralanın önceki iyi niyetli devralanın iyi niyetine dayanabilmesi anlamına gelir ve bu sonuç kabul edilemez. Bkz. **Huguenin**, N. 1362. **Reetz/Burri** ise bu durumda alacağın iyi niyetli ilk devralana da devir yasağı ile bağlı olarak aktarıldığı düşüncesine dayanmaktadır. Bkz. **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 12.

⁵⁹⁵ **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 27; **Berger**, N. 2105; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 58a; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 48.

⁵⁹⁶ **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 22; **Berger**, N. 2104; **von Tuhr**, Borçlar, s. 845; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183, N. 47.; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 206; Şahiniz, s.512. Bu bakımdan sonraki devralanın ilk devir belgesine değil devir yasağı içermeyen yazılı borç tanınmasına güvenerek alacağı devralması gerekeceği de unutulmamalıdır. Zira ilk devre ilişkin yazılı devir anlaşması borçlunun herhangi bir beyanını içermemektedir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise⁵⁹⁷, TBK m. 183 f. 2 hükmünün hukuki sonucu sözleşmesel devir yasağına rağmen yapılan devrin geçerli olması ve alacak üzerindeki devir yasağının ortadan kalkmasıdır. Dolayısıyla bu hükümden yararlanılarak tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesi ile devralan alacağı devir yasağından arınmış şekilde elde eder. Dolayısıyla bu devralan alacağı bir başkasına devretmek istediğinde artık yeni devralanın iyi niyetinin aranması söz konusu olmaz. Bu görüşe göre, hakkında sözleşmesel devir yasağı bulunan bir alacak devredilir ve TBK m. 183 f. 2 hükmünün şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle devralan alacağı kazanamamış olursa artık bu devralanın alacağı geçerli bir şekilde başkaca kimselere devretmesi mümkün değildir. Zira TBK m. 183 f. 2’de öngörülen tasarruf yetkisi eksikliğini giderici hal, bu eksikliğin devir yasağından kaynaklanması ile sınırlıdır. Oysa böyle bir durumda ilk devralanın tasarruf yetkisi eksikliği devir yasağından kaynaklanmamaktadır.

Kanımızca bu bakımdan son görüşün vardığı sonuç makul gözükmektedir. Zira bu görüş ilk devralanın hem alacağı kazandığı hem de kazanamadığı haller bakımından tutarlı bir yaklaşım benimsemektedir ve her iki durum bakımından gerekçeleri de oldukça yerindedir.

C. Devrin Konusu

1.Genel Olarak

Devre konu edilebilecek alacaklar söz konusu olduğunda, kural, alacağın devredilebilirliği; istisna, devredilemezliktir. Bu anlamda, kural olarak, her türlü hukuki ilişkiden doğan alacakların devri mümkündür⁵⁹⁸. Gerek sözleşmeden gerek haksız fiilden, kanundan veya sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar kural olarak devredilebilirdir. Yine alacağın kökenin aile veya miras hukuku olması da mümkündür.

Alacağın teminat amacıyla devredildiği hallerde, alacak rehninde olduğu gibi, parasal değeri bulunan bir alacağın devri zorunludur⁵⁹⁹. Öte yandan, teminat amaçlı

⁵⁹⁷ Erbayraktar, N.750 vd.

⁵⁹⁸ Bucher, OR AT, s. 539; Girsberger/Hermann, BSK OR I, Art. 164, N. 5; Schaufelberger/Keller, OFK OR Art. 164, N.2; Becker, BK OR, Art. 164, N. 24; Reetz/Burri, CHK OR, Art. 164, N. 6; Lardelli, KUKO OR, Art. 164, N. 3; Huguenin, N. 1351; Furrer/Müller-Chen, § 23, N. 28; Kramer/Probst, K. 26, N. 553; Gauch/Schluep/Emmenegger, Band II, N. 3422; Schwenger, N. 90.19; Berger, N. 2092; Guhl, § 34, N. 16; Oğuzman/Öz, Cilt II, N. 1662.

⁵⁹⁹ Oktay-Özdemir, Teminat, s. 275;

olsun veya olmasın, bir alacağın kural olarak o alacağın borçlusuna devri alacağın sona ermesine neden olacağından (alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi) mümkün değildir⁶⁰⁰. Ancak kıymetli evraka bağlanmış alacaklar bakımından alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olmadığından kıymetli evraka bağlı alacaklarda borçlunun borçlusu olduğu alacağı devralması mümkün görülmektedir⁶⁰¹.

Bir alacağın tamamı yerine bir kısmının devredilmesi de mümkündür. Doğaldır ki, bunun için alacağın bölünebilir olması şarttır⁶⁰². Alacak üzerinde birden fazla kimsenin müteselsil alacaklı konumunda bulunduğu hallede de alacağın devri mümkündür. Bu durumda alacağın alacaklılardan yalnızca biri tarafından devredilmesine bir engel yoktur. Ancak bu durumda devralan tek başına değil; diğer alacaklılarla birlikte müteselsil alacaklı olur⁶⁰³. Alacağın tamamının devri için ise bütün müteselsil alacaklıların devri birlikte gerçekleştirmesi gerekir⁶⁰⁴.

Alacaklının daha önce üzerinde rehin kurduğu bir alacağın da devredilmesi mümkündür. Zira bu durumda alacağı devretmenin ne rehinli alacaklının ne de devredilen alacağın borçlusunun durumunda bir kötüleştirme yapmadığı düşünülmektedir⁶⁰⁵. Böyle bir alacağın devri, özellikle teminat amacıyla alacağın devri bakımından önem arz eder. Zira bu durumda teminatı hangi teminat alanın öncelikle paraya çevirme hakkına sahip olduğu tespit edilmelidir. Bu bakımdan, hangi amaçla devralmış olursa olsun, devralanın alacağı rehinle yüklü biçimde devraldığı kabul edileceğinden⁶⁰⁶ devralan rehinli alacaklının alacağı paraya çevirmesine katlanmak durumunda kalacaktır. Dolayısıyla, teminat amacıyla

⁶⁰⁰ **Oktay-Özdemir**, Teminat, 276; **Taşkın**, Mevduat, s. 41; **Reetz/Burri**, CHK OR Art. 164, N. 61. Ancak **Reetz/Burri**, böyle bir teminat amaçlı alacağın devrinde eğer devralanın teminatı (alacağı) devredene iade yükümlülüğüne yol açacak olay gerçekleşmişse (*Rückleistungsfall*) -teminat amacıyla alacağın devrine özgü olmak üzere- devredenin iade yükümlülüğünün bulunduğunu ve birleşme nedeniyle alacağın ortadan kalkmasının geciktirici koşula bağlı olarak gerçekleşeceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, bu görüş reddedilecek olursa, hiç değilse geri devir/iade olayının (*Rückleistungsfall*) gerçekleşmesinin ardından devreden devralandan alacağın yeniden tesisine yönelik bir irade açıklanmasında bulunmasını isteme hakkı olduğu kabul edilmelidir.

⁶⁰¹ **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 277.

⁶⁰² **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 12; **Huguenin**, N. 1352; **Bucher**, OR AT, s. 547; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3437; **Schwenzer**, N. 90.19. Bir alacağın bir kısmının devri bakımından kısmi devrin borçlu bakımından TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemelidir. Bkz. **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 12; **Huguenin**, N. 1352.

⁶⁰³ **Becker**, BK OR, Art. 164, N. 24; **Bucher**, OR AT, s. 570. Alman hukuku bakımından da benzer yönde bkz. **Kieninger**, Münchener Komm. BGB § 398, N. 28.

⁶⁰⁴ **Kieninger**, Münchener Komm. BGB § 398, N. 28; **Bucher**, OR AT, s. 570.

⁶⁰⁵ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 18.

⁶⁰⁶ Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 8.

devralan da ancak rehinli alacaklının tatmin edilmesinden sonra -eğer hala mümkünse- teminata başvurabilecektir.

Haczedilmiş alacaklar bakımından da alacağın haczinden sonra gerçekleşen bir alacağın devrinin kural olarak geçerli olduğu, zira haciz halinde alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kalkmadığı kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Ancak hacizli bir alacağın devri, haciz yolu ile takipte bulunan alacaklıların haklarını zedelediği oranda ve yalnızca hacizli alacaklılar tarafından ileri sürülebilecek biçimde nisbi bir geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır⁶⁰⁸. Esasen bu durum, hacizli taşınırılar üzerindeki tasarruflara ilişkin olan İİK m. 86 f. 3 hükmünde de ifade edilmiştir. Haczedilmiş bir alacağın devrini mümkün gören yazarlardan *Girsberger/Hermann*'a göre, hacizli alacağın devri ne borçlunun durumunu kötüleştirmekte ne de hacizli alacaklıların haklarını ortadan kaldırmaktadır⁶⁰⁹.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, hacizle birlikte alacaklının tasarruf yetkisi ortadan kalktığından haciz konulmuş bir alacağın devri geçersiz olacaktır⁶¹⁰. Bu görüşün bugün büyük ölçüde terk edildiğini ifade etmek gerekir⁶¹¹.

Kanımızca da bu görüşlerden ilkinin üstünlük tanımak gerekir. Böylece, eğer üzerinde haciz bulunan bir alacak devredilirse, devralan bu alacağı haciz ile kayıtlı olarak devralmış olacak ve alacağın paraya çevrilip de hacizli alacaklıların bundan tatmin edilmesine karşı gelemeyecektir. Hacizli alacaklılar tatmin edildikten sonra artan bir tutar olursa bu paraya çevrilen alacağın alacaklısı sıfatıyla devralana verilecektir⁶¹². Kanımızca gerek yasadaki aksi yönde bir sonuç çıkarılamaması gerek menfaatler dengesi bakımından bu sonuç uygun görünmektedir. Böylece rehinli alacaklar ile hacizli alacakların devri bakımından bir paralellik bulunduğu söylenebilir.

Devredenin iflası ile iflas masasına giren alacaklar için ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira iflas masasına giren alacak ve mallar üzerinde, hak sahibinin

⁶⁰⁷ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 8; **Bucher**, OR AT, s. 548 ve s. 548, dn. 51; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 18; **Yüksel-Orhun, Mercan**, "Haczin Tasarruf Yetkisine Etkisi", MÜHF- HAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, (Cevdet Yavuz' a Armağan), ss. 2079-2104, s. 2084.

⁶⁰⁸ **Becker**, BK OR Art. 164, N. 29; **Yüksel-Orhun**, Armağan, 2085.

⁶⁰⁹ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 18.

⁶¹⁰ **Eren**, Borçlar, N. 3841; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 224.

⁶¹¹ Bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 18.

⁶¹² Bkz. **Yüksel-Orhun**, Armağan, s. 2084, 2086.

tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Dolayısıyla bu alacakların devri, tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle geçersizdir⁶¹³. Ancak bu geçersizliğin yalnızca tasarrufta bulunan müflisin alacaklılarına karşı nisbi hükümsüzlük şeklinde tezahür edeceği ve iflas idaresinin onayı ile işlemin sağaltılabileceği kabul edilmektedir⁶¹⁴.

Son olarak alacağa ilişkin yasadan, işin niteliğinden veya sözleşmeden kaynaklanan bir devir yasağı halinde de alacak kural olarak devredilemez nitelikte olacaktır. Her bir devir yasağı halinde ortaya çıkan hukuki sonuçlara yukarıda yer verdiğimizden burada bu konuya tekrar değinmeyeceğiz.

2. Henüz Doğmamış (Gelecekteki) Alacaklar ve Global Devir Anlamında Alacak Birlikleri

Gelecekteki alacakların devri ile global devirler teorik olarak iki farklı hukuki sorun teşkil etmekte ancak uygulamada gelecekteki alacakların global devri en sık karşılaşılan devir türlerinden olduğundan bu durumda ortaya çıkan hukuki sorun çoğunlukla bir bütün olarak ele alınmakta ve doktrindeki görüşler de bu yönde şekillenmektedir. O nedenle, biz bu başlık altında her iki soruna ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşleri bir arada ele alacağız. Ardından her iki soruna ilişkin olarak da görüşümüzü ifade edip gelecekteki alacakların devri ile global devrin sonuçlarını ayrı ayrı inceleyeceğiz⁶¹⁵.

a. Tanım ve Devir Anlaşmasında Alacağın Bireyselleştirilmesi ile İlişkisi

Gelecekteki alacakların devri (*Vorausabtretung=Vorauszession*), en geniş anlamıyla, devir sırasında mevcut bulunmayan bir veya birden fazla alacağın devredilmesi anlamına gelmektedir. Gelecekteki (henüz doğmamış) alacaklar terimi, doktrinde dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda gelecekteki alacaklar, devir anlaşması anında henüz alacağı doğuran hukuki ilişkinin dahi mevcut olmadığı alacakları ifade etmektedir. Geniş anlamda gelecekteki alacaklar ise devir anlaşması yapıldığı esnada alacağı doğuran hukuki ilişki mevcut olmakla birlikte henüz devredilen alacağın doğmadığı alacakları ifade etmek üzere

⁶¹³ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 18; **Eren**, Borçlar, N. 3841; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 223; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 8

⁶¹⁴ **Becker**, BK OR Art.164, N. 29; **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 358-359.

⁶¹⁵ Çalışmamızın devamında ifade edileceği üzere, özellikle İsviçre doktrinde sorun alacağın belirliliği ve belirlenebilirliği unsurları ile bu unsurların hangi anda aranacağı meselesi üzerinden ele alındığından çalışmamızda bu incelemenin bir arada yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

kullanılmaktadır⁶¹⁶. Bunlar, genel itibariyle doğumu süreye⁶¹⁷ veya şarta bağlanmış alacaklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Global (toplu) devir (*Globalzession*) ise tek bir alacağın ya da belirlenmiş birden fazla alacağın devri yerine alacaklar tekil bir biçimde bireyselleştirilmeden yapılan, belirsiz ve çok sayıdaki alacağın tek bir hukuki işlemle devridir⁶¹⁸,⁶¹⁹. Bir borçluya ait olan tüm alacakların veya bir hukuki ilişkiden doğan alan alacakların devri gibi çeşitli şekillerde global devir yapılması mümkündür.

Global devirler ve henüz doğmamış alacakların devri bakımından doktrinde ve yargı kararlarında en çok üzerinde durulan husus, devir anlaşmasına konu edilen alacağın belirli veya belirlenebilir olması, başka bir deyişle alacağın bireyselleştirilmesidir. Bu bakımdan global devir başlı başına bireyselleştirmeye ilişkin sorunlar yaratmakla birlikte global devre henüz doğmamış alacakların konu edilmesi ile alacağın belirlenebilirliği de azaldığından bireyselleştirme sorunu başka bir boyut kazanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın devir anlaşmasında yeterince bireyselleştirilmiş olması, yalnızca global devirler ile henüz doğmamış alacakların devrinde değil, devir anında mevcut bulunan ve tekil olarak devredilen alacaklar bakımından da geçerlidir.

Yukarıda teminat anlaşması bakımından aranacak bireyselleştirmenin ne anlama geldiğini ve bunun kurulma ve geçerlilik bakımından hangi unsurlar ile ilişkilendirildiğini açıklamıştık. Alacağın devri de bir tasarruf işlemi olmakla birlikte sözleşme niteliğinde olduğundan, borçlandırıcı işleme benzer şekilde, bireyselleştirme ilk olarak tasarruf işleminin konusu üzerinde bir irade uyuşması olup olmadığı⁶²⁰ ve

⁶¹⁶ Kavramlar için bkz. **Hänseler**, s. 36 vd; **Hahnzog, Klaus**, Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, München, 1962, s. 20; **Eichel, Florian**, Künftige Forderungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, s. 347; **Kleyling**, s. 97-98; **Gümüş**, Borçlar, s. 1086; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 135; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 88; **Dalcı, Nurcihan**, "Müstakbel Alacakların Toptan Devri", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. I, Ankara, 2013, ss. 749-766, s. 752-753.

⁶¹⁷ Burada henüz doğmamış bir alacağı kast etmek üzere kullanılan "vadeye bağlı alacak" terimi, muacceliyeti değil doğumu bir süreye bağlanmış alacakları ifade etmektedir. Zira muacceliyeti süreye bağlanmış bir alacağın mevcut bir alacak olarak kabul edilmesi gerekir. Aynı yönde bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 134; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 88. Bu bakımdan kira bedeli gibi dönemsel edimleri örnek veren yazar için bkz. **Antalya, Gökhan**, "Gelecekteki Hakta Tasarruf" Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, ss. 545-548, s. 545.

⁶¹⁸ **Hänseler**, § 3, N. 2; **Wehrli**, s. 36; **Zobl**, SJZ, s. 350; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 40; **Spirig**, ZK OR Art. 164 N. 47; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 80.

⁶¹⁹ Bir görüşe göre global devir, hiçbir sınırlama yapılmaksızın gerçekleştirilen "doğmuş ve doğacak tüm alacakların devri" anlamına gelmektedir. Bkz. **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 14.

⁶²⁰ Bu bakımdan taraflar arasındaki bir borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik olduğu tespit edilen devir anlaşmasının borçlandırıcı işleme yollama yapmak suretiyle alacağı bireyselleştirdiği söylenebilir.

bu bağlamda irade beyanlarının ve sözleşmenin yorumu ile hangi alacağın devre konu edildiğinin tespiti ile ilişkilidir. Ancak buna ek olarak, devir anlaşması şekle tabi olduğundan, burada devre konu alacağın yeterince bireyselleştirilmiş bir biçimde şekle yansımış olması da zorunludur⁶²¹. Aksi takdirde şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik gündeme gelir⁶²².

Öte yandan, teminat anlaşmasından farklı olarak, kanımızca devir anlaşması bakımından TMK m. 23 f. 2 anlamında ekonomik özgürlüğü kısıtlayıcı bir borç altına girilip girilmediği araştırma konusu olmaz⁶²³. Zira devir anlaşması, bir borçlandırıcı işlemin ifasına ilişkindir; böyle bir durumda geçersizlik kendini borçlandırıcı işlem ayağında gösterecektir⁶²⁴.

Buraya kadarki tüm açıklamalarımız, özel olarak henüz doğmamış alacakları veya alacakların toptan devrini ilgilendirmemekte; tüm alacakların devrinde aranacak unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tüm bunlara ek olarak, henüz doğmamış alacakların devrinde ve alacaklar doğmuş olsun olmasın toptan devirlerde karşımıza çıkan ve tasarruf işlemi özelinde değerlendirilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, doktrinde güncel olarak tartışılmaya devam eden, eşya hukukuna ait belirlilik ilkesinin⁶²⁵ nispi haklara ilişkin bir tasarruf işlemi olan devir anlaşmasına da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu ilke gereği, her bir hak yalnızca bireysel olarak devredilir; kural olarak, eşya/hak birliği üzerindeki bir hakkın topyekün devri söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu ilkenin uygulanması

Ancak devir anlaşması şekle tabi olduğundan bu türden bir yollamanın ilgili unsurun şekle yansımısını ne ölçüde gerçekleştirdiği tartışmaya açıktır.

⁶²¹ **Özen**, İpotek, s. 651. Bu bakımdan şeklin belirlilik veya belirlenebilirlik ile ilişkisinin başka bir anlam ifade etmediği yönünde bkz. **Walter**, s.58.

⁶²² Tarafların kullandıkları “doğmuş ve doğacak bütün alacaklar” gibi hiçbir çerçeve çizilmeden; hiçbir hukuki ilişkiyle sınırlandırılmayan alacaklar bakımından sözleşmenin yorumu ile ulaşılabilecek daha dar kapsamlı bir sonucun şekle aykırılığa takılması ve bu nedenle geçersiz kabul edilmesi mümkündür. Bkz. **Özen**, İpotek, s. 655. Alacağın devrine ilişkin şekil zorunluluğunun amacı da göz önüne alındığında çoğu zaman bu sonuca varmak gerekeceği kabul edilmelidir. Zira buradaki şekil bakımından önemli olan, devredenin korunması değil; neyin devredildiğinin üçüncü kişilerce anlaşılabilmesinin sağlanmasıdır. Hal böyle olunca çoğu kapsayan şeklin azı da kapsayacağı yorumu, buradaki şeklin amacı ile bağdaşmaz. Bu sonucun ortaya çıkmasını engellemenin tek yolu, Alman hukukunda olduğu gibi Türk-İsviçre hukukunda da devrin şekle tabi olmadığını düzenlemektir.

⁶²³ Kişilik hakkı bağlamında yapılan bu incelemenin yalnızca borçlandırıcı işleme ilişkin olduğu yönünde bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3448; **Berger**, N. 2185; **Koller**, OR AT, 84.205; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 43; **Karabağ-Bulut**, s. 216-217. Aksi yönde bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 154, dn. 191 ve s. 165; **Vardar-Hamamcıoğlu**, s. 85.

⁶²⁴ Devir anlaşması sebebe bağlı kabul edilirse, şüphesiz bu durum tasarruf işleminin de geçersizliğine yol açacaktır. Ancak kanaatimizce devir anlaşması taraflar aksini geçerli bir şekilde kararlaştırmadıkları sürece sebepten soyuttur.

⁶²⁵ Buradaki belirlilik ifadesiyle kast edilen eşya hukukuna ait olan belirlilik ilkesidir (*Spezialitätprinzip*).

halinde global alacak devirlerinin geçerli olarak yapılamaması gerekir. Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken diğer husus ise henüz doğmamış bir hak üzerinde tasarruf işlemi yapılıp yapılamayacağı ve bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde bu tasarruf işleminin hangi teorik düzlemde ele alınacağıdır. Ancak bu iki durum yargı kararlarında ve İsviçre doktrinde genellikle bir arada ele alınmaktadır. Zira uygulamada, henüz doğmamış alacakların (kimi zaman doğmuş bazı alacaklarla birlikte) bütünsel devrine çok yaygın olarak rastlanmaktadır.

Aşağıda sırayla, bu konuda İsviçre hukukunda ve Türk hukukunda ileri sürülen görüşlere yer verilecek; ardından hem görüşlerin hem de konunun detaylı bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

b.Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

aa. İsviçre Hukukunda İleri Sürülen Görüşler

İsviçre hukukunda konu her ne kadar gelecekteki alacaklar özelinde tartışılmış olsa da esasen bu konudaki iki görüş de gelecekteki alacakların global devrine odaklanmaktadır. Biz de bu sebeple görüşleri bu şekilde aktaracak; değerlendirmelerimiz bölümünde gelecekteki alacaklar ile toplu devirler bakımından ayrı açıklamalarda da bulunacağız.

İsviçre doktrinde ileri sürülen ve azınlıkta kalan bir görüşe göre⁶²⁶, eşya hukukundaki belirlilik prensibi (*Spezialitäprinzip*) alacağın devri bakımından da uygulama alanı bulur. Zira bu görüşe göre, eşya hukukuna ait kamuya açıklık prensibi, alacağın devrinde de söz konusudur⁶²⁷ ve bu nedenle alacağın devrinde de *Spezialitäprinzip*’ten vazgeçilmemesi gerekir⁶²⁸. Ne de olsa *Spezialitäprinzip*, kamuya açıklık ilkesine hizmet eden ve dayanağını ondan olan bir ilkedir.

⁶²⁶ **Bucher**, OR AT, s.544; **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 289; **Berger**, N. 2187.

⁶²⁷ *Wiegand* bu bakımdan alacağın devrinde taşınırlarda olduğu gibi bir zilyetliğin devri veya buna benzer bir kurumdan söz edilemeyeceğini ifade etmekle birlikte teminat sözleşmeleri bakımından yasa koyucunun amacının şeffaflığın sağlanması olduğunu ve bu nedenle belirliliğin teminat amacıyla henüz doğmamış alacakların devrinde aranan bir kriter olması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 304-305, 308. Öte yandan, yazar hukuk politikası bakımından **Bucher**’in eşya hukukuna ait bu prensibi hukuk güvenliği ve açıklığın sağlanması gerekçeleriyle tüm tasarruf işlemlerine yaygınlaştırmasını hukuk politikası tercihi olarak doğru bulsa da teorik olarak böyle bir saptamadan söz edilemeyeceğini, belirlilik ilkesi ile tasarruf işlemlerinin konusu arasında böyle bir bağlantı kurulması yönünde bir zorunluluk bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 289, dn. 25.

⁶²⁸ **Bucher**, OR AT, s. 544, dn. 31; **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 289.

Bu görüş her ne kadar belirlilik ilkesinin (*Spezialit prinzip*) alacağın devri bakımından da söz konusu olduğunu ifade etse de henüz doğmamış bir alacağın devri bakımından temelde bir sakınca görmemektedir⁶²⁹. Bu bakımdan önemli olan, devir anlaşması yapıldığı anda alacağın belirli (ya da belirlenebilir) olması, eş deyişle, bu bireyselleştirmenin alacağın doğduğu anda değil devir anlaşması yapıldığı anda mevcut olmasıdır⁶³⁰. Ancak dikkat etmek gerekir ki, *Bucher* burada belirlenebilirlik ile belirlilik arasında bir fark göz etmediğini ifade etmekte⁶³¹ ve belirlenebilirlik ifadesini İsviçre Federal Mahkemesi'nin kullandığı ve çalışmamızın devamında yer vereceğimiz terminolojiden farklı bir biçimde kullanmaktadır. Yazar belirlenebilirlik ifadesini henüz doğmamış bir alacağın devir anlaşmasında hukuki ilişki, zaman aralığı vb. unsurlarla çerçevelenerek somutlaştırılması anlamında kullanmamaktadır. Yazara göre, henüz doğmamış bir alacak bakımından eğer alacağı doğuran hukuki ilişki mevcut ise gerekli belirlilik/belirlenebilirlik kriteri sağlanmış olmaktadır⁶³². İstisnaen alacağı doğuran hukuki ilişki devir anlaşması anında mevcut olmamasına rağmen borçlunun kimliğinin belirli olması ve alacağın miktarının ve doğuş anının yaklaşık olarak saptanabilir olması halinde de bu kriter yerine getirilmiş olur⁶³³. Bu bakımdan belirlilik ile belirlenebilirlik arasındaki fark, ilgili hususların yalnızca devir anlaşmasından çıkarılması ile devir anlaşmasına ek bazı unsurlara ihtiyaç duyulması bakımından kendini gösterir⁶³⁴.

Henüz doğmamış alacakların global devre konu edildiği hallerde ise *Wiegand*'a göre **devir anlaşması anında** alacağın yukarıdaki anlamıyla yeterince belirli veya belirlenebilir hale getirildiğinden söz edilemez. Bu nedenle bu tür alacak devirleri geçerli olarak kabul edilemez⁶³⁵. *Bucher*'e göre, devir anlaşması anında böyle bir unsurun sağlanmaması ve en erken alacağın doğduğu anda bunun sağlanabiliyor olması, ancak borçlandırıcı işlemler bakımından kabul edilebilir. Dolayısıyla İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaptığı tespitler de ancak borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşması bakımından geçerli olabilir⁶³⁶. Zira *Spezialit prinzip*, ferdileştirilmenin

⁶²⁹ **Bucher, Eugen**, "Zur Gültigkeit von Globalzessionen Urteilsanmerkung zu BGE 113 II 163", recht, 1989, ss. 12-21, s. 14; **Bucher**, OR AT, s. 544; **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 285-286.

⁶³⁰ **Bucher**, OR AT, s. 544

⁶³¹ Bkz. **Bucher**, Globalzession, s. 14. Benzer yönde bkz. **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 290.

⁶³² Bkz. **Bucher**, OR AT, s. 544, dn. 32. *Wiegand* ise mevcut bir hukuki ilişkiden söz etmemekte yalnızca devir anlaşmasında alacağın belirli olacak şekilde bireyselleştirilmesini aramaktadır. Bkz. **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 296.

⁶³³ **Bucher**, OR AT, s. 544, dn. 32.

⁶³⁴ Bkz. **Bucher**, Globalzession, s. 14, dn. 2.

⁶³⁵ **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 256.

⁶³⁶ **Bucher**, Globalzession, s. 15; **Bucher**, OR AT, s. 544.

tasarruf işlemi kurulduğu anda var olmasını; her bir hakkın ferden devrini zorunlu kılar.

Doktrinde ileri sürülen ağırlıklı görüş⁶³⁷ ise kaynağını İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarından⁶³⁸ almaktadır. Bu görüşe göre, Federal Mahkeme alacağın devrinde -eşya hukuku alanındaki tasarruf işlemlerinden farklı olarak- belirlilik ilkesinden vazgeçtiğini ve belirlenebilirliğin bu işlem bakımından yeterli olduğunu ifade etmiştir. Bu belirlenebilirliğin de tasarruf işlemi yapıldığı anda değil alacağın doğduğu anda sağlanması yeterli olup; önemli olan devir anlaşmasında alacağın doğduğu anda belirlenmesini (ve devre dahil olup olmadığını) sağlayan unsurların verilmiş olmasıdır⁶³⁹. Bu koşul sağlandığı müddetçe, henüz doğmamış alacakların devrinin de global devrin de önünde hiçbir engel yoktur. Bu bakımdan devir anlaşması yapıldığı anda devredilen alacağı doğuran hukuki ilişkinin mevcut olmaması halinde de geçerli bir devrin yapılması mümkündür⁶⁴⁰.

Üçüncü bir görüş olmamakla ve ağırlıklı görüşe katılmakla birlikte, bazı yazarlar bu durumu alacağın devir anlaşması anında yalnızca belirlenebilir olmasının ve alacağın doğumu ile belirlilik şartının sağlanmasının yeterli olduğu şeklinde ifade etmektedir⁶⁴¹. Bu yazarlara göre, Federal Mahkeme'nin kararı da bu şekilde anlaşılmalıdır ve bu bakımdan Mahkeme haklı görülmelidir.

⁶³⁷ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 36, N. 41; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 8; **Huguenin**, N. 1370; **Kleyling**, s. 102. Ayrıca bu yönde bkz. **Rohner, Max**, Die Sicherungsabtretung von Buchforderungen St. Gallen, 1937, s. 63. Alman hukuku bakımından da bu yönde bkz. **Kieninger**, MüKO, BGB §398, N. 78, N. 119; **Uhlmann**, BGB §398, N. 15. Türk hukuku bakımından aynı görüşte bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 142; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 82, 89; **Nomer, Haluk Nami**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002, s. 110; **Aral**, s. 115. Ayrıca konuyu Factoring ve manto devirler özelinde değerlendiren bir çalışma için bkz. **Kocaman**, Gelecekteki Alacaklar, s. 503 vd.

⁶³⁸ Bkz. BGE 113 II 163; BGE 112 II 435 (Swisslex).

⁶³⁹ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N.36 ; **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 164, N. 4; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3442; **Wehrli**, s. 55.

Belirtmek gerekir ki, modern hukuki işlem yaşamı ve güvenliği dikkate alınarak, alacağın devrini konu edinen pek çok *soft law* metinde de söz konusu görüş benimsenmiştir. PECCR Art. 11:101 (1)'de yer alan düzenlemenin de bu anlama geldiği yönünde bkz. **Kötz**, s. 507. Yine UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade bağlamında bu yönde bkz. **Akseli**, s. 48 vd. DCFR III-5:106 bağlamında bu yönde bkz. **Bar/Clive**, s. 1027.

⁶⁴⁰ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 36; **Spirig**, ZK OR, Art. 164, N. 39; **Ozanemre**, s. 142; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1935.

⁶⁴¹ **Schwenzer**, N. 90.28; **Furrer/Müller-Chen**, Kapitel 23, N. 41; **Dalci**, Müstakbel, s. 755, 758. Burada esasen *Spezialitätsprinzip*'in ihlal edilmediği, zira tasarruf etkisinin ortaya çıktığı (alacağın doğduğu) anda alacağın (belirlenebilir değil) belirli olduğu yönünde bkz. **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3445.

bb.Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler

Türk hukukunda doktrinde global temlikten çok, mevcut olmayan alacakların devrine odaklanılmış ve görüşler bu konuyla sınırlı olarak ileri sürülmüştür. Bu bakımdan, belirlilik veya belirlenebilirlik kriterinin dikkate alınmadığı ancak temel tartışma noktası olarak gelecekteki bir alacağın devir anında mevcut olan bir hukuki ilişkiye dayanıp dayanmamasının ele alındığı görülmektedir⁶⁴².

Doktrinde bir görüşe göre, devir anında mevcut olan bir hukuki ilişkiye dayansın veya dayanmasın henüz doğmamış bir alacak üzerinde tasarruf işlemi yapılmasına bir engel yoktur⁶⁴³. Diğer görüşe göre ise⁶⁴⁴, ancak devir anında mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan alacakların devri geçerlidir. Devir anında alacağı doğuran hukuki ilişki henüz kurulmamış olursa, o “potansiyel” alacak geçerli bir şekilde devredilemez. Oğuzman/Öz’e göre bunun dayanağı, beklenen hak kavramı ile ilişkilidir. Mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan gelecekteki alacakların devri bir beklenen hak (*Anwartschaftrecht*) devri olarak görülebilir. Ancak alacağı doğuran hukuki ilişki mevcut değilse artık böyle bir tasarruf işlemini beklenen hak kavramı ile de açıklamak mümkün olmaz ve böyle bir tasarruf işleminin varlığı kabul edilemez.

c. Doktrindeki Görüşlerin Eleştirisi ve Görüşümüz

Henüz doğmamış alacakların ve global devirlerin geçerli olup olmadığı veya hangi hallerde geçerli kabul edilebileceği sorunu, İsviçre hukukunda belirlilik/belirlenebilirlik meselesi üzerinden ele alınmaktadır. Ancak bu bakımdan kanımızca her iki görüş de çeşitli açılardan eleştiriye muhtaçtır. Özellikle sorunun gelecekteki alacakların global devrine özgü olarak ele alınması, gelecekteki bir alacağın tekil devri ile mevcut alacakların global devrine ilişkin soru işaretlerine neden olmaktadır.

⁶⁴² Yargıtay’ın bir kararında hiçbir ayırım yapmaksızın, henüz doğmamış bir alacağın devredilebileceğini ifade ettiği görülmektedir. Bkz. Yarg. 15. H.D. E. 2015/1583 K. 2015/2100 T. 21.04.2015 (Legalbank)

⁶⁴³ Eren/Dönmez, Şerh, m. 183, N. 27; Eren, Borçlar, N. 3862; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 249; von Tuhr, Borçlar, s. 846; Nomer, Beklenen Hak, s. 109. Bu bakımdan Nomer, eğer alacağı doğuran hukuki ilişki henüz mevcut değilse bu durumu beklenti kavramı ile açıklamanın mümkün olmadığını ve bu durumda öncelenmiş tasarruf işleminden söz etmek gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, öncelenmiş tasarruf işlemi söz konusu olduğundan tasarruf işleminin hakkın doğumu yasal şartına bağlı olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. Nomer, Beklenen Haklar, s. 109 vd.

⁶⁴⁴ Oğuzman/Öz, Cilt II, N. 1701; Öz, İstanbul Şerhi, m. 183, N. 17.

İsviçre doktrinde azınlıkta kalan görüş, tüm dayanağını *Spezialitäprinzip*’ten almaktadır. Ancak kanımızca bu ilke, ilgili görüşün vardığı sonuçları açıklamak bakımından uygun bir dayanak değildir. Zira bu ilke, tasarruf işleminin konusu olan hakkın mevcut ve bireyselleştirilmiş olmasını zorunlu kılar ve bu nedenle bir eşya veya hak birliğinin bir bütün halinde devri söz konusu olamaz⁶⁴⁵. Birliği oluşturan her bir hakkın –kural olarak- ayrı ayrı tasarruf işlemleri ile devredilmesi gerekir⁶⁴⁶. Bu ilkenin alacağın devri bakımından da uygulanacağının kabul edilmesi halinde, devre konu alacaklar ister mevcut ister gelecekteki alacaklar olsun global devrin bir kavram olarak en baştan reddedilmesi gerekir⁶⁴⁷. Bu bakımdan belirlilik ilkesine (*Spezialitäprinzip*) aykırılığı yaratan, alacağın henüz doğmamış olması değil doğmuş alacakların dahi bir bütün halinde tek bir tasarruf işlemi ile devrediliyor olmasıdır. Ancak alacağın devrinde de *Spezialitäprinzip*’ten vazgeçilmemesi gerektiğini savunan görüş mevcut alacakların global devri bakımından sessiz kalmakta ve global devir bakımından sorunu gelecekteki alacakların global devri üzerinden ele aldığından konuya belirliliğin aranacağı an üzerinden yaklaşmaktadır. Bu görüşün ancak alacağın doğumu anında *Spezialitäprinzip*’in gerektirdiği şekilde alacağın belirli hale geldiğini kabul ettiği de dikkate alınır, yazarların *Spezialitäprinzip*’e rağmen mevcut alacakların global devrinin geçerli kabul ettikleri sonucuna varmak gerekir.

Spezialitäprinzip’in henüz doğmamış haklar üzerindeki tasarruf işlemleri bakımından uygulanması ise, bunların bir bütün halinde global olarak devredilip devredilmediğinden bağımsız olarak, böyle bir işlemin kural olarak geçerli bir biçimde yapılamamasını gerektirir. Zira bu ilkenin uygulanmasının bir sonucu olarak, mevcut olmayan bir hak üzerinde tasarruf işlemi kurulamaması gerekir. Ancak bu ilkenin yumuşatılması amacıyla ortaya atılan beklenti ve beklenen hak kavramları veya öncelenmiş tasarruf işlemi olgusuna dayanılabildiği ölçüde mevcut olmayan bir hakkın devri mümkün görülebilir. Ancak ilgili görüşün bu kavramlara hiç değinmediği ve özellikle mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan gelecekteki alacakların devrinde temelde belirlilik bakımından bir sorun görmemektedir.

⁶⁴⁵ Aynı haklarda belirlilik prensibinin tüm yönleri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Acar, Faruk**, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, İstanbul, 2016, s. 145 vd.

⁶⁴⁶ Bkz. **Sirmen**, Eşya, s. 33; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 123a. Taşınır ve taşınmaz rehnine odaklanmakla birlikte rehin hukuku bakımından belirlilik ile ilgili ayrıca bkz. **Acar, Faruk**, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2017, N. 74 vd.

⁶⁴⁷ Benzer yönde bir eleştiri için bkz. **Koller**, OR AT, N. 84.203.

Kanımızca gelecekteki alacaklar, *Spezialit prinzip*’i ifade etmeyecek şekilde genel bir belirlilikten (*Bestimmtheit*) söz edildiği hallerde tasarruf işleminde yeterince belirlenmiş kabul edilebilir⁶⁴⁸. Ancak *Spezialit prinzip*’in tasarruf işleminde konu hakkın mevcudiyetini zorunlu kılmasının arkasında yatan neden, kamuyu açıklığı sağlayacak tasarruf işleminin onun mevcudiyetini zorunlu kılmasıdır⁶⁴⁹. Zira olmayan şeyin zilyetliğinin devri mümkün değildir. Dolayısıyla *Spezialit prinzip* anlamından belirlilikten anlaşılması gereken kanımızca mevcut hukuki ilişkiye dayanan gelecekteki alacaklar bakımından da sağlanmış sayılamaz⁶⁵⁰.

Öte yandan, kanımızca azınlık görüşünün kendi içindeki bu tutarsızlığı eşya hukukuna ve dolayısıyla aynı haklara ait bir ilke olan *Spezialit prinzip*’in nisbi haklara ilişkin tasarruf işlemlerini de kapsayacak şekilde tüm tasarruf işlemlerine özgü bir genel ilke katına çıkarılamayacağını ortaya koymaktadır⁶⁵¹. Bu ilke, doğrudan aynı haklara özgü kamuya açıklık ilkesinin bir sonucudur. Zira aynı haklarda kamuyu açıklığı sağlayacak olan tasarruf işlemi, hakkın mevcudiyetini zorunlu kılar. Ta ınırlara ilişkin hakların devrinin zilyetliğin devrini de gerektirmesi; ta ınmazlarda ise tapu sicilinin açıklığı ve kesinliğinin sağlanması

⁶⁴⁸ Eşya hukukuna ait olan belirlilik ilkesi (*Spezialit prinzip*) ile borçlar hukukuna ait olan belirlilik prensiplerinin (*Bestimmtheit*) her ikisi de hukuki işleme konu olan şeyin bireyselle tirilmesi amacına hizmet etse de farklı sebeplere dayandığı ve *Spezialit prinzip*’in, kamuya açıklığa ve aynı hakkın kime ait olduğunun açık olması gerekliliğine ve bu bağlamda yanlış bir hukuki görünüş yaratılmaması amaçlarına hizmet etmekte olduğu; oysa borçlar hukuku bağlamındaki bireyselle tirmenin borçlunun ifayı konusu ve alacaklı hakkında şüpheye düşmemesi amacına hizmet ettiği yönünde bkz. **Walter**, s. 56. Alacağın devri bakımından da borçlunun ifaya kime gerçekleştireceği konusunda şüpheye düşmemesi amacına hizmet ettiği yönünde bkz. **Walter**, s. 56.

⁶⁴⁹ *Spezialit prinzip*’in tamamen kamuya açıklıkla ilişkili olduğu ve bunun da alacağın devrinde bulunmadığı yönünde bkz. **H nseler**,   8, N. 22;   9, N. 15; **Aral**, s. 113; **Dalci**, Müstakbel, s. 758; **Altun, Abdurrahim**, “Gelecekteki Alacakların Devri”, s Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 2, 2019, ss. 160-183, s. 169-170. Bu bakımdan kanımızca *Wiegand*’ın teminat işlemleri bakımından yaptığı kamuya açıklık çıkarımını da katılma imkanı yoktur. Bu çıkarımın gerçekten söz konusu olabilmesi için Avusturya hukukunda olduğu gibi teminat amaçıyla alacağın devrinde “*Buchforderung*” niteliğindeki alacaklar için öngörüldüğü şekilde bir tescil (“*Buchvermerk*”) zorunluluğunun söz konusu olması gerekir.

Avusturya hukukunda teminat amaçıyla alacak devrindeki bu zorunluluk için bkz. **Bollenberger, Raimund**, “*Sicherungszession durch Buchvermerk und künftige Forderungen*”, FS für Gert Iro zum 65. Geburtstag, Wien, 2013, ss. 289-305, s. 291 vd. **H nseler**, Avusturya hukukundaki bu zorunluluğun, alacak devrinde kamuya açıklığa hizmet ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **H nseler**,   9, N. 26;   13, N. 24.

⁶⁵⁰  svi re doktrinindeki azınlık görüşüne katılmamakla birlikte mevcut hukuki ilişkiye dayanan gelecekteki alacakların belirlilik ilkesini ihlal etmediği g r   , Nomer tarafından da benimsenmektedir. Bkz. **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 108. karıda ifade ettiğimiz gerekçelerle biz bu g r   e katılmıyoruz.

⁶⁵¹  svi re doktrinindeki azınlık görüşüne katılmasına rağmen bu yönde bkz. **Wiegand**, Kreditsicherung, s. 289, dn. 25.

zorunluluğu, belirlilik ilkesine duyulan ihtiyacı açıklamaktadır⁶⁵². Oysa cismani olmayan şeylerin devrinde tarafların devir hususunda anlaşmış olmalarından başka aranacak bir unsur yoktur. Alacağın devri gibi şahsi haklara ilişkin tasarruf işlemlerinde kamuya açıklık prensibi söz konusu olmadığı gibi alacağın devrini sağlayan tasarruf işlemi de adi yazılı bir sözleşmeden ibarettir. Bu durumda söz konusu ilkenin alacağın devri bakımından geçerli olmayacağını hak mevcut olmasa bile tasarruf işleminin gerçekleşmesine bir engel bulunmadığını kabul etmek gerekir. Tasarruf etkisi işlemde daha sonraki bir anda ortaya çıkacak olsa bile bu durum değişmez.

İsviçre doktrininde ileri sürülen çoğunluk görüşü ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararını dayanak olarak almakta ve Mahkeme'nin henüz doğmamış alacakların devri bakımından belirlilik ilkesinin (*Spezialitäprinzip*) uygulanmayacağını beyan ettiğini ve bu bakımdan belirlenebilirliği yeterli gördüğünü; ötesinde bunu da alacağın doğduğu aranacak bir unsur olarak kabul ettiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, Mahkeme, alacağın devri sözleşmesinde alacağın doğum anında “belirlenebilir” olmasını sağlayacak unsurların yer almasını yeterli görmektedir. Bu da İsviçre Federal Mahkemesi'nin alacağın devrinde *Spezialitäprinzip*'e yer olmadığını açıkça ifade ettiği ve bunun yerine “belirlenebilirliği” tercih ettiği anlamına gelmektedir.

Kanımızca bu görüş bakımından ele alınması gereken ilk sorun, *Spezialitäprinzip*'in bir ikamesi olarak “belirlenebilirlik” ifadesinden söz edilmesidir. Bu iki unsur, birbirinin ikamesi olarak görülemez. Federal Mahkeme kararında yer alan belirlenebilirlik kriteri, tüm hukuki işlemler bakımından aranan genel bireyselleştirme unsuruna karşılık gelmektedir⁶⁵³. Alacağın devri de sözleşme şeklinde tezahür eden bir tasarruf işlemi olduğundan bu sözleşmede alacağın belirlenebilir hale getirilmesinin aranması, tek başına *Spezialitäprinzip*'ten

⁶⁵² **Hahnzog**, s. 23. Benzer şekilde bkz. **Walter**, s. 57. Bu sebeple, aynı haklar üzerinde tasarruf işlemi ile tasarruf etkisinin aynı anda gerçekleşmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz.. **Hänseler**, s. 54, N. 31,32.

⁶⁵³ Federal Mahkeme'nin ve ona katılan ağırlıklı görüşün henüz doğmamış alacakların devri ve bütünsel devirlere ilişkin olarak belirlenebilirlik kavramına dair açıklamalarına bakıldığında, bunun özünde yalnızca doğmamış bir hakkın devre konu edilmesi veya bütünsel devir ile ilişkili olmadığı görülecektir. Zira Mahkeme'nin aradığı unsur, devre konu edilen alacağın bir esaslı unsur olarak yeterince bireyselleştirilmiş olması ve bunun da şekle yansımış olmasıdır. Bunun mevcut ve tekil alacak devirleri bakımından da geçerli olacağına şüphe yoktur. Dolayısıyla Mahkeme burada bir hukuki işlemin esaslı unsurunun bireyselleştirilip bireyselleştirilmediğine ilişkin saptamalarda bulunmaktadır. Bunun tüm hukuki işlemlerde sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve yorum yoluyla içeriğinin tespiti konularına ilişkin olduğuna yukarıda değinmiştik.

vazgeçildiği anlamına gelmez⁶⁵⁴. Federal Mahkeme, global devir kavramını kabul etmekle zaten alacağın devrinde *Spezialitäprinzip*'in uygulanmayacağını kabul etmiş olmaktadır.

Bu bakımdan, belirlenebilirliğin tasarruf etkisinin doğacağı ana (alacağın doğum anına) ötelenmesi de söz konusu değildir. Federal Mahkeme'nin de ifade ettiği üzere, devir sözleşmesinde alacağın yeterince bireyselleştirilmiş olması gelecekteki alacaklar bakımından da bir zorunluluktur. Ancak gelecekteki alacaklar söz konusu olduğunda, mevcut alacakların bireyselleştirmesi için aranan unsurların tamamı devir anlaşması anında bilinmiyor olabilir. Bu nedenle, bu tür alacakların bireyselleştirilmesi için devir anlaşmasında aranacak unsurlar, alacak doğduğu anda devir anlaşmasındaki bilgilere dayalı olarak kesin bir biçimde alacağın devre konu alacak olup olmadığının anlaşılmasını sağlayacak unsurlardan ibaret olacak ve bu düzeyde bir belirlenebilirlik yeterli görülecektir⁶⁵⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararında anlatılmak istenen, devir anlaşmasında çerçevesi çizilmiş bulunan gelecekteki alacaklar global devre konu edildiğinde, ancak her bir alacağın doğum anında bu global temlike konu alacakların neler olduğunun teker teker ortaya çıkabileceğidir⁶⁵⁶. Zira söz gelimi, devredenin X kişisi ile arasındaki belli bir hukuki ilişkiden doğacak tüm alacakların içine nelerin dahil olabileceği ancak zamanla ortaya çıkacaktır. Yoksa alacak doğumuyla “belirlenebilirlik” kazanmış değildir; zira doğmuş bir alacak artık belirli hale gelmiştir⁶⁵⁷. Dolayısıyla çoğunluk görüşünün ifade ettiğinin aksine alacağın doğumu anında belirlenebilir hale gelmesi söz konusu değildir.

Sonuç olarak, kanımızca İsviçre Federal Mahkemesi yerinde olarak henüz doğmamış alacakların devrini ve global devirleri mümkün kabul ederek en baştan alacağın devrinde *Spezialitäprinzip*'in uygulanmayacağını kabul etmiştir.

Ancak bu ilkenin uygulanmaması, alacağın devrinde tasarruf işlemi - borçlandırıcı işlem ayırımından vazgeçildiği sonucunun çıkarılmasına yol açmayacağı

⁶⁵⁴ Ayrıca Mahkeme'nin bu karardan alacağın devrinde borçlandırıcı işlem tasarruf işlemi ayırımından da vazgeçildiği sonucu da çıkarılamaz. Bu yönde bkz. **Walter**, s. 58.

⁶⁵⁵ **Kleyling**, s. 102; **Eichel**, s. 372.

⁶⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Hänseler**, § 10, N. 14, 15; **Zobl**, SJZ, s. 352. Benzer yönde, Mahkeme'nin burada tasarruf işlemi ile tasarruf etkisinin aynı anda gerçekleşmeyebileceğini ortaya koyduğu yönde ayrıca bkz. **Walter**, s. 58.

⁶⁵⁷ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3445; **Walter**, s. 59.

gibi devir anlaşmasının bir sözleşme olması itibariyle devir anlaşmasında alacağın belirlenebilir hale getirilmesinin aranması da doğal karşılanmalıdır. Bu unsurun aranması, *Spezialitätsprinzip*’e bir ikame getirildiği anlamı taşımaz.

Öte yandan Mahkeme belirlenebilirliği de tam anlamıyla alacağın doğum anına ötelemiş değildir. Devir anlaşmasında alacağın bireyselleştirilmesi, tüm alacaklarda olduğu gibi, gelecekteki alacaklar bakımından da bir zorunluluktur. Bu bireyselleştirme sağlandığı sürece, gelecekteki alacakların devri bakımından bu alacağın mevcut bir hukuki ilişkiye dayanıp dayanmadığı bir önem arz etmez ve iki durumda da bu alacaklar geçerli olarak devredilebilir. Ancak her durumda devir alacağın doğumuyla birlikte hüküm ifade eder. Başka bir deyişle, tasarruf etkisi ancak alacak doğduğu anda ortaya çıkar.

d. Henüz Doğmamış Alacakların Devrinin Hukuki Sonuçları

Henüz doğmamış alacakların devrinin mümkün olduğunu ve bu alacakların özellikle global devre konu edildiği hallerde devir anlaşmasında verilecek bireyselleştirme unsurlarının alacağın doğduğu anda devre konu alacaklardan olup olmadığını anlamaya yarayan unsurlardan ibaret olmasının yeterli olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Ancak böyle bir devir anlaşmasının geçerli bir şekilde yapılabilmesi, tasarruf etkisinin daha sonra (alacak doğduğu anda) meydana gelecek olması itibariyle bir teorik dayanağı olmaksızın kabul edilemez. Bu bakımdan, doktrinde Alman hukukunda ortaya atılan bir kavram olarak beklenti (veya beklenen hak) (*Anwartschaft; Anwartschaftsrecht*) teorisiyle ile öncelenmiş tasarruf işlemi (*Vorausverfügung*) teorilerinden hareket edildiği görülmektedir. Türk hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre⁶⁵⁸ ise, her durumda şarta bağlı tasarruf işlemi görüşünden hareket etmek gerekir ve Türk hukuku bakımından beklenti veya beklenen hak kavramına ihtiyaç yoktur.

Henüz doğmamış bir alacak hakkının devri halinde ortaya çıkacak sonuçlar da bu teorilerden hangisine dayanıldığına bağlı olarak farklılık gösterecektir. O nedenle bu başlık altında ilk olarak ilgili teorilere kısaca yer verilecektir.

⁶⁵⁸ Nomer, Beklenen Haklar, s. 119.

Beklenti (veya beklenen hak) ⁶⁵⁹, mevcut olmayan bir hak üzerinde gerçekleşen tasarruf işlemlerini açıklamak bakımından kullanılan bir kavram olup henüz mevcut olmayan hakkın yerine hakkı devralanın bir beklentiye devraldığı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak bir beklenen haktan (veya beklentiden) söz edebilmek için o alacağın mevcut bir hukuki ilişkiye dayanması şarttır. Dolayısıyla dar anlamda gelecekteki alacaklar, beklenen hak (veya beklenti) teorisi ile açıklanamaz⁶⁶⁰. Beklenen hakkın söz konusu olduğu (alacağı doğuran hukuki ilişkinin mevcut olduğu) hallerde, devir anlaşması ile birlikte beklenen hak devralana geçer⁶⁶¹ ve devreden beklenen hak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybeder. Dolayısıyla tasarruf etkisi anında ortaya çıkar; alacağın doğduğu ana ötelenmiş olmaz. Her ne kadar alacağın kendisi ancak doğumuyla birlikte devralanın malvarlığında yerini alacak olsa da devralanın tasarruf yetkisini kaybetmesi ve devreden beklenen hakka sahip olması nedeniyle devralan alacak doğana kadarki süreçte bu beklenen hakka istinaden korunur. Ancak bu koruma, şarta bağlı tasarruf işlemlerinde ara tasarrufların hükümsüzlüğünü düzenleyen BGB § 161 (TBK m. 171 f. 3; OR 152 Abs. 3) hükmüne dayalı olarak gerçekleşmez. Zira ilgili hüküm, şarta bağlı devirlere ilişkindir; konusu şarta bağlı alacak olan devirlere değil. Devralanı koruyan, devir anlaşması ile devreden beklenen hak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiş olmasıdır. Zira bunun kabulü halinde, devreden beklemeye döneminde alacak üzerinde geçerli bir tasarrufta bulunmasına imkân yoktur⁶⁶².

Beklenen hakkı devralan kimse, alacak hakkının doğumu ile birlikte başka hiçbir işleme veya olguya gerek kalmaksızın alacak hakkının sahibi olur. Zira hakkın doğumuyla birlikte beklenen hak, tam hakka dönüşmüş olur ve doğrudan devralanın malvarlığında doğar⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Bu kavram, kökenini Alman hukukundan almaktadır. Alman hukukunda ve Türk-İsviçre hukukunda beklenti (*Anwartschaft*) ve beklenen hak (*Anwartschaftsrecht*) kavramları çoğu zaman aynı anlama gelecek şekilde, birbirleri yerine kullanılmaktadır. Ancak beklenen hakkın beklentiden daha güçlü bir durumu ifade ettiği ve bu ikisinin birbirine eş olmadığını düşünen yazarlar da mevcuttur. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 115. Yazarın da belirttiği gibi, bu ikisi arasındaki ayrım ne çok keskindir ne de herkes bakımından aynı şeyi ifade etmektedir. Bu nedenle bazı yazarlarının beklenti olarak nitelendirdiği bir durum, bir diğeri tarafından beklenen hak olarak ele alınmaktadır. Bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 113. **Nomer**, bu bakımdan beklenti terimini tercih etmekte; beklenen hakkı ise henüz doğmamış hakkı tanımlamak üzere kullanmaktadır. Bkz. **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 9 vd. Ayrıca beklentinin hukuki niteliği hakkındaki görüşlere ilişkin olarak geniş bilgi için bkz. **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 12 vd.

⁶⁶⁰ **Hahnzog**, s. 21; **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 110.

⁶⁶¹ **Hahnzog**, s. 21.

⁶⁶² **Becker**, BK OR Art. 1-183 OR, Art. 164, N.16.

⁶⁶³ **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 119.

Dar anlamda alacakların devrinde ise beklenen bir haktan (veya beklenti) söz etmek mümkün değildir⁶⁶⁴. Zira dar anlamda gelecekteki alacaklarda hakkın niteliğinin bir beklenen hak veya beklenti düzeyine dahi ulaşmadığı kabul edilir⁶⁶⁵. Bu hakların devri bakımından yine kökenini Alman hukukundan alan öncelenmiş tasarruf işlemi (*Vorausverfügung*)/öncelenmiş alacağın devri (*Vorausabtretung*) teorisine dayanılmaktadır. Buna göre, öncelenmiş tasarruf işlemlerinde tasarruf etkisi, tasarruf işlemi gerçekleştiği anda değil daha sonra (söz konusu hak doğduğu anda) ortaya çıkar⁶⁶⁶. Bu durumun tasarruf işleminin tanımında yer alan “doğrudan etki” unsuru ile bağdaşıp bağsaşmadığı, öncelenmiş tasarruf işlemi kavramına ilişkin en temel sorunlardan birini oluşturmaktadır. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca, doğrudan etki unsurundan zamansal olarak hemen gerçekleşecek bir etkiyi değil başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın hakkın bir başkasına geçmiş sayılacağını anlamak gerekir⁶⁶⁷.

Öte yandan, tasarruf işlemi gerçekleştiği anda devreden henüz doğmamış bir hak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı açıktır. Bu durumun tasarruf işleminin geçerliliğine etkisi de öncelenmiş tasarruf işlemleri konusundaki bir diğer tereddüttür. Bu bakımdan Alman hukukunda, tasarruf yetkisi eksikliğinin sonradan giderilmesinin ilgili işlem üzerindeki sağaltıcı etkisine (*Konvaleszenz*) dair BGB § 185⁶⁶⁸ yol gösterici olmaktadır⁶⁶⁹. Tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesine ilişkin bu etkiyi Türk-İsviçre hukukunda kabul etmemek için de hiçbir gerekçe yoktur. Zira bu bağlamda olsun olmasın, tasarruf yetkisi eksikliğinin sonradan giderilebileceğini kabul eden bir görüşe Türk hukukunda da rastlanmaktadır.

⁶⁶⁴ Bu sebeple doktrinde bir görüş, bu alacakların geçerli bir biçimde devredilebileceğini kabul etmemektedir. Zira öncelenmiş tasarruf işlemi gibi bir kavramın tasarruf işleminin nitelikleri ile bağdaşmayacağı düşünülmektedir. Ancak kanımızca en azından alacağın devri bakımından bu doğru bir yaklaşım değildir.

⁶⁶⁵ **Hahnzog**, s. 22. *Ozanemre*, beklenti ve beklenen hakkı birbirinden ayırdığından dar anlamda gelecekteki alacaklarda beklentinin bulunduğunu hatta bazı durumlarda bir beklentiden dahi söz edilemeyeceğini; geniş anlamda gelecekteki alacaklarda beklenen hakkın bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Ozanemre-Yayla**, s. 135, dn. 103.

⁶⁶⁶ **Hahnzog**, s. 22; **Dalcı**, Müstakbel, s. 754.

⁶⁶⁷ Bkz. **Hahnzog**, s. 23; **Hänseler**, s. 52, N. 26; **Aral**, s. 116; **Dalcı**, Müstakbel, s. 760.

⁶⁶⁸ Alman hukukunda henüz doğmamış alacakların devri, BGB § 185’te düzenlenen sonradan kazanılan tasarruf yetkisinin sağaltıcı etkisiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda bkz. **Eichel**, s. 351 vd. Ancak yazar bu düşünceye katılmamakta ve ne BGB § 185’in ne de koşula bağlı tasarruf işlemlerine ilişkin BGB § 161’in doğmamış alacağın devrine bir hukuki zemin teşkil edebileceğini ileri sürmektedir. Öte yandan yazar, “*Vorausabtretung*” (öncelenmiş devir işlemi) ve “*Abtretung künftiger Forderungen*” (henüz doğmamış alacakların devrini) terimlerini eş anlamda kullanan doktrin ve yargı kararlarını da eleştirmektedir. Bkz. **Eichel**, s. 353-354.

⁶⁶⁹ **Hahnzog**, s. 24.

Türk hukukunda konuyu ele alan Nomer⁶⁷⁰ ise, beklenti veya beklenen hak (*Anwartschaft; Anwartschaftsrecht*) kavramına Türk-İsviçre hukukunda ihtiyaç bulunmadığını ve ister dar ister geniş anlamda gelecekteki alacak hakkı söz konusu olsun, tüm hallerde öncelenmiş tasarruf işlemi kavramına dayanılması gerektiğini ve bu durumda da şarta bağlı tasarruf işlemine ilişkin lehine tasarrufta bulunulana koruyan hükümlerin (TBK m. 171) uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir. Yazar bu durumun ileride açıklayacağımız doğrudan ve dolaylı geçiş tartışmasına gerek olmaksızın en uygun çözümü sunacağı kanaatindedir⁶⁷¹.

Öncelenmiş tasarruf işleminin söz konusu olduğu hallerde tasarruf işleminin yapılma anı ve tasarruf etkisi arasındaki zaman farkı, tasarruf etkisinin meydana gelmesi bakımından doktrinde iki temel teorinin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Bu konuda iki temel teoriden hareket edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki olan doğrudan geçiş teorisine göre⁶⁷² (*Unmittelbarkeitstheorie*), alacak doğduğu anda doğrudan devralanın malvarlığında vücut bulur. Devredenden devralana geçiş gibi bir durum söz konusu değildir. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe⁶⁷³ göre ise, alacak doğduğu anda bir an için bile olsa devreden malvarlığında doğar ve oradan devralanın malvarlığına geçtiği kabul edilir (*Durchgangstheorie*). Bu görüşlerin ortasında yer alan bazı görüşler ise, ortaya çıkan pratik sonuç farklılıklarının bir kısmında doğrudan geçiş bir kısmında dolaylı geçiş teorisi benimsenerek sonuca varılması gerektiği kanaatindedir. Örneğin; bunlardan birine göre (*modifizierte Unmittelbarkeitstheorie*⁶⁷⁴) alacak, doğrudan devralanın malvarlığında doğar ancak bunun için devreden alacağın doğduğu anda tasarruf yetkisine sahip olması şarttır. Dolayısıyla devir anlaşması yapıldıktan sonra ancak alacak doğmadan önce devreden iflas ederse artık alacak devralanın malvarlığına geçemez.

Türk hukukunda savunulan bir görüşe göre⁶⁷⁵ ise doğrudan geçiş teorisine üstünlük tanınmalı ancak İcra-İflas Kanunu'nun konkordato mühleti içinde doğan alacaklar bakımından getirdiği düzenleme dikkate alınmalıdır. İcra ve İflâs

⁶⁷⁰ Nomer, Beklenen Hak, s. 119 vd.

⁶⁷¹ Nomer, Beklenen Haklar, s. 113.

⁶⁷² Spirig, ZK OR, Art. 164, N. 41; Girsberger/Hermann, BSK OR I, Art. 164, N. 48; Huguenin, N.1370; Wehrli, s. 67 vd.

⁶⁷³ Berger, N. 2194; Koller, OR AT, N. 84.212; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1935; Kapancı, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 93; Berger, N. 2194. Dar anlamda gelecekteki alacaklar bakımından bu görüşte bkz. Dalcı, Müstakbel, s. 763.

⁶⁷⁴ Bu konuda bkz. Wehrli, s. 65 vd.

⁶⁷⁵ Ozanemre-Yayla, Alacağın Devri, s. 148, 149.

Kanunu'nun, 28.2.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun'un 22'nci maddesiyle değişik 294'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasına göre, henüz doğmamış bir alacak devredilir de bu alacak konkordato mühleti içinde doğarsa, devir geçersiz olur. Bu görüşe göre, İİK'nun ilgili düzenlemesi kanun koyucunun tüm durumlarda dolaylı geçiş teorisini benimsediği yönünde bir çıkarımda bulunulmasına gerekçe olamaz. Bu maddenin uygulama alanına girmeyen tüm hallerde doğrudan geçiş teorisi uygulanmalıdır.

Doğrudan ve dolaylı geçiş teorileri, pratikte vardıkları sonuçlar bakımından önem arz etmektedir⁶⁷⁶. Bu bakımdan temel sorun, devreden tasarruf yetkisini odağında toplanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, tartışmasız bir biçimde hukuki işlem ehliyetinin (öncelenmiş) devir anlaşması yapıldığı anda var olması gerekli ve yeterlidir. Bu bakımdan devir işlemi gerçekleştikten sonra ancak alacak doğmadan önce hukuki işlem ehliyetinin kaybedilmesi devrin geçerliliğine etki etmez⁶⁷⁷.

Doğrudan geçiş teorisine göre, devir gerçekleştikten ancak alacak doğmadan önce devreden iflası halinde devralan bu durumdan hiç etkilenmez⁶⁷⁸. Ne de olsa alacak devreden malvarlığında hiç doğmamış; doğrudan devralanın malvarlığında yer almıştır. Dolaylı geçiş teorisine göre ise, devreden iflası ile birlikte devreden tasarruf yetkisini kaybedeceğinden artık onun malvarlığında doğan alacak üzerindeki tasarruf yetkisi iflas masasına ait olacağından devralan alacağa hiçbir zaman kavuşamaz⁶⁷⁹. Ancak doktrinde bazı yazarlarca da⁶⁸⁰ haklı olarak belirtildiği üzere, böyle bir sonuç farklılığının kabulü mümkün değildir. Zira hangi görüş benimsenirse benimsensin, devreden devir anlaşmasından sonra ancak alacağın doğumu anından önceki iflası, devralanın alacağı hiç kazanamamasına yol açar⁶⁸¹. Bunun nedeni, her

⁶⁷⁶ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Wehrli**, s. 62 vd; **Hahnzog**, s. 59 vd.

⁶⁷⁷ **Berger**, N. 2191; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 156; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 94.

⁶⁷⁸ Bu görüşte bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 47, 48; **Rohner**, s. 65. Geniş anlamda gelecekteki alacaklar bakımından bu görüşte bkz. **Dalcı, Nurcihan**, "Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas" AÜHFD, Yıl 2014, Cilt: 63 Sayı: 2, ss. 285 – 308, s. 298. Teorinin bu sonucu yaratacağı yönünde bkz. **Huguenin**, N. 1374; **Furrer/Müller-Chen**, Kapitel 23, N.45; **Kocaman**, Gelecekteki Alacaklar, s. 501; **Turan-Fühner**, s. 350-351.

⁶⁷⁹ Bu görüşte bkz. **Berger**, N. 2194; **Reetz**, Diss., §10, N. 706. Dar anlamda gelecekteki alacaklar bakımından bu görüşte bkz. **Dalcı**, Müstakbel, s. 763; **Dalcı**, İflas, 299. Teorinin bu sonucu yaratacağı yönünde ayrıca bkz. **Huguenin**, N. 1373; **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N.45; **Kocaman**, Gelecekteki Alacaklar, s. 501.

⁶⁸⁰ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3439; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 92; **Koller**, OR AT, 84.208, 84.212; **Aral**, s. 133. Benzer yönde bkz. **Bucher, Eugen**, "Kreditsicherung durch Zession" Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Stämpfli, ss. 9-24, s. 20.

⁶⁸¹ Sonuç bakımından bu yönde bkz. BGE 111 III 73, (Swisslex).

iki görüşe göre de tasarruf etkisinin gerçekleştiği anın alacağın doğum anı olması ve bu anda devredenin tasarruf yetkisine sahip olmasının zorunlu olmasıdır⁶⁸².

Yine tasarruf yetkisi bağlamındaki bir diğer sonuç farklılığı da devir anlaşmasının ardından ancak alacak doğmadan önce devredenin alacağı ikinci kez bir devir işlemine konu etmesi veya alacak üzerinde rehin hakkı kurması gibi sonraki tasarruflara ilişkindir. Doktrinde, doğrudan geçiş teorisi bağlamında böyle ikinci devrin ve sonradan kurulan rehnin hüküm ifade etmeyeceği oysa dolaylı geçiş teorisi bakımından alacak bir an için bile olsa devredenin malvarlığında doğacağından sonradan yapılan bu tasarrufların geçerli olacağını belirten yazarlar bulunmaktadır⁶⁸³. Ancak doktrinde çoğunluk görüşü⁶⁸⁴, bu türden sonraki tasarruflar bakımından her iki görüşün de aynı sonuca yol açacağı kanaatindedir. Bu bakımdan, doğrudan geçiş teorisi gereği, alacak artık devredenin malvarlığında hiç doğmayacak; dolaylı geçiş teorisi benimsendiğinde ise tasarruf işlemlerinde zamansal öncelik prensibi (*Prinzip der zeitlichen Priorität*) devreye girecek⁶⁸⁵ ve böylece ikinci devir (veya rehin gibi başkaca tasarruflar) hükümsüz olacaktır⁶⁸⁶.

Devredenin ara dönemdeki tasarruflarına ilişkin olarak bir diğer sorun da devir anlaşmasının yapılmasından sonra ancak alacak doğmadan önceki dönemde devredenin alacaklarının alacak hakkı bakımından haciz işlemi gerçekleştirmeleri ihtimalidir. Devredenin alacağı ikinci kez devretmesi veya alacak üzerinde rehin

⁶⁸² **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3439; **Koller**, OR AT, N. 84.208; **Oberlin**, s. 158; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 93; **Bucher**, Kreditsicherung, s. 20. Alman Hukuku bakımından henüz doğmamış bir alacağın devredilmesi ve alacak doğmadan önce devredenin iflası halinde devrin hükümsüz olacağı ancak bu bakımdan şarta bağlı alacakların devrinin istisna teşkil ettiği ve bunların iflastan etkilenmeyeceği yönünde bkz. **Schanbacher**, §28, N. 17. Ancak kanımızca şarta bağlı alacağın devri de bu anlamda farklı bir sonuca varmayı gerektirmez. Bu bakımdan farklılığı yaratabilecek şey, devir anlaşmasının şarta bağlı yapılmış olmasıdır; alacağın şarta bağlı olması değildir.

Yine Alman hukukunda bu sorunun, doğrudan ve dolaylı geçiş teorileri ile çözülemeyeceği; menfaatler dengesinin gözetilmesi gerektiği ve bu bakımdan alacağın iflas masasına dahil olduğunun kabul edilmesinin en uygun çözüm olacağı yönünde ayrıca bkz. **Reinicke/Tiedtke**, N. 798

⁶⁸³ Bu bakımdan doğrudan geçiş teorisi görüşünde bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 47, 48; Dolaylı geçiş ve zamansal öncelik prensibi görüşünde bkz. **Berger**, N. 2190, 2194.

⁶⁸⁴ **Hahnzog**, s. 64, 70; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 156; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 92.

⁶⁸⁵ Zamansal öncelik prensibine dayalı olarak bkz. **Bucher**, OR AT, s. 546; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3440; **Schwenzer**, N. 90.34; **Furrer/Müller-Chen**, Kapitel 23, N. 47; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 10; **Wehrli**, s. 71; **Rohner**, s. 66. Alman hukukunda birden fazla öncelenmiş alacağın devri işlemi bakımından bu yönde bkz. **Schanbacher**, §28, N. 25.

⁶⁸⁶ Dolaylı geçiş teorisi benimsendiğinde de devredenin öncelenmiş tasarruf işlemi anında tasarruf yetkisini kaybedeceği ve bu sebeple sonraki tasarrufların geçersiz kabul edileceği yönünde bkz. **Hahnzog**, s. 64. Kanımızca henüz kazanılmamış bir tasarruf yetkisinin öncelenmiş devir işlemi anında kaybı söz konusu değildir. Buradaki dayanak, yukarıda da açıklandığı üzere, tasarruf işlemlerindeki öncelik prensibinin kıyasen uygulanması ile ilişkilidir.

kurması hallerinde olduğu gibi burada da böyle bir haczin geçersiz olacağı kabul edilmektedir⁶⁸⁷. Ancak bu alacaklıların şartları mevcutsa tasarrufun iptali davası (*paulanische Anfechtung*) açma hakkı saklı kalır⁶⁸⁸.

Henüz doğmamış alacakların devri bakımından öncelik hakları (*Vorzugsrechte*) ile bağlı hakların (*Nebenrechte*) devirle birlikte devralana geçişine ilişkin kuralın da ayrıca ele alınması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Buna göre, öncelik hakları alacak doğmadan doğmuş olamayacağı için bu hakların da alacak ile aynı anda devralana geçeceğinden şüphe duymamak gerekir⁶⁸⁹. Dolayısıyla bu hakların devralana geçişi, gelecekteki alacakların devri bakımından bir özellik arz etmez. Yan haklar bakımından ise bu hakların alacak hakkından önce de doğmuş olma ihtimali söz konusu olduğundan ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bakımdan, alacağın doğumundan önce var olanlar devirle birlikte alacağın doğumu geciktirici koşuluna bağlı olarak devralana geçer⁶⁹⁰. Bekleme süresi içinde devreden devralanın hakkı kazanmasını engelleyici hareketlerden kaçınmalıdır. Alacakla birlikte doğan yan haklar ise alacak gibi doğrudan devralanın malvarlığında doğar⁶⁹¹.

Gelecekteki alacaklara ilişkin ele alınması gereken bir sorun da devrin borçluya bildirim anı ve bu bildirimin sonuçlarına ilişkindir. Bu bakımdan *Wehrli*, alacağı doğuran hukuki ilişkinin mevcut olduğu geniş anlamdaki gelecekteki alacaklar (*künftige Forderungen im weiteren Sinne*) bakımından borçlu belirli olduğundan borçluya yapılacak bildirim anının bir özellik arz etmeyeceğini ancak dar anlamda gelecekteki alacakların bu bakımdan farklılaştığını ifade etmektedir⁶⁹². Buna göre, borçluya OR Art. 167 (TBK m. 186) anlamında yapılacak bir bildirim en erken alacağın doğumu anında yapılabilir⁶⁹³. Bu ana kadar borçlu belirli olsa bile yapılacak bir bildirim, yasada bildirime bağlanan sonuçları meydana getirmez.

⁶⁸⁷ **Furrer/Müller-Chen**, § 23, N. 46; **Guhl**, § 34, N. 22; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 92, dn. 328. Aksi yönde bkz. **Reetz**, Diss., §10, N. 703. Bu sonucu doğru bulmamakla birlikte doğrudan geçiş teorisinin bu sonuca yol açacağı yönünde bkz. **Berger**, N. 2194.

⁶⁸⁸ **Guhl**, §34, N. 22.

⁶⁸⁹ **Wehrli**, s. 70. *Wehrli*, doğrudan geçiş teorisi görüşüne katıldığından bu hakların da alacak hakkının kendisi gibi doğrudan devralanın malvarlığında yer alacağını ifade etmektedir.

⁶⁹⁰ **Wehrli**, s. 70-71.

⁶⁹¹ **Wehrli**, s. 71.

⁶⁹² **Wehrli**, s.71.

⁶⁹³ **Wehrli**, s.72. Böyle bir bildirimin pratik sebeplerle mümkün olmayabileceği yönünde bkz. **Becker**, BK OR, Art. 164, N. 20. Dar ve geniş anlamda gelecekteki alacaklar ayrımı yapmaksızın bu yönde bkz. **Bucher**, OR AT, s. 546.

Doğrudan ve dolaylı geçiş teorilerinin sonuçlarına ilişkin son olarak, doktrinde bir görüş doğrudan geçiş teorisi benimsendiği takdirde borçlunun devredene karşı sahip olduğu savunmaların devralana karşı ileri sürülmesi imkanının ortadan kalkacağını ileri sürmektedir⁶⁹⁴. Ne de olsa alacak devreden malvarlığında hiç doğmayacak ve bu savunma sebepleri hiç elde edilememiş olacaktır. Ancak doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, hangi teori benimsenirse benimsensin borçlunun savunmalarından mahrum kalmayacağını kabul etmektedir⁶⁹⁵. Zira her durumda bu savunmalar, borçlu ile devreden arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, devrin borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesi de burada dikkate alınmalıdır⁶⁹⁶.

Önemle vurgulamak gerekir ki, doğrudan ve dolaylı geçiş teorisi ile bu teorilerin yaratabileceği sonuç farklılıkları, henüz doğmamış alacakların devrinde öncelenmiş tasarruf işlemi teorisinden hareket edildiği hallerde önem arz eder. Doktrinde bazı yazarlar⁶⁹⁷ henüz doğmamış alacakların tümü bakımından, mevcut bir hukuki ilişkiye dayanıp dayanma ayrımı yapmaksızın, öncelenmiş tasarruf işlemi teorisinden hareket etmekle birlikte yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan alacakların beklenen hak teorisiyle açıklanması da mümkündür. Bu teori gereği tasarruf etkisi tasarruf işleminin yapıldığı anda meydana geleceğinden tüm bu tartışmalar beklenen hak teorisi bakımından bir anlam ifade etmez.

Bunun yanında, Türk hukukunda *Nomer*⁶⁹⁸, hem dar hem geniş anlamda henüz doğmamış alacaklar bakımından şarta bağlı bir tasarruf işlemini kabul etmenin ve henüz doğmamış alacağın devrine dair sonuçların, kıyasen şarta bağlı tasarruf işlemlerine ait hükümlerden çıkarmak gerektiği kanaatindedir. Yazara göre, en temel sonuç, sonraki tasarruf işlemlerine TBK m. 171 f. 3 hükmünü uygulamaktır. Böylece

⁶⁹⁴ Bkz. **Berger**, N. 2194. Borçlunun savunmaları bakımından dolaylı geçiş teorisinin üstün tutulması gerektiği yönünde bkz. **Koller**, OR AT, N. 84. 212.

⁶⁹⁵ Aynı yönde bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 164, N. 49; **Schwenzer**, N.90.34; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N.92. Her ne kadar doğrudan geçiş teorisi bu sonucu yol açmaya elverişli gibi görünse de yasa koyucunun alacağı devrine ilişkin kuralları yalnızca mevcut alacaklar dikkate alarak düzenlediği dikkate alınır ve devrin borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinden hareket edilirse OR Art. 169 (TBK m. 188) hükmünün gelecekteki alacakların devrinde kıyasen uygulanmasıyla borçluya savunma imkanlarının tanınması gerektiği yönünde bkz. **Wehrli**, s. 74.

⁶⁹⁶ Gelecekteki alacakların devrinde borçlunun savunmaları hakkında ileride bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2 ve 3.

⁶⁹⁷ Bkz. **Spirig**, ZK OR, Art. 164, N. 40.

⁶⁹⁸ **Nomer**, Beklenen Haklar, s. 113, s. 119 vd.

ilk devir anlaşmasını bertaraf edici nitelikteki tüm tasarruflar koşulun gerçekleşmesiyle hükümsüz hale gelecektir. Dolayısıyla bu teorinin benimsenmesi halinde de doğrudan ve dolaylı geçiş tartışması yapmaya yer olmayacaktır.

e. Global Devrin Hukuki Sonuçları

Global devir çoğunlukla henüz doğmamış alacakları konu edindiğinden yukarıda gelecekteki alacaklar için yaptığımız açıklamalar, bu devirler bakımından da bu alacakları içerdiği ölçüde geçerli olacaktır. Bu bakımdan global devirlerin kendine özgü birtakım sonuçlar doğurduğu söylenemez.

Ancak bu devir türüne özgü olarak, devir anlaşması yapıldıktan sonra devredenin devralana düzenli aralıklarla borçlu listelerini (*Debitorenlisten*) göndermesi söz konusudur. Böyle bir gönderimin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Doktrinde, alacağın devrinde *Spezialitätprinzip*'in uygulanması gerektiğini ve bu nedenle Federal Mahkeme'nin⁶⁹⁹ devir anlaşması olarak kabul ettiği anlaşmasının ancak borçlandırıcı işlem olarak görülebileceğini savunan görüşe göre, bu listelerin gönderilmesi tasarruf işlemi yerine geçecek şekilde kullanılmalıdır⁷⁰⁰.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre⁷⁰¹ ise, bu gönderim ispat amacına hizmet eder ancak bu listelerin gönderilmemesi örtülü davranışla devir anlaşmasının ortadan kaldırıldığı anlamına gelebilir.

Doktrindeki bir başka görüşe göre⁷⁰² ise, borçlu listelerinin gönderilmesi banka için kontrol mekanizması niteliğinde olup düzenleyici bir özellik arz eder. Bu anlamda borçlu bakımından da sadece deklare etme amacı güder. Borçlu listelerinin gönderilmemesinin herhangi bir hukuki sonucu da söz konusu değildir.

⁶⁹⁹ BGE 113 II 163 ff, (Swisslex). Devredenin iflası üzerine iflasın açılması anına kadar doğan alacakların devralan bankanın malvarlığına geçip geçmediğine ilişkin bu uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesi devredenin iddiasına uygun olarak yalnızca gönderilmiş borçlu listelerinde alacakların devralanın malvarlığına geçtiğini kabul etmesine rağmen Federal Mahkeme, borçlu listelerinin gönderilmesinin böyle bir etkisi olamayacağını ifade ederek aksi yönde ve devralanın iddiası doğrultusunda karar vermiştir.

⁷⁰⁰ *Spezialitätprinzip*'in gerekliliklerini yerine getirmek üzere bu listelerle birlikte imzalı bir devir belgesinin tesliminin de zorunlu olmasıyla borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayrımının olması gerektiği gibi saptanabileceğini ifade etmektedir. **Bucher**, Globalzession, s. 19; **Bucher**, OR AT, s. 544, dn. 34.

⁷⁰¹ **Guhl**, §34, N. 21.

⁷⁰² **Zobl**, SJZ, s. 356; **Hänseler**, § 10, N. 32; **Oberlin**, s. 102; **Spirig**, ZK OR Art. 164, N. 48; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 153; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Giriş, N. 83; **Aral**, s.120.

Kanımızca da borçlu listelerinin gönderilmesi, ne tasarruf işlemi olarak görülebilir ne de listelerin uzun süre gönderilmemesi halinde devir anlaşmasının ortadan kaldırıldığı kabul edilebilir. Devreden tek taraflı bir biçimde böyle bir sonuca yol açması da zaten mümkün değildir. Son görüşün de ifade ettiği üzere, borçlu listelerinin gönderilmesi yalnızca düzenleyici bir özellik arz eder ve göndermemenin bu anlamda herhangi bir hukuki sonucu söz konusu değildir. Bu gönderimin devreden bakımından bir borç teşkil edip etmediği ise tarafların haklarına ve borçlarına ilişkin üçüncü bölümde ayrıca ele alınacaktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TARAFLARIN HAK ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Teminat amacıyla alacağın devrinden doğan hak ve yükümlülüklerin kaynağı, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, teminat (inanç) anlaşmasıdır. Teminat anlaşmasının dört temel unsuru içerdiği ve bunların alacağı devir yükümlülüğü doğuran anlaşma (*pactum de cedendo*); paraya çevirme anlaşması; teminat amacı (*Sicherungszweck*) üzerine yapılan anlaşma; paraya çevirme anlaşması (*Verwertungsabrede*) ve son olarak alacağın iadesi anlaşmasıdır (*Rückzessionsabrede*). Çalışmamızın bu bölümünde bu dört unsur/anlaşma ışığında tarafların hak ve yükümlülüklerini ele alacağız. Bu doğrultuda ilk olarak devreden hukuki konumu; ardından devralanın hukuki konumu ve son olarak tarafların olası bir iflasının teminat amacıyla alacağın devri bakımında yarattığı olası sonuçlar ele alınacaktır.

I. Devreden Hukuki Konumu

A. Alacağı Devretme Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Teminat amacıyla alacağın devrinde devreden teminat amacından bağımsız olan temel yükümlülüğü, alacağın devralana geçmesini sağlamaktır. Bu bakımdan devreden alacağın devralanın malvarlığına geçmesini sağlayan tasarruf işlemi olan devir anlaşmasını yapma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük *pactum de cedendo* anlaşmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar⁷⁰³ ve devreden bakımından bir asli borç niteliğindedir.

Teminat amacıyla alacağın devrinin bir inançlı işlem olduğundan ve devralanın bu bakımdan teminat amacından bağımsız olarak tam hak sahibi

⁷⁰³ Reetz, Diss., §2, N. 50.

olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Yine devir ile birlikte devredenin alacak üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen kaybedeceği de yukarıda açıklanmıştı. O nedenle bu başlık altında ilgili kısımlara yollama yapmakla yetiniyoruz.

2. Alacak ile Birlikte Devredilen Yan Haklar ile Öncelik Haklarının Belirlenmesi

Alacağın devri halinde, alacak ile birlikte alacağa bağlı bazı yan hakların (*Nebenrechte*) ve öncelik haklarının da (*Vorzugsrechte*) kendiliğinden devralana geçeceği TBK m. 189 f. 1(OR Art. 170/I) hükmünde açıkça ifade edilmektedir.

Yan haklar (*Nebenrechte*), kendileri de başlı başına bir hak olmakla birlikte alacak ile kader birliği bulunan hakları ifade etmekte ve maddi hukuka ilişkin bulunmaktadır⁷⁰⁴. Yan hakların başında, alacağa ilişkin fer'i teminatlar (kefalet, rehin gibi) gelmektedir. Bu bakımdan teminat amacıyla yapılan bir alacağın devrinde alacağa bağlı bulunan teminatlar, devralan bakımından ek bir teminat olma özelliği gösterecektir⁷⁰⁵. Yine işlememiş faiz alacakları da bu kapsamda kabul edilmektedir. İşlemiş faiz alacakları ise TBK m. 189 f. 2'nin konusunu oluşturmaktadır⁷⁰⁶.

Bu bakımdan, teminat amacıyla alacağın devrinde, alacak rehnine ilişkin faiz ve kar payı gibi dönemsel getirilerin rehinli alacaklıya geçişini düzenleyen TMK m. 959 hükmünün uygulanmasına da yer yoktur⁷⁰⁷. Zira devir ile birlikte kendiliğinden devralana geçecek haklar TBK m. 189 hükmünde düzenlenmiştir. Devreden, (taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça), alacakla birlikte alacağa ilişkin faiz, kar payı gibi dönemsel getiriler üzerinde TBK m. 189 hükmü gereği hak sahibi olur. Devreden, alacağın tahsili bakımından göstermesi gereken özeni, bu tür getirilerin tahsilinde de göstermek zorundadır⁷⁰⁸. Yine bu tür getirilerin teminat altına alınan alacaktan mahsup edilmesi gerektiği de kabul edilmektedir⁷⁰⁹.

⁷⁰⁴ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, N. 8; **Gümüş**, Borçlar, s. 1120.

⁷⁰⁵ Fer'i teminat olarak mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını (*Eigentumsvorbehalt*) örnek göstermekle birlikte bu yönde bkz. **Arpagus**, N. 1375. Ancak belirtmek gerekir ki, mülkiyeti saklı tutma anlaşması ile fer'i bir teminatın ortaya çıkıp çıkmadığı doktrinde tartışmalıdır. Tartışmaya ilişkin açıklamalar için bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, N. 12; **Baçoğlu, Başak**, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, İstanbul, 2019, s. 8-9.

⁷⁰⁶ **Schwenzer**, N. 90. 38; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3459; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, 13.

⁷⁰⁷ **Turan-Fühner**, s. 106.

⁷⁰⁸ **Bergmaier**, s. 188.

⁷⁰⁹ **Bergmaier**, s. 188.

Öncelik hakları (*Vorzugsrechte*) ise daha çok usul ve icra iflas hukukuna ilişkin olup⁷¹⁰ alacak ile var olan, ondan bağımsız herhangi bir varlığı olmayan hakları ifade etmektedir⁷¹¹. Bu bakımdan dava takip yetkisi, devirden önce başlatılmış bir icra takibinin kaldığı aşamadan devam etmesi ve İİK m. 206'da düzenlenen ve alacaklının kişiliğine özgü olmayan rüçhan hakları⁷¹² devir ile birlikte kendiliğinden devralana geçecek öncelik hakları olarak kabul edilmektedir⁷¹³.

Doktrinde bu hükmün kapsamına hangi hakların girdiği ve tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile bu hükmün kapsamını değiştirip değiştiremeyecekleri veya hangi oranda değiştirebilecekleri tartışma konusudur. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre⁷¹⁴, TBK m. 189 f. 1 hükmünün kural olarak aksi kararlaştırılamaz. Yazar bu görüşünü, söz konusu hakların nitelikleri gereği devredilen alacak hakkından ayrılamayacaklarına dayandırmaktadır⁷¹⁵.

Doktrinde bizim de katıldığımız çoğunluk görüşe⁷¹⁶ göre ise, TBK m. 189 (OR Art. 170/I) emredici değil tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğindedir. Dolayısıyla taraflar bu hükümde öngörülenden daha azını veya daha fazlasını alacakla birlikte devralana bırakmak hususunda anlaşabilirler. Ancak şüphesiz ki, taraflar bu hükümde öngörülen hakların kapsamını daraltmak veya genişletmek bakımından belli sınırlar ile bağlı olacaktır. Devredenin kişiliğiyle ilgili bazı yan haklar alacakla birlikte devredilemeyeceği gibi alacak ile bağlantılı bazı yan haklar da devre dahil olmaktan istisna tutulamayacaktır⁷¹⁷.

Bucher'e göre, tarafların TBK m. 189 (OR Art. 170/I) hükmünün aksini kararlaştırmaları durumunda eğer bu anlaşma ile alacak ile birlikte devrolunan hakların kapsamını genişletmişlerse bu durumun devir anlaşmasının yazılı şekline

⁷¹⁰ Maddi hukuka ilişkin olan öncelik hakları da bulunmakla birlikte bu kategoride çoğunluğu usul ve icra ve iflas hukukunda kaynaklanan haklar oluşturmaktadır.

⁷¹¹ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, N. 8; **Gümüş**, Borçlar, s. 1121.

⁷¹² Devredenin kişiliğine özgü öncelik hakları bakımından açıklamalar için bkz. **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 189, N. 2,3; **Schwenzer**, N. 90.37.

⁷¹³ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, N. 14 vd.

⁷¹⁴ **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1734; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 189, N. 1.

⁷¹⁵ **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 189, N. 1.

⁷¹⁶ **Bucher**, OR AT, s. 570; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3458; **Schwenzer**, N. 90.36; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 70; **Koller**, OR AT, N. 84.95; **Huguenin**, N. 1383; **Girsberger/Hermann**, Art. 170, N.1; **Becker**, BK OR Art. 170, N.4; **von Tuhr**, Borçlar, s. 852; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, N. 1.

⁷¹⁷ **Koller**, OR AT, N. 84.95. Özellikle rehlin kapsam dışı tutulması bakımından bkz. **von Tuhr**, Borçlar, s. 852-853; **Hahnzog**, s. 93.

yansımış olması gerekir⁷¹⁸. Kanımızca eğer tarafların devrin kapsamına yasa tarafından öngörülenden başka hakları dahil etmeleri halinde bunun yazılı anlaşmanın kapsamında yer alması gerekli ve yeterli görülecekse, sadece kapsamın genişlediği hallerde değil daraltıldığı hallerde de bu durumun devir belgesinde yer alması, eş deyişle yazılı şekle yansımış olması, gerekir. Zira alacağın devri için öngörülen şekil zorunluluğu, devrin taraflarına değil üçüncü kişilerin korunması amacına hizmet etmektedir. Şeklin koruyucu amacının üçüncü kişileri gözettiği hallerde de kapsama yönelik yalnızca genişletmeler değil daraltmaların da öngörülen şekle uygun olarak yapılması gerekir⁷¹⁹.

Alacak ile birlikte yenilik doğuran hakların da hangi kapsamda ve hangi ölçüde devralana geçebileceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde çoğunluk görüşü⁷²⁰, yenilik doğuran hakları *devredilen alacak ile bağlı olanlar* ve *tamamen devredilen alacağı doğuran borç ilişkisinden kaynaklananlar* olmak üzere iki kategoriye ayırmaktadır. Buna göre, ilk gruptaki alacaklar TBK m. 189 f. 1 (OR Art. 170/I) gereği devredene geçmektedir. İkinci gruptaki alacakların ise bu kapsamda devredene geçmesi söz konusu olmadığı gibi tarafların aralarında ayrıca yapacakları bir anlaşma ile bu hakları devretmeleri de mümkün görülmemelidir.

Doktrindeki bir başka görüşe⁷²¹ göre ise, devredilen alacak ile birlikte kendiliğinden devralana geçecek yenilik doğuran haklar, her durumda uygulanacak bu türden soyut bir kural yerine her bir alacağın devri işleminde devrin amacı dikkate alınarak tespit edilmelidir. Örneğin; borçluya devrin bildirilmeyeceği kararlaştırılan sessiz (*stille*) teminat amaçlı alacak devirlerinde, alacakla doğrudan bağlantılı olmasına rağmen, borçluya ihtar gönderilmesi ve süre verilmesi gibi haklar devralanda kalmalıdır.

⁷¹⁸ **Bucher**, OR AT, s. 570.

⁷¹⁹ Bu kural her ne kadar sözleşmede sonradan yapılan değişiklikler için kabul edilmekteyse de kanımızca alacağın devrinde TBK m. 189 hükmüne aykırı düzenlemeler bakımından da uygulanması gerekir. Bu kural hakkında bkz. **Serozan**, Die Überwindung, s. 16.

⁷²⁰ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3461-3466; **Bucher**, OR AT, s. 571; **Huguenin**, N. 1384; **Reetz/Burri**, N. Art. 170, n. 10; **Spirig**, ZK, Art. 170, N. 48; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 13; **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul, 2021, §41, N. 20; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1741, 1742; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 189, N. 7, 9.; **Eren**, Borçlar, N. 3883; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, N. 23; **Gönen/Gönen**, s. 137.

⁷²¹ **Schwenzer**, N.90.39. Alacakla değil alacağı doğuran borç ilişkisine bağlı yenilik doğuran haklara özgü olmak üzere bu yönde bkz. **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1944. **Schwenzer**, OR Art. 170/I hükmünün kapsamına dahil olmayan diğer hakların kendi başlarına devri bakımından da çoğunluk görüşüne katılmamakta ve bunların kendi başlarına devrinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Schwenzer**, N. 90.21.

Doktrindeki bir diğer görüşe⁷²² göre, yenilik doğuran hakların devri TBK m. 189 f. 1 (OR Art m. 170/I) kapsamında yer almamaktadır. Bu hüküm yan haklar ve öncelik haklarını düzenlemektedir. Bu görüşe göre, alacakla doğrudan bağlantılı olan yenilik doğuran hakların devri bu hükümden bağımsız olarak ama kendiliğinden devralana geçer. Alacağı doğuran borç ilişkisi ile bağlantılı olan hakların ise tek başlarına devri zaten mümkün değildir; bunlar devredende kalmaya devam eder⁷²³.

Koller'e göre⁷²⁴ ise, yenilik doğuran hakların devri de OR Art. 170/I hükmünün kapsamına dahildir. Bu bakımdan hizmet ettiği amaç devredilen alacak ile ilgili olan tüm yenilik doğuran haklar da alacak ile birlikte kendiliğinden devralana geçer⁷²⁵. Bu kapsamın dışında kalan tamamen borç ilişkisi ile ilgili olan yenilik doğuran haklar ise her zaman ayrıca devredilebilir⁷²⁶.

Kanımızca bu bakımdan yenilik doğuran hakların da yan haklar kavramının geniş yorumlanması⁷²⁷ ile TBK m. 189 hükmünün kapsamına dahil olduğu kabul edilmelidir. Bu haklardan hangilerinin alacak ile birlikte kendiliğinden geçeceği hususunda ise hükmün emredici bir özellik arz etmediği de dikkate alınarak ve borçlunun ve üçüncü kişilerin korunması amacı da gözetilerek hukuk güvenliğinden yana taraf alınmalıdır. Ne de olsa tarafların açık veya örtülü olarak yapacakları bir anlaşma ile hangi hakları devre dahil ettiklerini belirleme imkanları söz konusudur. Bu bakımdan sözleşmenin yorumlanması aşamasında devrin amacının gözetilmesi de gerekecektir. Ancak tarafların herhangi bir belirleme yapmadıkları durumda borç ilişkisiyle değil yalnızca alacak ile ilgili olan yenilik doğuran hakların kendiliğinden devredene geçtiğinin kabul edilmesi gerekir.

⁷²² **Berger**, N. 2151; **Spirig**, ZK, Art. 170, N.4

⁷²³ **Berger**, N. 2093. Bu hakların devredende kaldığı ancak devredenin özellikle alacağın temelini etkileyen bu hakları kullanmak bakımından devralanın rızasına muhtaç olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. **Berger**, N. 2093; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3465; **Spirig**, ZK, Art. 170, N. 60.

⁷²⁴ **Koller**, OR AT, N. 84.33

⁷²⁵ *Koller*'e göre OR Art. 170/I hükmünün yorumu bakımından, bir yan hakkın geçişi ile devredenin dezavantajlı bir konumda bırakılmaması gerektiği prensibi takip edilmelidir. Bu bakımdan, eğer bir yan hakkın devri böyle bir sonuca yol açıyorsa, o yan hak devredilmiş sayılmamalıdır. **Koller**, OR AT, N. 84.94.

⁷²⁶ Bu bakımdan alacak ile birlikte kendiliğinden devralana geçmeyen hakların ayrıca devredilemeyeceği yönündeki görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 46 vd.

⁷²⁷ Bu konuda bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 189, N. 23.

B. Devredilen Alacağa İlişkin Alacak Senetlerini ve Diğer İspat Vasıtalarına İlişkin Belgeleri Devretme Yükümlülüğü

TBK m. 190 (OR Art. 170/II) hükmünde ifade edildiği üzere, devreden devredilen alacağa ilişkin (varsa) borç senedi (*Schuldschein; Schuldurkunde*) başta olmak üzere alacağın borçluya karşı ileri sürülebilmesi için gerekli tüm belgeleri devralana vermekle yükümlüdür. Borç senedi, tek taraflı irade beyanı şeklinde yazılı bir borç tanınması, tam veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme veya zayi belgeleri ve rehin, kefalet, temerrüt belgeleri gibi borcu gösteren diğer senetler olabilir⁷²⁸. Yine global devir halinde borçlu listelerinin gönderilmesi de bu kapsamda kabul edilmelidir⁷²⁹.

Bu yükümlülüğün kaynağı bakımından doktrinde bir görüş⁷³⁰, bu yükümlülüğün borçlandırıcı işlemde değil bizzat devir anlaşmasından (tasarruf işleminden) doğduğunu ileri sürmektedir. Oysa kanımızca üstün tutulması gereken aksi yöndeki görüşe göre, bu borcun kaynağı da diğer tüm borçlar gibi alacağın devri sözleşmesi (tasarruf işlemi) değil; borçlandırıcı işlemidir⁷³¹.

TBK m. 190 hükmünde düzenlenen belgelerin devralana devredilmesi yükümlülüğü, devreden bakımından bir yan edim yükümlülüğü niteliğindedir⁷³². Bu hükmün emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir⁷³³.

TBK m. 190 hükmünde borç senedinin devri, devir anlaşması bakımından bir geçerlilik şartı olarak değil devredene ait bir yan yükümlülük olarak düzenlenmiş olmasına rağmen doktrinde bir görüş⁷³⁴, teminat amacıyla alacağın devri söz konusu olduğunda alacak rehnine ilişkin TMK m. 955 f. 1 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ve bu nedenle borç senedinin devrinin devir anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir unsur olduğunu ifade etmektedir.

⁷²⁸ Turan-Fühner, s. 142

⁷²⁹ Bkz. Oktay-Özdemir, Teminat, s. 296; Aydınçık, s. 187, dn. 324.

⁷³⁰ Bergmaier, s. 187; Turan-Fühner, s. 142; Yüksel-Orhun, Teminat, s. 255; Aydınçık, s. 187; Oktay-Özdemir, Teminat, s. 296.

⁷³¹ Engin, Garanti, s. 41; Bucher, OR AT, s. 573; Spirig, ZK, OR Art. 170, N. 70.

⁷³² Engin, Garanti, s. 42.

⁷³³ Bucher, OR AT, s. 573.

⁷³⁴ Bergmaier, s. 152; Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 304. Zobl/Thunner, Syst. Teil, N. 1537, 1588; Yüksel-Orhun, Teminat, s. 255. Bu son yazar her ne kadar senetlerin devrinin devrin geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade etse de senetlerin devredilmemesi halinde devrin üçüncü kişilere karşı geçersiz olacağı görüşüne katıldığını da ifade etmektedir.

TMK m. 955 f. 1 (ZGB Art. 900/I) hükmüne göre, senede bağlı alacakların rehninde senedin teslimi rehnin kurulması bakımından yerine getirilmesi gereken kurucu nitelikli bir işlemdir. Bu hükmün teminat amacıyla alacağın devrine kıyasen uygulanması ile diğer alacağın devri türlerinde senetlerin teslimi devir bakımından kurucu bir nitelik arz etmezken teminat amacıyla alacağın devrinde senedin teslim edilmemesi, devrin (nisbi olarak) geçersiz olması sonucuna yol açacaktır. Bu görüşteki yazarlara göre, teminat amacıyla alacağın devrinde senetlerin teslimi bir kurucu unsur olarak kabul edilmeyecek olursa, TMK m. 766 hükmünde yasaklanan hükmen teslim yolu ile rehin kuralları dolanılarak teminat verilmiş olacaktır⁷³⁵. Bu bakımdan borç senetleri devredilmeden gerçekleştirilen teminat amacıyla alacağın devrinin geçersizliği de bu hükümden çıkan anlama göre belirlenecek ve devir üçüncü kişilere karşı geçersiz olacaktır.

Doktrindeki bir diğer görüş⁷³⁶ ise TMK m. 955 (ZGB Art. 900/I) hükmüne teminat amacıyla alacağın devri bakımından farklı bir anlam yüklemektedir. Yazara göre, TBK m. 190 (OR Art. 170/II) hükmü karşısında borç senetlerinin devri teminat amacıyla alacağın devri bakımından kurucu bir unsur olarak görülemez. Ne var ki, TMK m. 766 hükmünün koruduğu menfaatler teminat amacıyla alacağın devrinde de söz konusudur ve bu nedenle ilgili hükmün burada kıyasen uygulama alanı bulması gerekir. Bu kıyasen uygulamanın sonucu olarak, eğer (adi) senede bağlanmış bir alacak teminat amaçlı olarak devredilir ve alacak senedi devralana verilmeyip devredende kalırsa, devreden bu senedi iyi niyetli üçüncü kişilere sunması ve böylece onlar nezdinde alacaklı olduğuna dair bir hukuki görünüş⁷³⁷ yaratması halinde devir bu iyi niyetli üçüncü kişilere karşı geçersiz olacaktır⁷³⁸.

Kanımızca TMK m. 766 hükmünün teminat amacıyla alacağın devrinde kıyasen dahi olsa uygulanması söz konusu değildir. Zira bu hükmün uygulama alanı,

⁷³⁵ TMK m. 766 hükmünde öngörülen geçersizliğin türü, e.MK'dan farklı olarak tercih edilen ifade tarzı nedeniyle Türk hukuk doktrininde tartışmalıdır. Farklı görüşler için bkz. **Nomer/Ergüne**, N. 854 vd.; **Sirmen**, Eşya, s. 509; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 2612.

Eski MK döneminde nisbi etkisizlik yönünde ayrıca bkz. **Serozan**, TEMTEM, s. 996. Ayrıca hükmen teslimle teminat kurulması yasağının anlam ve amacı hakkında ayrıca bkz. **Serozan** TEMTEM, s. 994, vd.

⁷³⁶ **Reetz**, Diss, N. 306 vd.

⁷³⁷ Yazar hangi belgelerin bu hukuki görünüşü yaratmaya elverişli olduğunu ve birden fazla belge halinde meydana gelebilecek sonuçları da ele almaktadır. Bkz. **Reetz**, Diss., N. 311 vd.

⁷³⁸ **Reetz**, Diss., N. 310. Bu bakımdan **Reetz**'in görüşünü yukarıdaki görüşten ayıran unsur, onun geçersizliğin ileri sürülebileceği kişileri yalnızca borç senedi kendisine gösterilmiş ve buna istinaden devreden alacaklı olduğuna güvenmiş iyi niyetli kişiler ile sınırlamış olmasıdır. Oysa yukarıdaki görüş bakımından, TMK m. 766 hükmünün anlam ve amacından çıkarılan sonuca göre hangi görüş benimsenirse geçersizliğin ileri sürülebileceği kişiler daha geniş kapsamlı olacaktır.

kamuya açıklık prensibinin söz konusu olduğu halleri ilgilendirmekte ve bu prensibin aşılarda üçüncü kişiler nezdinde yanlış bir hukuki görünüş yaratılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁷³⁹. Oysa alacağın devrinde aynı haklardan farklı olarak kamuya açıklık prensibi söz konusu değildir. Bunun bir sonucu olarak, devrettiği alacağa ilişkin borç senetlerini elinde bulunduran devralanın bu senet ile iyi niyetli üçüncü kişilere hak kazandırması da mümkün değildir⁷⁴⁰. Devrin teminat amacına hizmet etmesi de bu sonucu değiştirmez. Zira bu durum devredilen şeyin konusunun alacak olmasından ve alacaklarda -maddi varlığı bulunan şeylerin aksine- kamuyu açıklığı sağlamaya elverişli bir araç bulunmamasından kaynaklanır⁷⁴¹. Bu bakımdan devredilen alacağa ilişkin borç senetlerinin de hukuki görünüş yaratmaya muktedir belgeler olduğundan söz edilemez⁷⁴². Zira alacakların senede bağlanma zorunluluğu söz konusu olmadığı gibi elinde borç senedi bulunduran devredenin üçüncü kişiler nezdinde alacaklı olduğu yönünde haklı bir hukuki görünüş yarattığı söylenemez.

Tüm bu nedenlerle, ne alacak rehni bakımından dahi kamuya açıklık ile ilişkisi şüpheli bulunan senetlerin teslimi zorunluluğunun⁷⁴³ teminat işlemlerinde kamuya açıklık ile ilişkilendirilerek kıyasen teminat amacıyla alacağın devrine uygulanması kabul edilebilir ne de devredenin devrettiği alacağa ilişkin borç senetleri ile iyi niyetli üçüncü kişilere hak kazandırması mümkün görülebilir.

Son olarak, *Kleyling* bir teminatın alacak rehni mi yoksa teminat amacıyla alacağın devri mi teşkil ettiği hususunda şüpheyne düşölmesi halinde de borç senetlerinin teslim edilmemiş olmasının tek başına bir gösterge olmadığını ifade etmektedir⁷⁴⁴. *Turan-Fühner* ise bu bakımdan bir karineden söz edilebileceğini ancak taraf iradelerinin yorumu aksi yönde bir sonuca varılmasının mümkün olduğunu

⁷³⁹ Bkz. **Serozan**, TEMTEM, s. 996.

⁷⁴⁰ Aynı yönde bkz. **Turan-Fühner**, s. 96. Bu bakımdan *Reetz*'in borç senetlerine güvenen iyi niyetli üçüncü kişilere karşı devrin geçersiz olacağı yönündeki görüşü, devredilen alacağın borçlusu bakımından da bir anlam ifade etmez. Zira o TBK m. 186 gereği devredene iyi niyetle gerçekleştireceği olası bir ifa karşısında zaten koruma altındadır. *Turan-Fühner*, *Reetz*'in bu görüşünün borçlunun TBK m. 186 hükmüne göre korunmasının şartlarını ağırlaştırarak onun ancak kendisine borç senetlerinin gösterilmesi halinde devredene yapacağı ifa ile borçtan kurtulmuş sayılmasına yol açacağını ifade etmektedir. Bkz. **Turan-Fühner**, s. 96.

⁷⁴¹ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu türden bir kamuya açıklık ancak Avusturya hukukunda öngörölldüğü üzere, teminat amacıyla alacağın devrinde devrin bir sicilde kaydedilmesi zorunluluğu ile belli ölçüde sağlanabilir.

⁷⁴² Aynı yönde bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 162; **Kleyling**, s.74. *Taşkın* bu bakımdan senede bağlı alacakların rehninde senetlerin tesliminin de kamuya açıklık ile ilişkilendirilmesinin tartışmaya açık olduğu kanaatindedir. Bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 160 vd.

⁷⁴³ Bkz. **Kleyling**, s. 73, 76. Yazar de lege feranda bir öneri olarak alacak rehni de senetlerin tesliminin kurucu bir unsur olmaktan çıkarılabileceği görüşündedir. Bkz. **Kleyling**, s. 76.

⁷⁴⁴ **Kleyling**, s. 87-88.

ifade etmektedir⁷⁴⁵. Kanımızca bu bakımdan bir karinenin varlığından söz etmek mümkün olmasa da bu durum somut olayın özelliklerine göre, alacak rehnine karşılık teminat amacıyla alacağın devrinden yana taraf alınmasında bir emare olarak kabul edilebilir.

C. Devredilen Alacağın Yönetimi ve Tahsili İçin Yapılan Masraf ve Giderlere Katlanma Yükümlülüğü

Devralan, alacağın yönetimiyle ilgili herhangi bir masraf veya gidere katlanması halinde bu masraf veya giderleri devredenden talep etmek hakkına sahiptir⁷⁴⁶. Şüphesiz ki, bu masrafların alacağın özenli yönetiminden doğmuş olması şarttır⁷⁴⁷.

Doktrinde alacağın tahsili için yapılan masrafların da bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmektedir⁷⁴⁸. Kanımızca bu bakımdan alacağın tahsili için yapılan masrafların teminat anlaşmasında teminat altına alınan asıl alacağın kapsamına alınıp alınmadığına dikkat edilmesi gerekir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, TMK m. 946 f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla bu masrafların teminat altına alınan alacağın kapsamına dahil olduğu kabul edilmektedir⁷⁴⁹. Bu durumda, ilgili masraflar kural olarak teminattan karşılanacak ve ancak teminatın bunları karşılamaya yeterli olmadığı hallerde devredene başvurulacaktır. Ancak tarafların tahsil masraflarını bu kapsamdan çıkarmış olmaları durumunda onların da bu kapsamda devredenden talep edilebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Ayrıca, tarafların teminat altına alınan alacağın kapsamını genişleterek, teminatın özenle idaresi için yapılan masrafları da bu kapsama almaları mümkündür⁷⁵⁰.

Devralanın alacağı idare yükümlülüğü bakımından bir ücret kararlaştırılmış olması halinde, devralanın masraflar ve giderleri devredenden talep edip edemeyeceği bir yorum meselesi olarak kabul edilmektedir⁷⁵¹. Devralanın

⁷⁴⁵ **Turan-Fühner**, s. 97.

⁷⁴⁶ **Bergmaier**, s. 187; **Reetz**, Diss., N. 399 vd.; **Turan-Fühner**, s.140; **Oberlin**, s. 83.

⁷⁴⁷ **Reetz**, Diss., N. 399. Alacağın özenli yönetilmediği hallerde devralanın bu masrafları talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Reetz**, Diss., N. 399, dn. 623.

⁷⁴⁸ **Reetz**, Diss., N. 399, 402.

⁷⁴⁹ Bkz. İkinci Bölüm, I, G, 2.

⁷⁵⁰ **Bergmaier**, s. 197.

⁷⁵¹ **Bergmaier**, s. 187.

devredenden talep edebileceği masraf ve giderlerin, taraflar aralarında vade kararlaştırmadıkları sürece derhal muaccel olacağı kabul edilmektedir⁷⁵².

Devredenin masraf ve giderleri ödeme yükümlülüğünün kaynağı bakımından doktrinde farklı düşüncelerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Doktrinde bir görüşe⁷⁵³ göre, bu yükümlülüğün kaynağı vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 510 f. 1 (OR Art. 402/I) hükmünün teminat anlaşmasına kıyasen uygulanmasına dayanmaktadır. Doktrindeki bir diğer görüşe⁷⁵⁴ göre ise, bu hükmün teminat anlaşmasına uygulanması bakımından gerekli kıyas köprüsünün kurulduğundan söz edilemez. Zira devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşene kadarki süreç bakımından dahi vekil ile aynı konumda olduğu, menfaat dengelerinin benzer olduğundan söz edilemez. Yazara göre, bu konuda teminat anlaşmasında bir boşluk bulunması halinde TMK m. 1 f. 2 gereği hakimın hukuk yaratması yolu (*modo legislatoris*) ile bu boşluğun gider ve masrafların devredene ait olduğu şeklinde doldurulması gerekir. Söz konusu yükümlülüğün kaynağı da budur.

Teminat anlaşmasına uygulanacak hükümlerin tespitinde gerek rehin gerek vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasına dair bakış açımızı yukarıda ifade etmiştik⁷⁵⁵. Bu bakımdan kanımızca da burada ilk kaynak sözleşmenin kendisidir. Bu anlamda sözleşmede açıkça ifade edilenlerden başka sözleşmenin yorumu yolu ile ortaya çıkarılacak içeriğin tespiti de önem arz etmektedir. Tarafların masraf ve giderlere kimin katlanacağı meselesini hiç ele almamaları nedeniyle bir sözleşme boşluğu bulunması halinde de kanımızca vekaletle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması için gerekli kıyas köprüsünün kurulduğundan söz edilemez ve artık bu boşluğun TMK m. 1 f. 2 gereği hakimın hukuk yaratması yolu ile doldurulması gerekir.

Devredenin masraf ve giderlerin devralana ödenmesi borcunu yerine getirmemesi, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça teminata başvurma (teminat olarak devredilen alacağı paraya çevirme) hakkı vermez⁷⁵⁶. Ancak devralanın teminat olarak devredilen alacağı iade borcu doğmasına rağmen, devreden bu masraf ve

⁷⁵² Reetz, Diss., N. 399.

⁷⁵³ Zobl/Thurnerr, Syst. Teil, N. 1460. Bu yükümlülüğün genel vekalet kurallarına göre yerine getirileceği yönünde bkz. Oberlin, s. 83. Örnek olarak verdiği bir masraf talebi bakımından bu talebin OR Art. 402 veya OR Art. 422 hükümlerine dayandırılabilceği yönünde bkz. Bergmaier, s. 187, dn. 38.

⁷⁵⁴ Reetz, Diss., N. 400.

⁷⁵⁵ İkinci Bölüm, I, D.

⁷⁵⁶ Reetz, Diss., N. 402.

giderleri ödeme borcunu ifa etmediyse, devralanın ödemezlik definin (TBK m. 97; OR Art. 82) kıyasen uygulanmasıyla alacağı iade etmekten kaçınabileceğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır⁷⁵⁷. Buna karşın, aksi yöndeki görüşe göre⁷⁵⁸, bu durum devralana alacağı (veya aşan kısmı) iade etmekten kaçınma hakkı vermez. Ancak teminatın paraya çevrilip de aşan kısmın iadesi gerektiği hallerde, devralanın aşan kısmının iadesi borcunu, masrafları talep etmek yönündeki alacağı ile takas etmesi söz konusu olabilir⁷⁵⁹. Kanımızca, burada ödemezlik definin kıyasen de olsa uygulanması gündeme gelebilir. Ne de olsa burada aynı hukuki ilişkiden doğan ancak aralarında *synallagma* ilişkisi bulunmayan iki alacak söz konusudur.

D. Alacağın Kısmen veya Tamamen Sona Ermesine veya Devralanın Teminat Amacına Ulaşamamasına Neden Olabilecek Davranışlardan Kaçınma Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Teminat amacıyla alacağın devrinde, devreden devrettiği alacağın kısmen veya tamamen sona ermesi veya devreden teminata konu teşkil eden alacağa kavuşmasını engelleyecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır⁷⁶⁰. Bu bakımdan devreden devredilen alacak üzerindeki tasarruf yetkisi devir ile birlikte ortadan kalktığından onun alacağı bir başkasına devretmesi veya alacak üzerinde rehin kurması gibi tasarruf işlemleri ile bu yükümlülüğünü ihlal etmesi söz konusu değildir⁷⁶¹. Zira devreden bu işlemleri geçerli olarak yapması mümkün değildir.

Ne var ki, devreden gerçekleştirilmeye yetkili olduğu bazı işlemler ile alacak hakkının (kısmen veya tamamen) ortadan kalkmasını sağlaması veya borçluya devirden sonra ifa bakımından bazı avantajlar tanıyarak devredeni zor durumda bırakması ya da kendisine yükletilebilen davranışlar ile teminat konusu alacağın değerinin azalmasına neden olması mümkündür⁷⁶². Devralanın bu bakımdan

⁷⁵⁷ Reetz, Diss., N. 402.

⁷⁵⁸ Bergmaier, s. 197-198; Mercan-Orhun, s. 271.

⁷⁵⁹ Bergmaier, s. 197.

⁷⁶⁰ Bergmaier, s. 188; Turan-Fühner, s. 141.

⁷⁶¹ Tasarruf etkisinin devir anlaşmasından sonraki bir ana ötelenmiş olduğu gelecekteki alacakların devrinde de bu bakımdan sonuç değişmez. Zira bu durumda da devreden sonraki tasarruflarının (kıyasen) "tasarruf işlemlerinde öncelik prensibi" gereği geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bu konuda yukarıda bkz. İkinci Bölüm, II, C, 2, d.

⁷⁶² Ancak bu bakımdan alacağı özenle idare ve tahsil etme yükümlülüklerinin devralanda olduğu unutulmamalıdır. Bu bakımdan devreden yükümlülüğü, aktif davranışlar ile alacağın değerini korumak değil; pasif olarak buna neden olacak olası davranışlardan kaçınmaktır.

devredenin teminata ulaşmasını engelleyebileceği en önemli imkan, borçlunun korunması amacına hizmet eden TBK m. 186 hükmünün kapsamına giren hallerdir⁷⁶³. Aşağıda ilgili hükmün uygulama alanı ve koşulları ile meydana getirdiği sonuçlar ele alınacaktır.

2. TBK m. 186 Hükmünden Kaynaklanan Durumlar

Devredenin alacağın devredene ifasını zorlaştıracak veya onun azalmasına ya da ortadan kalkmasına neden olabilecek davranışlarından en önemlilerinin kökeninde TBK m. 186 hükmü yer almaktadır. Bu hükümde, *“Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; ... iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.”* ifadesine yer verilmektedir. TBK m. 186 hükmü, borçlunun iyi niyetine bağladığı sonuç bakımından alacağın devrinde iyi niyetin korunduğu istisnai hallerden birini teşkil etmektedir. Buna göre, devir borçluya bildirilmeden önce, borçlu iyi niyetle, artık gerçek hak sahibi olmayan devredene ifada bulunursa borcundan kurtulmuş olur. Teminat amacıyla alacağın devri bakımından devredenin bu hükümde öngörülen sonuca yol açacak davranışlardan kaçınması gerekir. Bunların başında, (iyi niyetli ve devir kendisine bildirilmemiş borçludan gelen ifa teklifinin kabul edilmesi gelmektedir. Söz konusu hükmün kapsamı doktrinde tartışmalı olup hükmün doğrudan uygulama alanı bakımından devreden ile borçlu arasında alacağın ifası dışındaki bazı hallere de uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan teminat amacıyla alacağın devrinde de devredenin kaçınması gereken davranışların alanı genişlemektedir.

Hükmün uygulanması bakımından gerekli şartlardan ilki, alacağın devrolunduğunun borçluya bildirilmemiş olmasıdır. Borçluya yapılacak bu türden bir bildirim, ulaşması gereken ve şekle tabi olmayan bir bilgi açıklaması olarak kabul edilmektedir⁷⁶⁴. Bu anlamda, bildirimin yalnızca (yeni alacaklıya) bir ödeme talimatı

⁷⁶³ Bergmaier, s. 188.

⁷⁶⁴ Girsberger/Hermann, BSK OR I, Art. 167, N. 8; Huguenin, N. 1386; Furrer/Müller-Chen, §23, N. 60; Schwenger, N. 90.43; Nomer, Borçlar, N. 243.7; Kapancı, Şerh, TBK m. 186, N. 15. Ancak doktrinde bu bildirimin yenilik doğurucu bir işleve sahip olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Bucher, OR AT, s. 561; Berger, N. 2122; Schaufelberger/Keller, OFK OR, Art. 167, N. 3; Lardelli, KUKO OR, Art. 167, N. 5; Girsberger/Hermann, BSK OR I, Art. 167, N. 8. Yine bazı yazarlar bildirimi hukuki işlem benzeri olarak kabul etmektedir. Bkz. Spirig, ZK OR, Art. 167, N. 8; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1949; Günergök, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul, 2014, s. 141.

içermesi yeterli değildir; devir hakkında açıkça bilgilendirme içermelidir⁷⁶⁵. Öte yandan, bildirim devreden tarafından imzalanmış ve devralan tarafından sunulmuş devir senedini de bildirim yerine geçeceği ifade edilmektedir⁷⁶⁶.

Bildirim, devreden tarafından yapılabileceği gibi devralan tarafından da yapılabilir⁷⁶⁷. Ancak devralan tarafından yapılan bildirimin borçlunun devirden haberdar sayılması sonucunu doğurması, kural olarak devir senedinin veya teyit mektubu gibi devredenden sadır bir belgenin sunulması ile gerçekleşir⁷⁶⁸. Zira devralan tarafından yapılan bildirimin borçluda güven uyandırması, devreden tarafından yapılan bir bildirimde göre daha güçtür. Her somut olayın şartlarına göre, devralan tarafından yapılan bir bildirimin borçluda güven uyandırmaya yetip yetmeyeceği değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki, teminat amacıyla alacağın devri bakımından banka uygulamasında çoğunlukla devrin borçluya bildirim devredenine yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak kararlaştırılmakta ve borçlunun devirden haberdar olmama riskinin minimize edilmesi için borçludan bir teyit mektubu talep edilmektedir⁷⁶⁹.

Bildirim, borçluya veya onun yetkili temsilcisine yönelik olarak yapılmalıdır⁷⁷⁰. Müteselsil borçlulardan birine yapılan bildirim, hepsi için geçerli olmaz; kendisine bildirimde bulunulmayan müteselsil borçlu devralana yaptığı ifa ile borçtan kurtulur⁷⁷¹.

⁷⁶⁵ **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 167, N. 3; **Spirig**, ZK OR, Art. 167, N. 13; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 167, N. 6; **Huguenin**, N. 1391; **Bucher**, OR AT, s. 565; **Furrer/Müller-Chen**, §23, N. 61; **Koller**, OR AT, N. 84.127.

⁷⁶⁶ **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3488.

⁷⁶⁷ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 11; **Becker**, BK OR, Art. 167, N.4; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 5; **Huguenin**, N. 1386; **Bucher**, OR AT, s. 562; **Schwenzer**, N. 90.43; **Berger**, N. 2122; **Guhl**, §34, N. 37; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 257; **Arsebük**, s. 1080; **Günergök**, s. 138; **Dayınlarlı**, s.235. Eğer bunlar dışında bir üçüncü kişi bildirimde bulunursa, söz konusu hükmün uygulanabilmesi için bu üçüncü kişinin bildirim devreden veya devralana adına yapması gerekir. Bkz. **Spirig**, ZK OR, Art. 167, N. 14; **von Tuhr**, s. Borçlar, 858.

⁷⁶⁸ Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. **Kieninger**, MüKo BGB § 407, N. 16. Kanımızca bu durum, Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Zira devreden tarafından yapılan her bildirimin borçlu nezdinde yeterince güvenilir olduğundan söz edilemez.

⁷⁶⁹ **Kleyling**, s. 47; **Kahveci**, s. 688, 689. Teyit mektubunun kural olarak soyut borç ikrarı veya devredene karşı ileri sürülebilecek mevcut savunmalarda vazgeçildiği anlamına gelmeyeceği yönünde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 19. Aksi yönde bkz. **Becker**, BK OR Art. 164, N. 53; **Kleyling**, s. 52. Bu bakımdan biz de bu türden bir teyit mektubunun tek başına ne borç ikrarı ne de savunmalardan bir feragat olarak yorumlanamayacağı kanaatindeyiz. Belirleyici olan kanımızca teyit mektubunun içeriği olarak kabul edilmelidir. Benzer yönde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 19. Bu konuda detaylı açıklamalar için ileride bkz. Üçüncü Bölüm, I, F,1 b, cc.

⁷⁷⁰ **Spirig**, ZK OR, Art. 167, N. 16.

⁷⁷¹ **Spirig**, ZK OR, Art. 167, N. 16.

Yapılan bildirimin hangi andan itibaren borçlunun iyi niyetini ortadan kaldıracığı, başka bir deyişle, borçlunun hangi andan itibaren bildirimi öğrenmiş sayılacağı doktrinde tartışmalıdır⁷⁷². Doktrinde bir görüşe göre⁷⁷³, önemli olan bildirimin borçluya ulaşma anıdır. Bildirim borçluya ulaşip onun egemenlik alanına girdiği anda -borçlu henüz bu bildirimden haberdar olmamış dahi olsa- artık bildirimi öğrenmiş olması gerektiği kabul edilir ve iyi niyeti ortadan kalkar. Ancak bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmına göre⁷⁷⁴, bildirimin ulaşmasından sonra borçlu tarafından tüm hal ve koşullara göre gösterilmesi gereken özen ve dikkat göz önünde bulundurularak borçlu kendisine yükletilemeyen bir sebeple kendisine ulaşmış bir bildirimi öğrenememişse ulaşma anı dikkate alınmaz. Bu durumda, tüm hal ve koşullara göre borçlunun bildirimi fark etmesi gereken zaman dikkate alınır ve iyi niyetin o anda ortadan kalktığı kabul edilir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre⁷⁷⁵ ise burada önemli olan bildirimin ulaşma anı değil borçlu tarafından öğrenilme anıdır. TBK m. 186 (OR Art. 167) hükmüne karşılık gelen BGB 407 bakımından da bu görüşün benimsendiğini ve borçlunun devri gerçekten öğrendiği anın esas alındığını ifade etmek gerekir⁷⁷⁶.

Öte yandan, borçlu bildirim dışında bir yolla devri öğrenmiş ve buna rağmen devralana ifade bulunmuşsa artık iyi niyet ortadan kalkmış olacağından bu hüküm uygulama alanı bulmaz ve borçlu devralana yaptığı ifa ile borcundan

⁷⁷² Alman hukuku bakımından bu hükme karşılık gelen BGB §407’de aranan iyi niyet, devri bilmek ile sınırlıdır; “devri bilmesi gerekme” iyi niyeti ortadan kaldırmaz. Bkz. **Kieninger**, MüKo BGB § 407, N. 14.

⁷⁷³ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 2a, 8; **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 167, N. 3; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 5; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 167, N. 5; **Huguenin**, N. 1389; **Bucher**, OR AT, s. 562; **Berger**, N. 2122; **von Büren**, s. 329, dn. 72; **Koller**, OR AT, N. 84.127; **Eren/Dönmez**, m. 186, N. 3; **Eren**, Borçlar, N. 3885; **Arsebük**, s. 1080; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1949; **Kapancı**, Şerh, m. 186, N. 19; **Dayınlırlı**, s. 236.

⁷⁷⁴ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 8; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 167, N. 5; **Bucher**, OR AT, s. 562.

⁷⁷⁵ **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1762; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 257; **Günnergök**, s. 152-153; **Keller/Schöbi**, IV, s. 64; **Franko**, s. 190.

⁷⁷⁶ **Kieninger**, MüKo BGB §407, N. 18; **Uhlmann**, BGB §407, N. 8; **Fries/Schulze**, Nomos HandK., BGB §407, N.4. Şüphesiz bu durum, Alman hukukunda iyi niyetin, “bilmesi gerekme” değil “bilmek” olgusu ile ilişkili olması ile paraleldir. Öte yandan hüküm, açıkça bildirimden bahsetmemekte ve borçluyu koruyucu etkinin, borçlunun temlikten haberdar olmamasına; temlik konusunda bilgisiz olmasına bağlamaktadır. Doktrinde borçlunun haberdar olmasını sağlayan araçlardan birinin de BGB §409’da öngörülen devreden tarafından yapılan bildirim olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Uhlmann**, BGB §407, N. 8. Şüphesiz ki, bu bildirimin güvenilir olması ve devrin gerçekleştiğinden şüphe duyulmasını engelleyecek bir görünüş yaratması gerekmektedir.

kurtulamaz⁷⁷⁷,⁷⁷⁸. Şüphesiz ki, borçlunun iyi niyeti bakımından esas alınacak an, ifayı gerçekleştirdiği andır⁷⁷⁹. Borçlunun bu andan sonra esas alacaklıyı öğrenmesi veya öğrenmiş kabul edilmesi, TBK m. 186'nın uygulanması bakımından bir anlam ifade etmez. Diğer yandan, borçlunun iyi niyetinin ifa sonucunun gerçekleştiği anda değil ifa hareketi gerçekleştiği anda aranacağı kabul edilmektedir⁷⁸⁰. İfa hareketi anından ifa sonucu gerçekleşene kadarki süreçte devirden haberdar olan borçlunun ifa sonucunu engellemeye yönelik aktif bir davranışta bulunması gerekmez; o, her halükarda borcundan kurtulmuş olur⁷⁸¹.

Borçluya bildirim yapıp yapılmadığı veya bildirimin doğru zamanda gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir uyuşmazlık bulunması halinde, bildirimin yapıldığı ve doğru zamanda yapıldığını ispat yükünün devralan gerçek alacaklıya ait olduğu kabul edilmektedir⁷⁸². Yine borçlunun iyi niyetli olmadığını ispat yükü de devralan gerçek alacaklının omuzlarındadır⁷⁸³.

Borçluya yapılan bildirimin geri alınabileceği ancak geriye alınması halinde bu geriye alma işleminin geriye etkili olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁸⁴. Dolayısıyla bildirimin yapılması ile geri alınması arasındaki dönemde borçlunun devralana yapacağı ifa onu borçtan kurtaracaktır.

TBK m. 186 hükmünde devir borçluya bildirilene kadarki süreçte yalnızca borçlunun borcu devralana ifa etmesi ihtimali ele alınmaktadır. Ancak hüküm doktrinde geniş yorumlanmakta ve ifa dışında borcu sona erdiren diğer hallerin de bu

⁷⁷⁷ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 5, 7; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 4; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 25; **Kılıçoğlu**, N.5215. Bu yönde bkz. Yarg. 11. H.D. E.: 2005/9230 K.2006/9937 T. 09.10.2006. (Legalbank).

⁷⁷⁸ Belirtmek gerekir ki, borçlunun devirden sonra devredene yapacağı ifa ile borçtan kurtulması bakımından pek çok hukuk düzeninde ve UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ile United Nation Convention on the Assignment of Receivables gibi *soft law* metinlerinde de 'devrin borçluya bildirildiği an' esas alınmaktadır. Bu bakımdan *Salomons*, borçlunun devri bildirimden önce başka yollarla öğrendiği hallerin dikkate alınmamasını eleştiriye açık bulmaktadır.Bkz. **Salomons, Arthur**, "Deformalisation of Assignment Law and the Position of the Debtor in European Property Law", European Review of Private Law, 5, 2007, ss. 639-657, s. 650, 655-656. Ancak kanımızca Türk-İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi borçlunun iyi niyetli olması gerektiği dikkate alınırsa böyle bir durumda borçlunun devredene yapacağı ifa ile borçtan kurtulamayacağından şüphe duymamak gerekir.

⁷⁷⁹ **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 4; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 25.

⁷⁸⁰ Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. **Uhlmann**, BGB §407, N. 6. Türk hukuku bakımından da bu yönde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 19.

⁷⁸¹ **Kieninger**, MüKo BGB 407, N. 6.

⁷⁸² **Becker**, BK OR, Art. 167, N. 5; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 6; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 5; **Günnergök**, s. 146.

⁷⁸³ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 5; **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 167, N. 2; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 4.

⁷⁸⁴ **Spirig**, ZK OR, Art. 167, N. 26; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 17.

kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁸⁵. Bu bakımdan yenileme, ibra ve takas gibi borcu sona erdiren diğer haller de ifa ile bir tutulmaktadır. Borçlu TBK m. 186'nın şartları gerçekleştiği sürece, ifa yerine, devreden ile yapacağı bir takas⁷⁸⁶, yenileme veya ibra anlaşması ile de borcundan kurtulmuş kabul edilecektir. Diğer yandan, doktrinde bir görüş bu madde kapsamına borçluya süre verilmesi yolu ile erteleme⁷⁸⁷ (*Stundung*), zamanaşımının kesilmesi, temerrüt ihbarı (*Inverzugsetzung*) gibi hallerin de dahil olacağını ifade etmektedir⁷⁸⁸. Dikkat edilecek olursa, bunlar ifa dışında borcu sona erdiren haller de değildir. Bu görüşün Alman hukukundaki düzenlemeden esinlendiği de doktrinde ifade edilmektedir⁷⁸⁹.

Alman hukukundaki düzenlemeye bakılacak olursa, BGB §407 meseleyi Türk-İsviçre hukukundan daha geniş kapsamlı biçimde ele almaktadır. İlgili hükme göre, yalnızca borcu sona erdirmeyi hedef tutan işlemler değil; devreden (eski) alacaklı ile borçlu arasındaki tüm hukuki işlemler (ve hukuki işlem benzerleri)⁷⁹⁰, borçlu tarafından yeni alacaklıya karşı ileri sürülebilen bir savunma sebebi teşkil eder⁷⁹¹. Ancak doktrinde, bu işlemlerin yalnızca borçlunun yararına olan işlemlerden ibaret olduğu kabul edilmektedir⁷⁹². Zira ilgili hükmün amacı, borçluyu korumak; onun devirden olumsuz etkilenmesinin önüne geçmektir⁷⁹³. Bu durumda, ilgili hükmün

⁷⁸⁵ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 18; **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 167, N. 4; **Spirig**, ZK OR, Art. 167, N. 19, 36; **Becker**, BK OR, Art. 167, N. 3; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 2; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 167, N. 3; **Huguenin**, N. 1387; **Schwenzer**, N. 90.42; **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 62; **Berger**, N. 2120; **von Büren**, s. 330; **Koller**, OR AT, N. 84.116; **Gümüş**, Borçlar, s. 1109; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 188, N. 5; **von Tuhr**, Borçlar, s. 859; **Arsebük**, s. 1081; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 10. Bu yönde ayrıca bkz. BGE 131 III 586, 591, (Swisslex).

⁷⁸⁶ Dikkat edilecek olursa, borçlunun devredene karşı sahip olduğu takas hakkını devredene karşı ileri sürebilmesi bakımından TBK m. 188 f. 2'de yalnızca takası ele alan özel düzenleme dışında da devralana karşı takas ileri sürülebilir. Zira TBK m. 188 f. 2, borçlunun devri öğrenmesinden sonra şartları oluşmuş olan takas imkanının dahi devredene karşı ileri sürülebilmesini hüküm altına almaktadır. Bu bakımdan ilgili fıkradaki şartların gerçekleşmesi şarttır. Ancak bu ana kadar doğmuş olan takas hakkının ileri sürülmesi TBK m. 188 f.1/TBK m. 186 ile ilgilidir. Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 188, N. 33 vd, N. 36 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **Develioğlu, H. Murat**, Takas, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 146 vd, özellikle s. 148.

⁷⁸⁷ **Huguenin**, N. 1388.

⁷⁸⁸ **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 167, N. 3; **Bucher**, OR AT, s. 562. Öte yandan, **Bucher** bu durumda Fransız hukukunda olduğu gibi, devrin ancak borçluya bildirim ile geçerli olacağı ilkesinin benimsenmesinin de yerinde olacağı kanısındadır. Zira OR Art. 167 hükmünün doğurduğu sonuçlar geçerli bir devre rağmen bildirimden önce devredene sağladığı avantajlar bakımından hukuki işlem güvenliğini tehlikeye atmaktadır.

⁷⁸⁹ Bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 10.

⁷⁹⁰ **Uhlmann**, BGB §407, N. 6; **Staudinger/Busche** BGB §407, N. 14.

⁷⁹¹ **Uhlmann**, BGB §407, N. 6; **Kieninger**, MüKo BGB §407, N. 8; **Fries/Schulze**, Nomos HandK., BGB §407, N. 3; **Stürner**, Jauernig BGB §407, N. 2.

⁷⁹² **Uhlmann**, BGB §407, N. 6; **Kieninger**, MüKo BGB §407, N. 8; **Fries/Schulze**, Nomos HandK., BGB §407, N. 3; **Staudinger/Busche**, BGB §407, N. 15.

⁷⁹³ Devrin amacı bakımından bu yönde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 1.

uygulama alanına borçlu için olumsuz sonuçlar doğuracak işlemlerin alınmaması gerekir.

Esasen BGB §407'nin kapsamına giren hallerin Türk-İsviçre hukuku bakımından iki farklı hükümde ele alınmaktadır. Bunlardan biri, devrin borçluya bildiriminin ve bildirim anına kadar borçlunun gerçek hak sahibi olmayan devredene ifasını düzenleyen TBK m. 186; diğeri ise borçlunun devri öğrendiği ana kadarki savunmalarını yeni alacaklıya karşı ileri sürebilmesini öngören TBK m. 188 f. 1 hükmüdür. Yukarıda TBK m. 186'nın uygulama alanına gireceği kimi yazarlarca ifade edilen ve borcu sona erdirmeyi hedeflemeyen hukuki işlemlerin (veya hukuki işlem benzerlerinin) bu kapsamda görülememesi halinde dahi TBK m. 188 f. 1'in uygulama alanına gireceği açıktır^{794, 795}.

Dikkat edilecek olursa, TBK m. 186 ve TBK m. 188 hükümleri, hükmün lafzı itibariyle aynı anı esas almamaktadır. TBK m. 186 bakımından önemli olan devrin bildirimi olmasına rağmen TBK m. 188 f. 1 bakımından önemli olan devrin öğrenilmiş olmasıdır. Bu bakımdan, ancak TBK m. 186 bakımından da bildirimin borçluya ulaşma anı değil devrin öğrenilmesi anı esas alınacak olursa iki hüküm arasındaki farklılık ortadan kalkmış olacaktır. Ne var ki, bunun da menfaatler dengesine ne denli uygun olacağı tartışmaya açıktır⁷⁹⁶. Bu bakımdan, kanımızca devrin borçluya bildirilmesi anına kadar gerçekleşen, gerek borcun sona erdirilmesini hedef tutan gerek borçluya başkaca savunma sebepleri veren haller (süre verilmesi vb.) arasında yapay bir ayırım yapılmamalı ve menfaatler dengesi gözetilerek TBK m. 186'nın uygulama alanı mümkün olduğunca TBK m. 188 aleyhine geniş

⁷⁹⁴ *Lardelli*, borçlunun savunmalarını ifa ikamesi olan işlemler ve diğer hukuki işlemler olarak ikiye ayırmakta ve ilk grubu TBK m. 186 hükmünün kapsamına; ikinci grubu TBK m. 188 f. 1 hükmünün kapsamına almaktadır. Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 73-74; **Lardelli, Flavio**, "Schuldnerschutz im Zessionsrecht das Problem der Normenkonkurrenz bei Art. 167 und 169 OR", Festschrift für Heinrich Honsell, Dike Verlag, 2007, s. 80. Yazar bu bakımdan ibra ve yenileme gibi halleri de ifa ikamesi olarak görmediğinden TBK m. 188 f. 1 kapsamında değerlendirmektedir. Yine yazara göre, yukarıda verilen süre verilmesi gibi haller de TBK m. 188 f. 1 kapsamında kabul edilmelidir.

⁷⁹⁵ Ancak bu bakımdan şu çekinceyi de ifade etmemiz gerekir: Devir anından sonra devreden ile borçlu arasında gerçekleştirilebilecek yenileme, ibra anlaşması, süre verilmesi, biraz ileride ele alacağımız devir yasağı anlaşması gibi tüm işlemler, devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasını gerektirir. Oysa devreden devir anlaşması ile bu yetkiyi kaybedeceği açıktır. Bu bakımdan TBK m. 188 f. 1 hükmü (veya TBK m. 186'nın geniş yorumu ile) ile bu işlemlerin geçerli hale mi gelmiş kabul edileceği yoksa geçersiz olmalarına rağmen yalnızca borçlu tarafından ileri sürülmelerine mi imkan verildiği veya bu iki durum arasında pratikte nasıl bir fark bulunacağı tartışmaya açıktır.

⁷⁹⁶ Nitekim yürürlüğe girmemiş bulunan İsviçre OR 2020 tasarısında da OR Art. 169 (TBK m. 188) bakımından bir değişikliğe gidilmiş ve devrin öğrenilme anı değil OR Art. 167 (TBK m. 186) hükmü ile özdeş şekilde devrin bildirim anı esas alınmıştır. Bkz. **Girsberger/Hermann**, Art. 169, N. 7c; **Kuhn**, s. 359.

yorumlanmalıdır⁷⁹⁷. Ancak her iki hükmün uygulama alanı bakımından da kanımızca bu işlemlerin -BGB §407'nin uygulama alanı bakımından olduğu gibi- borçlunun menfaatine olan işlemler olarak anlaşılması gerekir.

Bu bakımdan, devreden ile borçlu arasında devirden sonra gerçekleştirilen bir işlemin TBK m. 186 veya TBK m. 188 hükümlerinden hangisinin alanına girdiği, devreden ile devralan arasındaki hesaplaşmanın hukuki niteliği bakımından da kanımızca bir fark ortaya çıkarmaz⁷⁹⁸. Her durumda teminat amacıyla alacağın devri bakımından devreden teminat anlaşmasını kendisine yükletilebilen bir sebeple ihlal etmiş olacaktır. Bu durum da devreden TBK m. 112 vd. uyarınca devralana karşı sorumlu olmasına yol açacaktır⁷⁹⁹.

Borçlunun TBK m. 186 gereğince borçtan kurtulmuş sayılacağı hallerde, devreden ile devralan arasındaki olası zarar tazmini veya iade taleplerinin hukuki niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre⁸⁰⁰, bu durumda devralan devredene ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başvurabilecektir. Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre⁸⁰¹ ise, burada sebepsiz zenginleşme istemine yer yoktur; zira taraflar arasında devrin hukuki sebebini oluşturan borçlandırıcı bir işlem vardır ve devreden ifayı kabul etmesi ile sözleşmeye aykırılık gerçekleşmiş olmaktadır. Dolayısıyla devralanın istemi, taraflar arasındaki sözleşmeye dayalı

⁷⁹⁷ Taşkın bu bakımdan TBK m. 188 hükmünde yer alan öğrenme anının yorumlanmasında TBK m. 186 hükmüne yaklaşılmaması ve TBK m. 188'in "devrin borçlu tarafından öğrenilmesi gereken ilk an" olarak ele alınmasını önermektedir. Bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 420. **Lardelli** ise bu bakımdan TBK m. 186 (OR Art. 167) hükmündeki iyi niyetin yorumlanmasında TBK m. 188'e (OR Art. 169) yaklaşılmaması ve burada iyi niyetin TMK m. 3 f. 2 hükmü uyarınca ele alınmaması düşüncesini ileri sürmektedir. Yazara göre, TBK m. 186 bakımından da TBK m. 188 bakımından da devrin borçluya bildirilmediği ancak buna rağmen onun devri bilmesi gereken haller bakımından ihmalin her derecesi dikkate alınmamalı ve borçlunun güvenilir bir bilgi (*zuverlässige Kenntnis*) elde ettiği an iyi niyetin ortadan kalktığı an olarak kabul edilmelidir. Eğer bildirimden önce borçlunun devri bilmesi gerekmiyorsa, bu durumda da TBK m. 186 bakımından hiç değilse bildirimin ulaştığı an değil; borçlunun devri bildirimle rağmen öğrenmemiş olmasında (hafif dahi olsa) ihmalinin bulunduğu an dikkate alınmalıdır. Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 75-76; **Lardelli**, Schulnerschutz, s. 82-83.

⁷⁹⁸ TBK m. 186 hükmünün, TBK m. 188'in özel bir görünümü olduğu yönünde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 3.

⁷⁹⁹ Ancak böyle bir sorumluluğun teminat amacıyla alacağın devrinde özellikle teminat verenin (devreden) asıl borçlu olduğu ihtimalde bir anlam ifade edip etmeyeceği bakımından ileride bkz. Üçüncü Bölüm, I, F, 1, b. İster TBK m. 186 ister TBK m. 188 kapsamında kabul edilsin, borçlunun devralana karşı ileri sürdüğü savunmaların garanti sorumluluğuna kapsamına girip girmediği bakımından da kanımızca sonuç değişmez. Borçlunun savunmaları ve garanti sorumluluğu bahsi bakımından ileride bkz. Üçüncü Bölüm, I, F, 2.

⁸⁰⁰ **Spirig**, ZK Art. 167, N.58; **Eren**, Borçlar, N. 3895; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1827.

⁸⁰¹ **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1754, dn. 91; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 186, N. 10.

olacaktır. Doktrindeki bir diğer görüş⁸⁰² ise, bu bakımdan sözleşmeye veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı istemlerden herhangi birine üstünlük tanımamakta ve devreden isteminin şartları gerçekleştiği sürece her ikisine de dayalı olabileceğini kabul etmektedir. Bu bakımdan biz de istemler arasında yarışmaya bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

TBK m. 186 hükmünün uygulanmasının hukuki sonucu, (ifa ve ifa dışında borcu sona erdiren diğer haller bakımından) borçlunun borçtan kurtulmuş sayılmasıdır. Bu durumda alacak da ifa (veya başkaca yollarla) sona ermiş olacaktır⁸⁰³. Ancak hükmün uygulanmasının bir sonucu olarak devreden alacak hakkını kazanmış sayılması söz konusu değildir⁸⁰⁴.

Yasanın borçlunun iyi niyetine bağladığı borçtan kurtulma etkisinin mutlak bir sonuç mu olduğu yoksa bu bakımdan borçluya bir seçim hakkı mı tanındığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre⁸⁰⁵, borçlu iyi niyetine bağlanan bu sonucun uygulanmasını tercih etmeyebilir ve dilerse borçlu kalmaya devam ettiği yönünde bir tercih yaparak gerçek alacaklı devredene tekrar ifade bulunmak isteyebilir⁸⁰⁶. Bu durumda, devreden sebepsiz zenginleşmiş olacağından borçlunun ona karşı da bir sebepsiz zenginleşmenin iadesi istemi yönelmesi mümkün hale gelecektir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre⁸⁰⁷ ise, TBK m. 186'da öngörülen sonuç mutlaktır ve borçlunun bu bakımdan bir seçim hakkı bulunduğundan söz edilemez. Hükümde belirtilen şartlar gerçekleştiği sürece borçlunun borcundan kurtulmuş

⁸⁰² **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 33a. Tartışmalı olarak gördüklerini ifade etmekle birlikte, bu durumda sözleşmesel istemin yanısıra sebepsiz zenginleşmenin de söz konusu olabileceği yönünde bkz. **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1952.

⁸⁰³ Bkz. **Kapancı**, Şerh, m. 186, N. 29.

⁸⁰⁴ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 4; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 32.

⁸⁰⁵ **Lardelli**, KUKO OR, Art. 167, N. 6; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N.4; **Furrer/Müller-Chen**, §23, N. 64; **Schwenzer**, N. 90.45; **Berger**, N. 2120; **Lardelli**, Einreden, s. 80. Alman hukuku bakımında da aynı yönde bkz. **Uhlmann**, BGB §407, N. 13; **Kieninger**, MüKo BGB §407, N. 10; **Uhlmann**, BGB §407, N. 6; **Kieninger**, MüKo BGB §407, N. 8; **Fries/Schulze**, Nomos HandK., BGB §407, N. 6; **Stürner**, Jauernig BGB §407, N. 2. Alman hukuku bakımından aksi yönde bkz. **Staundinger/Busche**, BGB §407, N. 8.

⁸⁰⁶ Bu durumda borçlunun bu yollardan birini seçtikten sonra ondan vazgeçip vazgeçemeyeceği de tartışmaya açıktır. Bu konuda bkz. **Kieninger**, MüKo BGB §407, N. 11.

⁸⁰⁷ **Koller**, OR AT, N. 84.117; **Spirig**, ZK Art. 167, N. 40; **Gümüş**, Borçlar, s. 1110; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 34 ; **von Tuhr**, Borçlar, s. 857, 858.

olacaktır. Bu bakımdan onun devredenden ifa ettiği edimin iadesini istemesi de mümkün değildir⁸⁰⁸.

Kanımızca hükmün borçluyu koruyucu amacı dikkate alındığında, ilk görüşe üstünlük tanınması yerinde olacaktır. Ancak borçlunun bu hakkını kullanırken devreden ve devralan için de şüpheli bir durum yaratmaması ve yasanın bağladığından farklı bir sonucu tercih etmek istiyorsa bunu dürüstlük kuralı gereğince derhal bildirmesi gerektiği kabul edilmelidir.

3. TBK m. 188 f.1 Hükmünden Kaynaklanan Durumlar

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 188 f. 1 hükmünde devredilen alacağın borçlusunun devri öğrendiği ana kadar devralana karşı sahip olduğu savunmaları devredene karşı da ileri sürebileceği ifade edilmektedir. Bu hükmün uygulama alanına, borçlunun hem devir anlaşması yapıldığı anda devredene karşı sahip olduğu savunmalar hem de devir anlaşmasının ardından ancak devir borçlu tarafından öğrenildiği ana kadar elde edilmiş savunmalar girmektedir. Devir anlaşması yapıldığı sırada mevcut bulunan savunmalar, devreden alacağın devirden sonraki davranışlarıyla alacağı ortadan kaldırmama veya ifasını zorlaştırmama yükümlülüğü ile ilgili olmadığından daha sonra teminatın boşa çıkması bahsinde ele alınacaktır⁸⁰⁹.

Bu başlık altında, devir anlaşması yapıldıktan sonra elde edilmiş savunma imkanları incelenecektir. Belirtmek gerekir ki, bir savunmanın hangi anda mevcut olduğu bakımından odak noktası, savunmanın ileri sürüldüğü veya ileri sürülebildiği ilk an değildir. Önemli olan, savunmaya sebep veren temelin hangi anda mevcut bulunduğu⁸¹⁰. Buradan çıkan ilk sonuç, devir anlaşması yapıldığı sırada temeli mevcut olan ancak daha sonra ileri sürülen savuma sebeplerinin de devir anlaşması yapıldığı anda mevcut olduğunun kabul edileceğidir. Bu bakımdan savunmanın ileri sürülme imkanının değil ona temel teşkil eden olgunun devir anlaşması yapıldığı anda mevcut olması dahi yeterlidir⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Koller, OR AT, 84.117; Spirig, ZK Art. 167, N. 40.

⁸⁰⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, F, 1.

⁸¹⁰ Bu bakımdan savunmaların sınıflandırılması yönünde bkz. Lardelli, Einreden, s. 36-37; Koller, Alfred, Der Gute und Der Böse Glaube im Allgemeinen Schuldrecht, Freiburg, 1985, N. 711, 713

⁸¹¹ Lardelli, Einreden, s. 36. Koller, TBK m. 188 (OR Art. 169) hükmünün uygulama alanının dört kategoriye ayırmaktadır. Yazara göre bunlar, devir gerçekleştiği anda mevcut olan savunmalar; devir gerçekleştiği anda kendisi mevcut olmasa da kökeni mevcut bulunanlar; kökeni dahi devirden sonraki

Bir diğer sonuç ise, devir borçlu tarafından öğrenildiği anda temeli mevcut olan savunmaların daha sonra ortaya çıkması veya daha sonra ileri sürülmesi halinde de bunların TBK m. 188 f. 1 kapsamında kabul edileceği ve o ana kadar mevcut bulunan savunmalar gibi devralana karşı ileri sürülebileceğidir⁸¹².

Dikkat edilecek olursa, bu başlık altında ele alacağımız, (kökeni dahi) devir anlaşması kurulduğu anda mevcut olmayıp sonradan elde edilmiş bulunan savunmalar, esasen devredenin yetkisi dahilinde borçluya kazandırdığı savunmalar değildir⁸¹³. Zira devreden devir ile birlikte alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiştir ve ne borçlunun ifa teklifini kabul etmeye, ne onunla yenileme, ibra gibi borcu sona erdiren anlaşmalar yapmaya ne de ona süre vermek gibi işlemler bakımından yetkilidir. Ancak yasa koyucu, devrin borçlunun durumunu kötüleştiremeyeceği ilkesini gözeterek, borçlunun devri öğrenene kadar (eş deyişle devredenin gerçek alacaklı olmadığını öğrenene kadar) devredeni gerçek alacaklı varsaymakta haklı olacağından hareketle devreden ile borçlu arasında bu dönemde yapılan ve alacağı etkileyen işlemlerin devredene karşı ileri sürülebileceğini kabul etmektedir.

Bu bakımdan devir anlaşması yapıldıktan sonra borçlu devirden haberdar olana kadarki süreçte (kanımızca TBK m. 186 gereği devir borçluya bildirildiği ana kadar), devreden ile borçlu arasında devredene karşı ileri sürülebilecek bir devir yasağı anlaşmasının yapıp yapılamayacağı da ele alınması gereken bir husustur. Doktrinde, her ne kadar bu savunmanın devrin geçerliliğine ilişkin bir savunma olduğu ve bu nedenle TBK m. 188 f. 1 hükmünden bağımsız olduğu kabul edilse de hükmün devir yasağı anlaşmasının yapılabileceği ana etki edeceği ifade edilmektedir⁸¹⁴. Bu görüşe

bir anda ortaya çıkmış bulunanlar ve son olarak borçlunun devredene karşı mevcut bir alacağının bulunması nedeniyle takas ileri sürebilme imkanındır. Bkz. **Koller**, Der Gute und Der Böse Glaube, N. 707 vd.

⁸¹² **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 169, N. 7b; **Spirig**, ZK OR, Art. 169, N. 80; **Becker**, BK OR, Art. 169, N. 9; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 169, N. 19; **Huguenin**, N. 1396; **Furrer/Müller-Chen**, §23, N. 68; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, Band II, N. 3475; **Schwenzer**, N. 90.49; **Koller**, OR AT, N. 84.136; **Çetiner/Furrer/Müller-Chen**, N. 1956; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 188, N.10.

⁸¹³ Bkz. **Koller**, Der Gute und Der Böse Glaube, N. 713. Bu gerekçeyle, TBK m. 188 f. 1 hükmünün lafzını eleştiren ve hükümden bu yönde bir sonucun çıkarılmasının mümkün olmadığını; devirden sonra öğrenme anına kadar yeni bir savunma ortaya çıkamayacağını belirten görüş için bkz. **Günergök**, s. 173-174. Gerçi yazarın bu görüşünü ifade ettiği çalışmasının devamında, TBK m. 188 f. 1 hükmündeki öğrenme anının, devirden sonra ortaya çıkan savunmalara ilişkin olduğunu ifade ettiği de görülmektedir. Eğer yazarın bununla kast ettiği, kökeni devir anında var olmakla birlikte sonradan ortaya çıkan savunmalar ise bunlar bakımından öğrenme anının bir önemi olamayacağı kanımızca açıktır. Zira yazarın verdiği örneklerden söz gelimi bozucu şartın öğrenme anından sonra gerçekleşip de bu sebeple ileri sürülememesi herhalde düşünülemez.

⁸¹⁴ Bkz. **Erbayraktar**, N. 701, 703. Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 52, s. 73, s. 126.

göre, TBK m. 188 f.1 gereği, devir anlaşması kurulduktan sonra ancak borçlu devri öğrenmeden önce yapılan bir devir yasağı anlaşması devralana karşı ileri sürülebilecektir⁸¹⁵.

Gelecekteki alacakların devrinde ise TBK m. 188 f. 1'de öngörülen savunmaların hangi ana kadarki savunmaları kapsadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu bakımdan iki farklı ihtimalin gündeme gelmesi mümkündür. Bu ihtimallerden ilki devir anlaşması yapıldıktan sonra ancak henüz alacak doğmadan önce devrin borçluya bildirilmiş (veya borçlunun devirden haberdar olmuş) olmasıdır. İkinci ihtimal ise, devir anlaşmasının ardından önce alacağın doğumunun gerçekleşmesi ve ardından devrin borçluya bildirilmesi/borçlunun devirden haberdar olmasıdır.

OLASILIK - 1: DEVİR >>> BİLDİRİM >>> ALACAĞIN DOĞDUĞU AN

OLASILIK - 2: DEVİR >>> ALACAĞIN DOĞDUĞU AN >>> BİLDİRİM

Doktrinde ilk olasılık bakımından bildirimin ortaya çıkabilecek savunmalara engel olmayacağı; alacak doğduğu ana kadar ortaya çıkabilecek tüm savunmaların devredene karşı ileri sürülebileceği ifade edilmektedir⁸¹⁶. Ne de olsa alacak doğmadan önce alacağa ilişkin savunmalar için niteliği gereği henüz ortaya çıkmamış olacaktır. Ayrıca, alacak devralana bu anda intikal etmiş olacağından, bu sonuç, alacağın devralana devredende bulunduğu hali ile özdeş olarak geçeceği ilkesine de uygundur. Doğum anından önce alacağın devrinin borçluya bildiriminin bu bakımdan hiçbir etkisi yoktur. İkinci olasılıkta ise alacağın doğduğu andan sonra bildirim anına kadar ortaya çıkan savunma sebepleri de borçlunun ileri sürebileceği savunmalara dahil olacaktır.

Kanımızca bu bakış açısı ortaya çıkabilecek tüm savunma sebepleri bakımından kabul edilemez. Alacağın devralanın malvarlığında nasıl bulunuyorsa devredene de ona özdeş şekilde intikal edeceği ilkesine dayalı olarak, devredenin yapmaya yetkili olduğu işlemler ile veya kendiliğinden ortaya çıkacak savunmalar bakımından (*Identitätschutz*) doktrinde ifade edilen bu görüş yerindedir. Bunlar, mevcut alacaklar bakımından devir anında var olan savunmalarla aynı kategoride

⁸¹⁵ Erbayraktar, N. 703; Lardelli, Einreden, s. 73-74.

⁸¹⁶ Kapancı, Şerh, TBK m. 188, N. 13; Bucher, OR AT, s. 545; Spirig, ZK OR, Art. 169, N. 78.

görülmelidir. Ancak bu başlık altında ele aldığımız ve esasen devredenin devir anlaşmasından sonra yapmaya yetkili olmadığı (ibra, yenileme, süre verilmesi gibi); ancak yapılması halinde borçlunun iyi niyetine istinaden devralana karşı ileri sürülebilen savunmalar bakımından (*Gutgläubenschutz*) devrin bildirim anı esas alınmalıdır⁸¹⁷. Zira bu andan sonra borçlu devredenin ilgili işlemleri yapmak bakımından yetkili olmadığını bilmekte veya bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla onun korunmaya değer bir menfaati kaldığından söz edilemez.

Devir yasağı anlaşmasının da TBK m. 188 f. 1 kapsamındaki savunmalara dahil olduğu kabul edilecekse, alacağın devir borçluya bildirilmeden önce doğduğu olasılıkta (*Olasılık-2*) bu anlaşmanın borçluya bildirim anına kadar yapılabilmesi mümkündür. alacak doğmadan önde devir borçluya bildirilmişse (*Olasılık-1*), artık devri öğrenmiş bulunan borçlunun devir yasağı anlaşması yapmasının korunmaya değer bir yanı olmayacağından bildirim anı ile birlikte (dolayısıyla alacak doğmadan önce) devreden ile borçlu arasında geçerli bir devir yasağı anlaşması yapılması ihtimali ortadan kalkmış olacaktır⁸¹⁸.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 186 hükmü devredenin borçlunun ifasını kabul etmesi bakımından bu durumun özel bir görünümünü oluşturmakta⁸¹⁹; TBK m. 188 f. 1’de ise ifayı kabul etmek dışında borçluya savunma imkanı veren tüm haller hüküm altına alınmaktadır. İki hüküm arasında savunmaların ortaya çıkması bakımından öngörülen zaman farkı gözetildiğinde, biz bu iki hükmün uygulama alanlarının ayırt edilmesinde TBK m. 186 lehine bir tavır alınması gerektiği kanısındayız. Dolayısıyla TBK m. 186 hükmünün geniş yorumlanması yolu ile devir anlaşmasından sonra elde edilmiş bulunan tüm savunmaların TBK m. 186 hükmüne tabi olmalı ve borçlunun devri gerçekten öğrendiği anın değil devrin ona bildirildiği anın esas alınmalıdır⁸²⁰. Bu durumda TBK m. 188 f. 1’in uygulama alanı

⁸¹⁷ Doktrinde dar anlamdaki gelecekteki alacaklar özelinde olmak üzere bu yönde bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 98. Öte yandan, Alman hukukunda bu yönde bkz. **Kieninger**, MüKo, BGB §404, N. 14; BGB §407, N. 30.

⁸¹⁸ Ancak bu bakımdan *Erbayraktar*, alacağın doğumunun bildirimden sonra gerçekleştiği hallerde bildirim gerçekleşmiş olmasına rağmen devir yasağı anlaşması bakımından alacağın doğum anının esas alınacağını ifade etmektedir. Bkz. **Erbayraktar**, s. 704.

⁸¹⁹ **Koller**, Der Gute und Der Böse Glaube, N. 713.

⁸²⁰ Bu yönde bkz. **Koller**, Der Gute und Der Böse Glaube, N. 714; **Koller**, OR AT, N. 84.136.

Oysa bu açıdan **Lardelli**, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TBK m. 188 hükmünün uygulama alanını lafzından daha geniş ancak **Koller**’den çok daha dar kapsamlı şekilde ele almaktadır. Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 73-74.

yalnızca (en azından kökeni) devir anında mevcut bulunan savunmalar ile sınırlanmış olacaktır.

Öte yandan, devirden sonra elde edilmiş savunmaların borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülmesi ile devredenin durumunun kötüleştirilmesi, bu savunmaların TBK m. 186 veya TBK m. 188 f.1 kapsamında ileri sürülmesinden bağımsız olarak her durumda devredenin teminat anlaşmasından doğan borcunu ihlal etmesi anlamına gelecektir. Ancak bu savunmaların TBK m. 186 kapsamında görülmesi, zamansal bakımdan borçlunun devredene karşı ileri sürebileceği savunmaları daraltmış olacaktır.

E. Ek Teminat Gösterme Yükümlülüğü (*Ergänzungspflicht*)

Ek teminat gösterme yükümlülüğü, teminatın verilmesinin ardından teminat olarak devredilen alacağın değerinin, devredenin kusuru olmaksızın, teminat altına alınan alacağa oranla yetersiz kalması halinde devredenin ek bir teminat göstermek veya teminat gösterdiği şeyi geri alarak yeterli değere sahip yeni bir teminat göstermekle yükümlü olup olmadığına ilişkindir.

Belirtmek gerekir ki, bu yükümlülük, yukarıda ele aldığımız “alacağın devredene atfedilebilir davranışlar ile sonradan kısmen veya tamamen ortadan kalkmasından veya değerinin azalmasından” ve ileride ele alacağımız “teminat olarak devredilen alacağın borçlusunun ödeme gücünden yoksun olması” halinden farklıdır. Zira bu hallerden ilkinde devreden teminat anlaşmasından doğan borcuna aykırı davranmış olacağından devralanın zararını TBK m. 112 vd. hükümlerine göre gidermekle yükümlüdür. Devredenden kaynaklanan bir sebeple alacağın değerinin azalması da bu kapsamda ele alınmaktadır. Öte yandan, devredilen alacağın borçlusunun ödeme gücünden yoksunluğu da garanti sorumluluğu bahsini ilgilendirmektedir ve buna ilişkin açıklamalara çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yer verilecektir.

Bu başlık altında ele alınan sorun, devreden veya devralandan kaynaklanmayan sebeplerle teminatın değerindeki olası bir düşüş veya teminat altına alınan alacağın değerindeki bir artış nedeniyle devredenin ek bir teminat göstermek yükümlülüğü altında olup olmadığıdır. Hiç şüphesiz ki, tarafların teminat anlaşmasında böyle bir yükümlülüğe yer vermelerine herhangi bir engel bulunmamaktadır ve bu durumda

devredenin ek teminat göstermekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Tarafların bu yöndeki anlaşması açık bir sözleşme klozu ile sağlanabileceği gibi teminat altına alınan alacağı doğuran hukuki ilişkinin (kredi anlaşmasının) veya teminat altına alınan alacağın niteliğinden de kaynaklanabilir.

Ek teminat gösterme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı bakımından sorun, teminat anlaşmasında böyle bir yükümlülüğün kararlaştırılmadığı hallere ilişkindir. Bu bakımdan, taşınır ve alacak rehnine ilişkin yasa hükümlerinde de söz konusu yükümlülüğe ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemekte ve alacak rehninde (ve taşınır rehninde) rehin verenin –eğer sözleşmede ayrıca kararlaştırılmamışsa– ek teminat gösterme yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmektedir⁸²¹. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devrinde bu yükümlülüğün bulunup bulunmadığı, başkaca bir hükmün burada kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin de değildir.

Alman hukukunda ise, Türk-İsviçre hukukunda bir karşılığı bulunmayan ve yasanın ilgili bölümünde düzenlenen⁸²² tüm teminatlara uygulanma kabiliyeti bulunan genel nitelikli BGB §240 hükmüne göre, teminatın değeri (tarafların kusuru olmaksızın) sonradan teminat altına alınan alacak bakımından yetersiz kalırsa, teminat verenin bir ek teminat sağlama yükümlülüğü söz konusu olur⁸²³. Bu yükümlülük, ya mevcut teminata ek yapılması ya da mevcut teminat yerine yeni bir teminat gösterilmesi yolu ile sağlanır ve bu iki yol teminat veren bakımından seçimlik hak niteliğindedir⁸²⁴.

Teminat amacıyla alacağın devrinde, Türk-İsviçre hukuku bakımından doktrinde eğer taraflar aralarında bu konuda bir anlaşma yapmamışlarsa, devredenin ek teminat gösterme yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmektedir⁸²⁵. Zira bu durumda ilgili yükümlülüğe herhangi bir dayanak bulmak mümkün değildir. Tarafların aralarında anlaşması hali ise *Reetz*’e göre⁸²⁶, devredenin borçlunun ödeme gücünden garanti sorumluluğunu düzenleyen OR Art. 171/II hükmünün kıyasen

⁸²¹ Bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 408.

⁸²² Bu bakımdan teminat amacıyla alacağın devri Alman hukukunda da yasada düzenlenmediğinden hükmün teminat amacıyla alacağın devrine uygulanabilirliği de tartışmaya açıktır. Aynı yönde bkz. **Turan-Fühner**, s. 143, dn. 273.

⁸²³ **Grothe, Helmut**, §240BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, (Hrsg: Prof. Dr. Claudia Schubert), 9. Auflage, 2021, N. 1; **Dennhart, Joachim**, §240 BGB, Beck-OK BGB (Hrsg: Wolfgang Hau/Roman Poseck), 71. Edition, C.H.BECK München, 2024, N. 1

⁸²⁴ **Grothe, MüKO**, BGB §240, N. 2.

⁸²⁵ **Reetz**, Diss, N. 404; **Bergmaier**, s. 188-189; **Turan-Fühner**, s. 146.

⁸²⁶ **Reetz**, Diss, N. 403.

uygulanması fikrine karşılık gelmektedir⁸²⁷. Ne de olsa bu hükme göre de, devreden ancak ayrıca üstlenmişse borçlunun ödeme gücünden de sorumlu olmaktadır.

Kanımızca ek teminat gösterme yükümlülüğünün, devreden borçlunun ödeme gücünden sorumluluk ile hiçbir ilgisi yoktur⁸²⁸. Bu bakımdan devreden böyle bir sorumluluğu üstlenmesinden yorum yolu ile ek teminat gösterme yükümlülüğü bulunduğu gibi bir sonuç da çıkarılamaz. Öte yandan, bu görüşün Türk hukuku bakımından kabul edilmesi de mümkün değildir. Zira OR Art. 171/II'ye karşılık gelen TBK m. 191 f. 2'ye göre, devreden ayrıca üstlenmesine gerek olmaksızın garanti sorumluluğu kapsamında borçlunun ödeme gücünden devralana karşı sorumludur. İki hüküm arasındaki farklılığın yanı sıra, teminat amacıyla alacağın devrinde devreden garanti sorumluluğunun bulunup bulunmadığı da tartışmaya açıktır⁸²⁹.

Sözleşmede kararlaştırılmamasına rağmen ek teminat gösterme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusundaki kanaatimize gelince, biz de sözleşmede kararlaştırılmadıkça devreden böyle bir yükümlülüğü bulunmayacağı görüşüne katılıyoruz. Ancak yukarıda sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırma halinde devralanın sözleşmeye içkin bir iade yükümlülüğü (*Freigabeanspruch*) bulunduğunun kabul edilebileceğini yukarıda ifade etmiştik. Bu anlamda, ek teminat gösterme yükümlülüğünün de tarafların açıkça kararlaştırılmasının yanı sıra teminat anlaşmasının tümel bir şekilde yorumlanması sonucu sözleşmeye içkin kabul edilmesi mümkündür.

Ancak dikkat etmek gerekir ki, sözleşmeye içkin bir *Freigabeanspruch* imkanının bulunması, menfaatler dengesi gereği her zaman bunun karşılığında bir ek teminat gösterme yükümlülüğünün bulunduğu anlamına gelmez. Zira sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırma hali, yalnızca teminatın veya teminat altına alınan alacağın değerindeki değişimlerden değil çoğu zaman global devirden kaynaklanır. Kanımızca tarafların açıkça kararlaştırmadığı hallerde sözleşmeye içkin kabul edilmesi gereken iade talebi (*Freigabeanspruch*) de daha çok bu duruma özgüdür.

⁸²⁷ Bu bakımdan yazar, sözleşmede kararlaştırılan ek teminat gösterme yükümlülüğünün, paraya çevire olayı gerçekleşene kadar talep edilebileceğini; paraya çevirme olayı gerçekleştikten sonra artık bunun ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Reetz**, Diss, N. 404.

⁸²⁸ Aynı yönde bkz. **Turan-Fühner**, s. 146.

⁸²⁹ İleride bkz. Üçüncü Bölüm, I, F, 2.

Ne var ki eğer teminat anlaşmasında devredenin teminatın veya teminat altına alınan alacağın sonraki değer değişimleri bakımından *Freigabeanspruch* ileri sürebilme imkanı yer alıyorsa veya sözleşmeden bu imkanın bulunduğu sonucu çıkarılabiliyorsa, menfaatler dengesi gereği bunun karşılığını oluşturan ek teminat gösterme yükümlülüğünün de aynı kapsam ve ölçüde bulunduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan yükümlülüğünün kaynağı, yine sözleşmenin (teminat anlaşmasının) kendisi olacaktır. Söz konusu yükümlülük, sözleşmenin yorum yolu ile ortaya çıkarılan içeriği olarak kabul edilmelidir. Bu çıkarım, kanımızca taraflar arasındaki menfaatler dengesinin korunması bakımından önemlidir. Ancak taraf iradelerinin yorumundan *Freigabeanspruch* bulunmasına rağmen ek teminat gösterme yükümlülüğünün istenmediği, bunun sözleşmenin kapsamına alınmadığı sonucu çıkarılabiliyor olması halinde ek teminat gösterme yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.

F.Teminatın Boşa Çıkması Sebebiyle Devralana Karşı Sorumluluk

1.Teminatın Boşa Çıkabileceği Haller ve Genel Borca Aykırılık Sorumluluğu

Teminat amacıyla alacağın devri, diğer tüm teminatlar gibi, bir alacağın ifa edilmemesi ve özellikle asıl borçlunun iflası rizikosunun ortadan kaldırılması veya minimize edilmesi amacına hizmet eder. Ancak bir alacağın teminat altına alınmış olması, gerek kişisel gerek nesnel teminatlarda, hiç şüphesiz ki asıl alacaklıya başvurulabilme imkanını tamamen ortadan kaldırmaz. Teminatın, teminat altına alınan alacağı karşılamadığı hallerde asıl borçlunun tüm malvarlığına başvurulabilir.

Ne var ki bazı hallerde teminat tamamen de boşa çıkabilir ve asıl alacaklı tüm alacağı için asıl borçlunun tüm malvarlığına başvurmak durumunda kalabilir. Özellikle asıl borçlunun iflas etmiş olması bu bakımdan teminat alanı en başta korunmak istediği riziko ile baş başa bırakmış olur. Zira bu durumda teminat alanın iflas masasına dahil diğer alacaklılara nazaran hiçbir avantajı olduğundan söz edilemez.

Teminat amacıyla alacağın devri söz konusu olduğunda kanımızca teminatın boşa çıktığı temel haller, üç başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki, teminat olarak devredilen alacağın hiç bulunmaması ya da geçersiz olması; bir diğeri borçlu

tarafından devredene karşı ileri sürülen bazı (hukuki ve fiili) savunmaların⁸³⁰ söz konusu olması ve son olarak borçlunun ödeme gücünün bulunmamasıdır. Bu başlık altında sırasıyla ilgili ihtimaller ele alınacak ve her bir durumda devreden devralana karşı sorumlu olup olmadığı ve sorumlu olduğu hallerde bunun kapsam ve dayanağı ele alınacaktır.

a. Teminat Olarak Devredilen Alacağın Mevcut Olmaması

Alacağın devri işleminin geçerli olabilmesi için, (gelecekteki alacakların devri bir kenara bırakılacak olursa) devir anında⁸³¹ devredilen alacağın mevcut olması gerekir. Alacağın mevcut olmaması, hiç doğmamış olması; devirden önce sona ermiş olması ya da alacağı doğuran hukuki işlemin çeşitli sebeplerle geçersiz olması hallerinden kaynaklanabilir^{832, 833}. Alacağın mevcut olmadığı tüm bu hallerde, devir işlemi geçersiz olur. Dolayısıyla teminat amacıyla yapılan bir alacağın devrinde teminat alanın aslında hiçbir teminat elde edememiş olması sonucu doğar.

Bu durumda devreden devralana karşı herhangi bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı veya varsa bu sorumluluğun kaynağının ne olduğu sorusuna yanıt verilebilmesi için alacağın devrine hukuki sebep olan teminat anlaşmasının geçerli olup olmadığının incelenmesi gerekir. Devredilen alacağın mevcut olmaması halinde, bu durum teminat anlaşması bakımından başlangıçtaki imkansızlık halini teşkil edecektir⁸³⁴. Eğer başlangıçtaki imkansızlık hali bakımından Türk-İsviçre hukukunda ağırlıklı görüş olan objektif imkansızlık teorisi benimsenecek olursa, teminat anlaşması da TBK m. 27 gereği başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle kesin hükümsüz kabul edilecektir. Ancak başlangıçtaki imkansızlığın geçersizliğe yol açması bakımından objektif imkansızlık değil mutlak imkansızlık teorisi benimsenirse, bu durumda teminat anlaşmasının geçerli olması sağlanabilecektir⁸³⁵.

⁸³⁰ Ayrım için bkz. **Engin**, Garanti, s. 52.

⁸³¹ Devir anından sonra alacağın çeşitli sebeplerle ortadan kalkması halinde, devrin geçerliliği bu durumdan etkilenmez. Bu durumun teminat amacıyla alacağının devrinin tarafları olan devreden ve devralan arasındaki ilişkiye etkisi ise “borçlu tarafından ileri sürülen savunmalar” kapsamında ele alınmalıdır.

⁸³² Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 25 vd.

⁸³³ Bu bakımdan, alacağı yazılı bir borç tanınmasına güvenerek devralan alacaklıya karşı, TBK m. 19 f. 2 gereği alacağın muvazaalı bir işleme dayalı olduğu ve bu nedenle geçersiz olduğu savunmasında bulunulamayacağı unutulmamalıdır.

⁸³⁴ **Engin**, Garanti, s. 79.

⁸³⁵ Bu husustaki tüm açıklamalar için ve bu yönde bkz. **Engin**, Garanti, s. 79 vd.

İmkansızlık teorisine ilişkin bu genel kural, alacağın devri söz konusu olduğunda TBK m. 191 (OR Art. 171) hükmünde düzenlenen garanti sorumluluğu ile aşılakta ve objektif imkansızlık teorisi benimsendiği durumda dahi bu istisna sonucunda borçlandırıcı işlem geçerli kabul edilmektedir⁸³⁶. Şöyle ki, TBK m. 191 (OR Art. 171) hükmünde ivazlı alacağın devrinde devredenin alacağın varlığına ilişkin devredene karşı garanti yükümlülüğü altında kabul edilmektedir⁸³⁷. Buna göre, alacağın mevcut olmaması durumunda devrin hukuki sebebini oluşturan borçlandırıcı işlem de kesin hükümsüz olacakken TBK m. 191 gereği geçerli kabul edilecektir. Ne de olsa garanti yükümlülüğünün kaynağı, devrin hukuki sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemdir ve yasa koyucunun alacağın mevcudiyetinden sorumluluğu garanti yükümlülüğüne tabii tutması ancak alacak mevcut olmamasına rağmen borçlandırıcı işlemin geçerli olması ile açıklanabilir⁸³⁸.

Ancak yasa koyucunun garanti yükümlülüğünü yalnızca ivazlı devirler için getirdiği de unutulmamalıdır. Bu durumda, ivazlı devirlerde alacağın mevcut olmaması borçlandırıcı işlemin geçersizliğine yol açmazken ivazsız devirlerde borçlandırıcı işlem geçerli mi kabul edilecektir? *Engin*, bu tutarsızlığın kabul edilemez olduğunu ve bu nedenle ivazsız devirlerde de artık baştaki objektif imkansızlığa bir istisna getirildiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸³⁹,⁸⁴⁰. Kanımızca da bu görüş oldukça yerinde bir tespitte bulunmaktadır⁸⁴¹.

⁸³⁶ **Engin**, Garanti, s. 85. Aksi yönde bkz. **Ercoskun-Şenol, Kübra**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2021, s. 352. Bu bakımdan aksi yöndeki görüş, durumu borçlandırıcı işlemin geçerliliğine değil şeklen de olsa bir devir anlaşması yapılmış olmasına bağlamaktadır.

⁸³⁷ Bu bakımdan teminat amacıyla alacağın devrinde devredenin garanti sorumluluğu altında olup olmadığı aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Ancak burada yanıt aranan soru, devredenin alacağın varlığına ilişkin garanti sorumluluğundan bağımsız olarak alacağın varlığı bakımından borca aykırılık hükümlerine karşı devralana karşı sorumlu olup olamayacağıdır.

⁸³⁸ Bu konuda bkz. **Engin**, Garanti, s. 75. Garanti sorumluluğunun kaynağını borçlandırıcı işlemde aldığını yönünde ayrıca bkz. **Keller/Schöbi**, Band IV, s. 53.

⁸³⁹ **Engin**, Garanti, s. 85. Bu bakımdan ivazsız devirlerde garanti sorumluluğu bulunmayacak ancak hiç değilse ivazsız borçlandırıcı işlemin geçerli olduğu kabul edilecektir.

⁸⁴⁰ Ancak **Aksoy**, ivazsız devirlerde devredenin alacağın varlığından da sorumlu olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Aksoy, Hüseyin Can**, "Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi", ABD, Y. 2012, S.1, ss. 141-160, s.153.

⁸⁴¹ Gerçi bu yorumun kabul edilmeyecek olması halinde, başlangıçtaki objektif imkansızlığa kusuruyla/kendisine yükletilebilen bir şekilde sebep olan kimsenin *culpa in contrahendo* sorumluluğu rejimine tabi tutulmasıyla da benzer bir sonuca ulaşılabilir. Bu konuda bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, N. 21 . Ne de olsa burada borçlandırıcı işlemin geçerliliğini koruması da zarar tazmini ve istemlerin sözleşme kökenli olması dışında başka bir amaca hizmet etmemektedir. Bkz. **Engin**, Garanti, s. 86.

Bu görüşün kabul edilmesinin bir sonucu olarak, mevcut olmayan bir alacağı teminat amacıyla devreden kimse devralana karşı (geçerli bir) teminat anlaşmasını ihlal etmiş olması nedeniyle **teorik olarak** TBK m. 112 vd. hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir. Bu türden bir sorumluluğun teminat amacıyla alacağın devrinde **pratik bakımdan** mümkün ya da gerekli olup olmadığı ise teminat verenin (alacağı devredenin) teminat altına alınan alacağın borçlusu (asıl borçlu) olması ve üçüncü kişi olması ihtimallerinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Teminat verenin (devredenin) asıl borçlu olması halinde, devreden zaten asıl borcu ifa etme yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla teminat olarak devredilen alacağın mevcut olmaması halinde, devralan asıl borcun ifası (ve hiç veya gereği gibi ifa edilmemeden dolayı uğradığı zararı) için her zaman devredene başvurmak imkanına sahiptir. Bu durumda elde ettiğini sandığı teminattan elinin boş dönmesi, onu ayrıca bir zarara uğratmış değildir. O, her durumda asıl borç gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı durum ile mevcut durumu arasındaki farkı asıl borçludan talep etme imkanına sahiptir⁸⁴².

Teminat veren devreden ile asıl borçlunun farklı kimseler olması, eş deyişle teminatın üçüncü kişi tarafından verilmiş olması ihtimalinde ise asıl alacaklının uğradığı zararın kapsamı değişmemekle birlikte taleplerinin bir kısmını (teminatın boşa çıkması ile sınırlı olanları) asıl borçlu dışında teminat veren üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilme imkanı ortaya çıkacaktır. Kanımızca, özellikle asıl borçlunun iflas etmiş olduğu hallerde devredenin bu imkana sahip olması önemlidir⁸⁴³. Ancak teminat veren üçüncü kişinin alacağın varlığından sorumluluğunun kusura dayalı olduğu⁸⁴⁴ ve asıl borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden değil yalnızca teminata olan güvenin boşa çıkmasından doğan kısım ile sınırlı olduğu da unutulmamalıdır.

Son olarak, teminat olarak devredilen alacağın mevcut olmasına rağmen devredene ait olmaması nedeniyle ortaya çıkacak hukuki sonuç da bu başlık altında incelenebilir. Bu durumda, teminat anlaşması bakımından baştaki subjektif imkansızlığın söz konusu olacağı ve bu nedenle teminat anlaşmasının geçerliliğinden

⁸⁴² Garanti sorumluluğu kapsamında olsa da bu yönde bkz. **Engin**, Garanti, s.100-101; **Aksoy**, s. 156, 157. Alacak rehni bakımından (garanti sorumluluğu ile ilgili olmak üzere) bu yönde bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 411.

⁸⁴³ Zira bu durumda asıl alacaklı devralan, asıl borçluya başvurduğunda yalnızca iflas masasındaki alacaklılardan biri konumunda bulunacak ve en başta teminat olarak ortadan kaldırmak istediği risk gerçekleşmiş olacaktır.

⁸⁴⁴ Bu bakımdan sorumluluğunun istisna olarak geçerli görülen borçlandırıcı işlemin ihlalinden kaynaklanması ile culpa in contrahendo kapsamına alınması arasında bir fark yoktur.

şüphe duyulmaması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁴⁵. Baştaki sübjektif imkansızlığın sonucunda da devreden devralana karşı sözleşmesel bir zararı tazmin yükümlülüğü altında olacaktır⁸⁴⁶. Ancak yukarıda teminat amacıyla alacağın devrinde pratik bakımdan buna gerek olup olmadığı ve teminat verenin asıl borçlu veya üçüncü kişi olması ayrımı bakımından yaptığımız açıklamalar, burada da geçerliliğini koruyacaktır.

b. Borçlu Tarafından Devralana Yöneltilen Savunmaların Bulunması

Borçlu, alacağın devrinin ardından devredene karşı bazı savunmaları yöneltme imkanına sahiptir. Bu savunmalar, defî türünden olabileceği gibi itiraz niteliğinde de olabilir. Bu bakımdan borçlunun savunmaları, devreden ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklananlar; devreden ile devralan arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklananlar ile bizzat devralan ile borçlu arasındaki hukuki ilişkide kaynaklananlar olmak üzere üç grupta incelenebilir. Bu başlık altında bizim çalışmamız bakımından odak noktası, borçlunun bu tür savunmaları devralana karşı ileri sürmesi halinde devredenin bu nedenle devralana karşı sorumlu olup olmayacağının tespit edilmesidir. Devralan ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan savunmalar bakımından devreden devralana karşı bir sorumluluğu bulunmadığına şüphe yoktur. Dolayısıyla bu savunmalara bu çalışmada yer verilmeyecektir.

aa. Devreden ile Borçlu Arasındaki Hukuki İlişkiden Kaynaklanan Savunmalar

Yukarıda alacağı devreden devredilen alacağın varlığından sorumlu olup olmadığını açıklamıştık. Bu sorumluluğun bir uzantısı olarak, devreden alacağın salt mevcudiyetinden değil; devralanın devrin amacına ulaşmasını engelleyecek tüm savunmalardan ari bir biçimde devredilmiş olmasından da sorumludur. Ne de olsa devredilen alacağın borçlusu, devralana karşı sahip olduğu tüm savunmaları devredene karşı da ileri sürme hakkına sahiptir. Borçlunun sahip olduğu bu imkan, alacağın devrinin borçlunun hukuki durumunda bir kötüleşmeye neden olamayacağı

⁸⁴⁵ Engin, Garanti, s. 90; Ercoskun-Şenol, s. 352-353.

⁸⁴⁶ Bu bakımdan başlangıçtaki sübjektif imkansızlığın TBK m. 112 hükmüne mi atlanması gerektiği yoksa burada kıyasen uygulama yolu ile genel ilke katına çıkarılmış bir garanti sorumluluğunun mu kabul edileceği tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Serozan, İfa Engelleri, §14, N. 24 vd.

ilkesinden kaynaklanmaktadır⁸⁴⁷. Bu bakımdan devredilen alacağın borçlusu devredene karşı ifadan kaçınmasını sağlayabilecek tüm defileri veya alacak hakkına ilişkin itirazları ileri sürebilir.

Devralanın alacağın varlığından sorumluluğunun devamı olarak görülebilecek bu savunmalar, devir anında halihazırda borçlunun devralana karşı sahip olduğu savunmalardır. Ancak devir anında mevcut olma şartı doktrinde geniş yorumlanmaktadır. Buna göre, ilgili savunma devir sırasında mevcut olmamakla birlikte eğer devreden ve borçlu arasındaki borç ilişkisinde bu savunmanın temelleri atılmış kabul edilebiliyorsa artık bu savunmanın da devir anında mevcut bulunan savunmalardan olduğu kabul edilmektedir⁸⁴⁸. Bu bakımdan, devir anlaşmasından sonra zamanaşımı dolan bir alacak bakımından zamanaşımı definin; bozucu koşula bağlı bir alacağın devredilmesi durumunda devirden sonra bozucu koşulun gerçekleştiği savunmasının veya devir anlaşmasından sonra ortaya çıkan bir ödemezlik definin bu kapsamda borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülebileceğine şüphe yoktur⁸⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, (geniş anlamıyla) devir anında mevcut bulunan savunmalar bakımından borçlunun devri öğrendiği anın da herhangi bir önemi yoktur. Bunlar, borçlunun devri öğrenmesinden sonra ortaya çıkmış olsalar da devralana karşı ileri sürülebilirler⁸⁵⁰.

Borçlunun, ileri sürülmesine neden olan olgu devir anında mevcut olan ve borç ilişkisinin tarafı olmaya bağlı olan (örneğin; sözleşmeden dönme, iptal hakkı) yenilik doğuran hakları da, devir anından sonra kullansa dahi, bu kapsamda ileri sürülebileceğine şüphe yoktur. Ancak bu hakların, yalnızca devredene karşı mı kullanılabilmesi yoksa devredeninin de bu bakımdan muhatap olarak görülüp görülemeyeceği hususu tartışmalıdır⁸⁵¹. Ancak bu hakların kullanılmasının alacağı etkilediği ölçüde devredene karşı bir savunma teşkil edeceğine şüphe yoktur.

Öte yandan, gelecekteki alacaklar bakımından borçlunun devir anında mevcut olan savunmalarının kapsamına nelerin gireceği de ayrıca ele alınması gereken bir durumdur. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, devir anında mevcut olmayıp

⁸⁴⁷ **Schaufelberger/Keller**, OFK OR, Art. 169, N. 1; **Becker**, BK OR, Art. 169, N. 1; **Bucher**, OR AT, s. 567; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 169, N. 1; **Uhlmann**, BGB §404, N. 1. *Bucher'e* göre, alacağın devrinde devralanın iyi niyetinin korunmaması da bu ilkeye dayanır. **Bucher**, OR AT, s. 567, dn. 117; ; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3474.

⁸⁴⁸ **Lardelli**, Einreden, s. 36

⁸⁴⁹ **Lardelli**, Einreden, s. 37.

⁸⁵⁰ **Lardelli**, Einreden, s. 37; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 169, N. 5,6.

⁸⁵¹ Bu konuda bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 37 vd; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 169, N. 8.

borçlunun devri öğrenmesine/öğrenmiş sayılmasına kadarki süreçte ortaya çıkan savunmalar bakımından dikkate alınacak anda herhangi bir farklılık söz konusu olmaz⁸⁵². Bu bakımdan sonradan ortaya çıkan savunmaların TBK m. 186 veya TBK m. 188 f. 1 hükümlerinden hangisi kapsamında ele alındığı da bir önem arz etmez.

Ancak burada sorun, devir anlaşması yapıldığı sırada alacak henüz doğmamış olduğundan savunma sebeplerinin de devir anlaşmasından sonra ancak alacağın doğumu ile ortaya çıkabilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan *Lardelli*, henüz doğmamış alacağın devir anlaşması yapıldığı sırada mevcut bir hukuki ilişkiye dayalı olup olmamasına göre (dar ve geniş anlamda gelecekteki alacaklar) bir ayırım yapmaktadır. Yazar, mevcut bir hukuki ilişkiye dayanan alacaklar bakımından mevcut alacaklardan farklı bir sonuca varılmasına gerek görmemekte ve bu bakımdan alacağı doğuran hukuki ilişki mevcut olduğundan savunmaların da devir anında var olmasına bir engel bulunmadığını belirtmektedir⁸⁵³. Ancak dar anlamda gelecekteki alacaklarda, devir anında mevcut bulunan savunmalar bakımından devir anlaşmasının yapıldığı an değil alacağın doğduğu anın esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵⁴.

Alman hukukunda, alacağın devrinde borçlunun devir anında sahip olduğu savunmaları borçluya karşı ileri sürebileceğini hüküm altına alan BGB §404 bakımından da düzenlemenin borçlunun korunması amacından hareketle, gelecekteki alacakların devrinde dikkate alınması gereken anın alacağın doğum anı olduğu kabul edilmektedir⁸⁵⁵.

Teminat amacıyla alacağın devrinde, borçlunun devir anlaşması yapıldığı anda (veya gelecekteki alacaklar bakımından alacak doğduğu anda) devredene karşı sahip olduğu savunmaları devredene karşı ileri sürmesi ve bu savunmaların devreden alacağın elde etme imkanını ortadan kaldırması veya zorlaştırması, devreden teminat anlaşmasının bir parçası olan *pactum de cedendo*'dan doğan borcunu gereği gibi yerine getirmediği anlamına gelir. Alacağın varlığına ilişkin sorumluluktan farklı olarak bu durumda teminat anlaşmasının geçerliliğinin etkilenmesi ihtimali de söz konusu değildir. Ancak teminat verenin asıl borçlu veya üçüncü kişi olması ve

⁸⁵² Bkz. Üçüncü Bölüm, I, D, 2 ve 3.

⁸⁵³ *Lardelli*, Einreden, s. 98, 100.

⁸⁵⁴ *Lardelli*, Einreden, s. 95, 97. Dar anlamda gelecekteki alacaklar bakımından aynı yönde bkz. *Günergök*, s. 221.

⁸⁵⁵ *Kieninger*, MüKo BGB §404, N. 13; *Stürner*, Jauernig BGB §404, N. 3. Yazarlar bu bakımdan dar ve geniş anlamda gelecekteki alacaklar ayırımı yapmamaktadır.

her iki durumda pratik olarak ayrıca böyle bir sorumluluğa ihtiyaç bulunup bulunmadığı yönünde yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerliliğini koruyacaktır.

Belirtmek gerekir ki, borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği savunmalar, yukarıda da ele aldığımız üzere, devir anında mevcut bulunan savunmalardan ibaret değildir. Bu andan sonra da borçlunun TBK m. 186 ve TBK m. 188 f. 1 gereği elde ettiği savunmalar⁸⁵⁶ devralana karşı ileri sürülebilir. Ancak devir anından sonra ortaya çıkan savunmalar, devreden alacağı gereği gibi devretme yükümlülüğüne değil alacağın sonradan ortadan kalkmasına veya devreden durumunu zorlaştırmasına neden olacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğüne ilişkindir. O nedenle ilgili savunmalar bu başlık altında ele alınmayacaktır.

bb. Devreden ile Devralan Arasındaki Hukuki İlişkiden Kaynaklanan Savunmalar

Devreden ile devralan arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan savunmalar, alacağın devri sözleşmesinin geçerliliğine ilişkindir. Borçlunun bu savunmaları ileri sürüp süremeyeceği, ne TBK m. 186 ne de TBK m. 188 f. 1 hükmü ile ilgilidir. Zira söz konusu hükümler, devredilen alacağa ve onu doğuran borç ilişkisine ilişkin hükümleri kapsamına almaktadır. Oysa burada sorun, alacağın devri işleminin geçerli olup olmadığı ve bu bağlamda devreden alacaklı sıfatını kazanıp kazanmadığına ilişkindir. Borçlunun bu savunmaları ileri sürebilmesinin altında yatan neden de devreden alacaklı sıfatını kazanıp kazanmadığının doğrudan borçlu üzerinde etkileridir⁸⁵⁷. Bu bakımdan, devrin ehliyet eksikliği, irade sakatlıkları⁸⁵⁸, şekle aykırılık veya devir yasağı⁸⁵⁹ bulunması gibi nedenlerle geçersiz olduğu savunması borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülebilir.

⁸⁵⁶ Bu bakımdan devir anında mevcut bulunan savunmaların ileri sürülebilmesinin dayanağı da TBK m. 188 f. 1 hükmüdür. Zira hüküm devrin borçlu tarafından öğrenilmesinden sonra ortaya çıkan tüm savunmaları kapsamına almaktadır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, biz devir anından sonra elde edilen savunma imkanlarının TBK m. 186 bünyesinde ele alınmasının ve bu bakımdan TBK m. 188 f. 1'in alanının daraltılması gerektiği kanısındayız.

⁸⁵⁷ Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 106; **Spirig**, ZK OR, Art. 169, N. 21.

⁸⁵⁸ Şüphesiz, bu bakımdan devrin taraflarınca ileri sürülmüş bir iptal hakkının varlığı şarttır.

⁸⁵⁹ Sözleşmesel devir yasağı söz konusu olduğunda bu savunmanın alacağa ilişkin bir savunma mı yoksa devrin geçerliliğine ilişkin bir savunma mı olduğunun belirlenmesi büyük bir önem arz eder. Zira bu savunmanın devredilen alacağa ilişkin bir savunma olarak kabul edilmesi halinde onun TBK m. 188 f. 1 (veya TBK m. 186) hükümlerine tabi olması gerekir. Bu durumda, devreden ile borçlu, devrin borçlu tarafından öğrenildiği/devir borçluya bildirilen ana kadar geçerli ve devralana karşı ileri sürülebilecek bir devir yasağı anlaşması yapma imkanına sahip olurlar. Ancak doktrinde sözleşmesel

Borçlu tarafından devredene karşı ileri sürülen bu tür savunmaların varlığı, doğrudan devreden devralana karşı borcunu gereği gibi ifa etmediği anlamına gelmez. Kanımızca bu bakımdan sorumluluk, devreden ancak geçersizliğe bilerek sebep olması ihtimalinde gündeme gelebilir.

Öte yandan, borçlu devralana karşı devreden ile devralan arasındaki teminat anlaşmasından doğan savunmaları ileri süremez⁸⁶⁰. Devrin sebebe bağlı kabul edildiği hallerde dahi **teknik olarak** kanımızca bu sonuç değişmez. Zira bu durumda dahi ileri sürülebilecek savunmalar, borçlandırıcı işlemin geçersizliğinin devrin geçersizliğine yol açmasından kaynaklanmaktadır⁸⁶¹. Yoksa devrin sebebe bağlı olması, borçlunun hukuki sebepten kaynaklanan tüm savunmaları devredene karşı ileri sürebileceği anlamına gelmez. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, biz devrin sebebe bağlı olmadığını kabul ettiğimizden, geçersizlik özdeşliği bulunmadığı sürece bunların devredene karşı ileri sürülemediği benimsediğimiz görüş çerçevesinde mümkün değildir.

Öte yandan, teminat amacıyla alacağın devrinde borçlu, devreden ile devralan arasındaki kredi anlaşmasından doğan veya teminat altına alınan alacağa ilişkin savunmaları da kural olarak devralana karşı ileri süremez⁸⁶². Bu bakımdan borçlu, esas borcun muaccel olmadığı, esas borçluya gelmeden kendisine başvurulamayacağı veya esas borcun sona erdiği savunmalarını yapamaz.

Ancak daha önce ele aldığımız şekilde, devreden ile devralan fer'i bir teminat olmayan alacağın devrinde fer'iliğe ait bir takım özellikler meydana getirecek

devir yasağı anlaşması, bu hükümlerden bağımsız olarak devrin geçerliliğine ilişkin bir savunma olarak görülmektedir. Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 126; **Erbayraktar**, N. 701. Ancak bu bakımdan *Erbayraktar*, her ne kadar bu savunmanın kaynağını TBK m. 188 f. 1 (veya TBK m. 186) olarak görmese de TBK m. 188 f. 1 gereği sözleşmesel devir yasağı anlaşmasının devir borçluya bildirilene kadar yapılabileceği kanaatindedir. Bkz. **Erbayraktar**, s. 703. Yine **Lardelli** de sözleşmesel devir yasağını aynı zamanda alacağa ilişkin olup TBK m. 188'in (OR Art. 169) kapsamındaki savunmalar arasında saymaktadır. Bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 52, 73. Üçüncü Bölüm, I, D, 3.

⁸⁶⁰ Bu bakımdan sebepten soyutluk görüşünü benimseyen tüm yazarlar bu görüşün doğal bir sonucu olarak bu kanıdadır. Örnek olarak bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 169, 7; **Spirig**, ZK OR, Art. 169, N. 60 vd; **Gümüş**, Borçlar, s. 1117.

⁸⁶¹ Aynı yönde bkz. **Gümüş**, Borçlar, s. 1117, dn. 1259. Sebebe bağlılığın kabul edildiği bir durumda, bu savunmaların "*exceptio ex iure tertii*" teşkil edeceği yönünde ayrıca bkz. **Honsell**, Tradition und Zession, s. 21-22. Kanımızca sebebe bağlılığın kabul edildiği hallerde de bu savunmalar *exceptio ex iure tertii* teşkil etmez. Zira bu savunmaların ileri sürülebilme nedeni, devir anlaşmasının geçersizliğinden kaynaklanmaktadır.

Öte yandan, yürürlüğe girmeyen OR 2020 (Art. 169/III) tasarısında, borçlunun yalnızca devrin hukuki sebebinden kaynaklanan savunmaları değil aynı zamanda devir anlaşmasının geçerliliğine ilişkin savunmaları da ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 179, N. 7a; **Kuhn**, s. 359.

⁸⁶² Aynı yönde bkz. **Lardelli**, Einreden, s. 136.

anlaşmalar yapmışlarsa bu durumda ilgili savunmalar devir anlaşmasına da ilişkin olacağından bunların ileri sürülmesi mümkün olacaktır. Bu bakımdan ileri sürülebilecek savunmalar, taraf iradeleri kararlaştırılan özelliklere göre tespit edilecek ve teminatın tümünden bir fer'i özellik arz ettiği sonucuna varılamayacaktır. Bu tür savunmaların borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülmesi bakımından, devreden (asıl borçlu veya üçüncü kişi olmasından bağımsız olarak) teorik olarak dahi devralana karşı herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

cc. Borçlunun Savunmalarından Feragat Etmesi ve Teminat Amacıyla Alacağın Devrinde Yaygın Bir Uygulama Olarak Teyit Mektubu

Alacağın devrinde borçlunun ileri sürebileceği savunmalardan feragat edebileceği, zira bu bakımdan TBK m. 188 hükmünün emredici bir özellik taşımadığı kabul edilmektedir⁸⁶³. Doktrinde bir görüş⁸⁶⁴, borçlunun feragat edebileceği savunmaların defiler ile sınırlı olduğunu ve itirazlardan feragatin söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Kanımızca bu görüşe teknik olarak karşı çıkılması mümkün değildir. Ancak borçlunun bir itirazından vazgeçmesi, teknik olarak feragat olmasa bile devralana karşı bir borç ikrarı niteliği taşıyabilir⁸⁶⁵.

Feragat, şekle bağlı olmayan, açık veya örtülü bir biçimde tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilebilir⁸⁶⁶. Bu bakımdan hangi savunmadan vazgeçildiği belirli olmalı ve açık olmalıdır⁸⁶⁷. Borçlunun devirden önce devralana karşı bir savunmadan feragat etmesi halinde, bu feragat devreden kişiliği ile bağlantılı olmadığı sürece, devralan da aynı feragata dayanarak borçlunun savunmayı ileri sürmesine engel olabilir⁸⁶⁸. Ancak feragatin devirden sonra devralana yöneltilen bir irade beyanı ile de gerçekleştirilmesi mümkündür⁸⁶⁹.

Teminat amacıyla alacağın devrinde, devrin borçluya bildirimi halinde bildirim borçluya ulaştığının ve onun tarafından öğrenildiğinin teyit edilmesi ve buradan doğacak olası bir riskin bertaraf edilmesi amacıyla borçludan bir teyit mektubu talep edilmektedir. Bu bakımdan, doktrinde bir görüş bildirimi kayıtsız

⁸⁶³ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 188, N. 43; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3479; **Berger**, N. 2173; **Gümüş**, Borçlar, s. 1115; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1834.

⁸⁶⁴ **Gümüş**, Borçlar, s. 1115; **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 169, N. 12.

⁸⁶⁵ Bu yönde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 188, N. 44.

⁸⁶⁶ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 169, N. 12; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 188, N. 45.

⁸⁶⁷ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 169, N. 12.

⁸⁶⁸ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 169, N. 13.

⁸⁶⁹ **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 169, N. 14; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 188, N. 48.

şartsız “kabul” eden borçlunun bu beyanı ile aynı zamanda devralana karşı savunmalarından vazgeçmiş ve/veya borç tanınmasında bulunmuş kabul edileceğini ifade etmektedir⁸⁷⁰. Kanımızca yalnızca devrin kendisine bildirilmiş olduğunu teyit eden borçlunun ne savunmalarından vazgeçtiği ne de devralana karşı borcu tanıdığı kabul edilebilir.

Ancak uygulamada bu tür teyit mektuplarında, borçludan alacağın varlığı, savunmalardan ari olduğu gibi unsurları da teyit eden bir beyanda bulunması talep edilebilmektedir⁸⁷¹. Böyle bir durumda artık borçlunun beyanı savunmalardan feragat/borç tanınması olarak yorumlanabilir⁸⁷².

Devrin borçluya bildirimi ile birlikte borçludan bir teyit mektubu talep edilmesi, teminat alan (devralan) bakımından kanımızca oldukça büyük bir önem arz etmektedir. Eğer bu teyit mektubu, hem devrin borçlu tarafından öğrenildiği hem de alacağın savunmalardan ari olduğu içeriğine sahipse devreden borçlunun hem devirden sonra savunmalar elde etmesine engel olmuş olacak hem de devir anına kadar ortaya çıkmış bulunan olası savunmaların kendisine karşı ileri sürülmesini engellemiş olacaktır.

d. Borçlunun Ödeme Gücünün Bulunmaması

Teminat amacıyla alacağın devri kişisel teminatlar kategorisine dahil olmamakla birlikte, teminatın işlevini yerine getirmesinin bir üçüncü kişinin ödeme gücüne bağlı olması bakımından kişisel teminatlara oldukça benzemektedir. Bu durum, teminatın konusunun bir alacak hakkı olmasından kaynaklanmaktadır. Kefalet veya garanti gibi kişisel teminatlarda da teminat amacıyla alacağın devrinde de teminat alan, bir üçüncü kişiden olan alacağının ifası yolu ile tatmin edilebilmektedir. Oysa nesnel teminatlarda, teminat alanın elinde paraya çevirebileceği bir malvarlığı değeri bulunmaktadır.

Gerçi teminat amacıyla alacağın devrinde de teminat alan bir malvarlığı değeri olarak devrıldığı alacağı söz gelimi bir başkasına satarak paraya çevirme imkanına sahiptir. Ancak borçlusunun ödeme gücüne sahip olmadığı bir alacağın satış

⁸⁷⁰ Bkz. **Becker**, BK OR Art. 164, N. 53; **Kleyling**, s. 52.

⁸⁷¹ **Kahveci**, s. 689.

⁸⁷² Benzer yönde bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 19. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırı olmamak şartıyla savunmalardan feragatin kabul edilebileceği yönünde ayrıca bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1834

bedelinin/piyasa değerinin de bu nedenle düşük olacağı ve teminat alanın alacağı satarak devrettiği üçüncü kişiye karşı borçlunun ödeme gücünden sorumlu olacağı (ivazlı devirlerde garanti sorumluluğu) da dikkate alınmalıdır.

Teminat olarak devredenin, devrettiği alacağın borçlusunun ödeme gücünden devralana (asıl alacaklı) karşı sorumlu olup olmayacağına gelecek olursak, bu durum doktrinde teminat amacıyla alacağın devrinde garanti sorumluluğu bulunup bulunmadığı bağlamında ele alınmaktadır. Ancak kanımızca, bundan önce garanti sorumluluğunun bulunmadığı bir ihtimalde⁸⁷³ de devredenin devralana karşı genel borca aykırılık hükümleri kapsamında böyle bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir.

Alacağın devrinde, borçlunun ödeme gücünden yoksun olması riskinin artık devredende olmadığı ve onun bir üçüncü kişinin mali durumunu kontrol etmek bakımından sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁷⁴. Ancak doktrinde farklı bir görüş olarak *Kapancı*, borçlunun ödeme gücünden sorumluluğun iki farklı yüzünün bulunduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, borçlunun ödeme gücünün varlığı bir yönüyle alacağın bir özelliği olarak görülebilir ve ekonomik bir ayıp olarak değerlendirilebilir⁸⁷⁵. Ancak üçüncü bir kişinin mali durumunu ilgilendirmesi sebebiyle tamamen alacaktan bağımsız olarak da düşünülebilir⁸⁷⁶.

Borçlunun ödeme gücünden sorumluluğunun bu şekilde iki yönlü olduğu kabul edilecek olursa, bu sorumluluğun ilk yönü itibariyle kusura dayalı borca aykırılık sorumluluğunun kapsamına alınması uygun görülebilir. Devreden nasıl ki alacağı borçlunun savunmalarından ari biçimde devretme borcu altındaysa, hiç

⁸⁷³ Zira garanti sorumluluğu tüm alacağın devri halleri için değil yalnızca ivazlı devirler için öngörülmüştür.

⁸⁷⁴ Bkz. **Engin**, Garanti, s. 125-126. 818 Sayılı BK döneminde, devredenin garanti sorumluluğunu düzenleyen e.BK m. 169 f. 2 hükmünde borçlunun ödeme gücünden sorumluluk kabul edilmemiş, ancak bu sorumluluğun ayrıca devreden tarafından üstlenilebileceği ifade edilmiştir. Bu bakımdan *Engin*'in devredenin üstlendiği riskin kapsamına ilişkin görüşü de e.BK m. 169 f. 2 hükmü döneminde ileri sürülmüştür. Ancak bakış açısı itibariyle bugün de geçerlidir.

Yeni TBK döneminde ise TBK m. 191 f. 2'de borçlunun ödeme gücü, ayrıca üstlenilmesine gerek bulunmaksızın, garanti sorumluluğunun kapsamına alınmıştır. Pek çok yazar, bunun devredene ait bir risk olarak görülmesini eleştirmektedir. Bkz. **Aksoy**, s. 155; **Engin, Baki İlkay**, “Yeni Borçlar Kanunun Borç İlişkilerinde Taraf Değişikliklerine Dair Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Yeni Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları, İstanbul 2012, ss. 63-67, s. 64; **Engin, Baki İlkay**, “Alacağın Temlik ve Borcun Nakli”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, İstanbul 2012, ss. 159-167, s. 161-162.

⁸⁷⁵ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 191, N. 21. Yine bu sorumluluğun kabul edilmesini tamamen olumsuz olarak görmeyen ve bir hukuk politikası tercihi olarak mümkün gören görüş için bkz. **Ercoskun-Şenol**, s. 291.

⁸⁷⁶ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 191, N. 21.

değilse **devir anında var olup, bildiği veya bilmesi gereken** ödeme güçsüzlüğü hali bakımından da devredene karşı sorumlu kabul edilebilir⁸⁷⁷. Böylece, borçlusunun ödeme gücünden yoksun olduğunu bilen devredenin böyle bir alacağı başkasına devrederek onu tedavül kabiliyeti olan bir araç/meta olarak kullanmasının ve karşılığında çıkar elde etmesine rağmen hiçbir sorumluluğu bulunmamasının önüne geçilmiş olur⁸⁷⁸.

Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, teminat amacıyla alacağın devrinde devredenin asıl borçlu olması halinde, böyle bir sorumluluğun zaten pratik bir anlamı bulunmamaktadır. Devredenin asıl borçlu değil de üçüncü bir kişi olması halinde böyle bir sorumluluk bir anlam ifade eder. Ancak bu bakımdan da devreden üçüncü kişinin, asıl alacaklı devralandan hiçbir ivaz elde etmeksizin (asıl borçlunun borcu için) teminat vermesi halinde bu tür bir sorumluluk önem arz eder. Zira üçüncü kişi teminat olarak alacaklarını vermek bakımından devredenden bir ivaz elde etmişse artık borçlunun ödeme gücünden sorumluluk TBK m. 191 f. 2 gereği garanti sorumluluğu kapsamında ele alınacaktır. Teminat amacıyla alacağın devrinde garanti sorumluluğu meselesi ise aşağıda açıklanacaktır.

2. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinde Garanti Sorumluluğunun Bulunup Bulunmadığı Sorunu ve Devredenin Sorumluluğuna Etkisi

Teminat amacıyla alacağın devrinde, TBK m. 191-193 hükümleri arasında düzenlenen garanti sorumluluğunun uygulama alanı bulup bulamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Dikkat edilecek olursa, TBK m. 191 tüm alacağın devri hallerinde değil yalnızca ivazlı devirlerde devredenin garanti yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir.

⁸⁷⁷ Ancak borçlunun ödeme gücünden sorumluluğun bu iki yönlülüğünün, bu sorumluluğun garanti sorumluluğu gibi kusura dayalı olmayan bir sorumluluk kapsamında değerlendirilmesine dayanak teşkil edip edemeyeceği tartışmaya açıktır. Zira bu durumda, devredenin tamamen kendi egemenlik alanı dışındaki bir hususa ilişkin kusura dayalı olmayan bilgisizliği dahi onu sorumlu tutmaya yeterli görülmüş olacaktır. Gerçi bu bakımdan yasa koyucunun garanti sorumluluğunun kapsamına aldığı hususlarda kusursuz sorumluluğa ne denli ağırlık verdiği de düşünmeye değer bir argümandır. Garanti sorumluluğunun kapsamına ilişkin TBK m. 193'te, yalnızca karşı edimin iadesi ile devir ve devredilen alacağın ifası için yapılan masraflar kusursuz sorumluluğun kapsamına alınmıştır. Diğer zararlar bakımından devreden kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla garanti sorumluluğu ile genel borca aykırılık sorumluluğu arasındaki fark oldukça daraltmıştır.

Bu çerçevede, kanımızca genel borca aykırılık hükümleri bağlamında da borçlunun ödeme gücünden sorumluluk kabul edilecek olursa, bu sorumluluğun ağır kusura dayalı olması bir çözüm öneri olarak görülebilir.

⁸⁷⁸ Devralanın sorumluluğu kapsamında olan ödeme gücü kavramından ne anlaşılması gerektiği, aşağıda garanti sorumluluğu başlığında ele alınacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre⁸⁷⁹, teminat amacıyla alacağın devri de ivazlı bir temlik niteliğindedir ve bu nedenle devredenin garanti sorumluluğu söz konusudur. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre⁸⁸⁰ ise, teminat amacıyla alacağın devrinde ivaz tartışması yapmaya gerek olmaksızın garanti yükümlülüğüne ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira bu durumda devreden zaten teminat altına alınan asıl borcun ifasından ve ifa edilmemesi nedeniyle doğan zarardan sorumludur. Dolayısıyla garanti sorumluluğu, devralana devreden karşısında ayrıca bir avantaj sağlamaz. Doktrindeki bir diğer görüş⁸⁸¹ ise, teminat amacıyla alacağın devrinde garanti sorumluluğu bulunup bulunmadığı devredenin asıl borçlu ve üçüncü kişi olması açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Devredenin üçüncü bir kişi olduğu (eş deyişle başkasının borcu için teminat verildiği) hallerde, temlikin ivazsızlığından bahisle garanti sorumluluğundan söz edilemez. Bu bakımdan istisna, üçüncü kişinin alacağını teminat olarak devretmesi karşılığında devredenden bir karşı edim elde edeceğinin kararlaştırılmış olmasıdır⁸⁸². Devredenin asıl borçlu olması halinde ise garanti yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmelidir.

Kanımızca teminat amacıyla alacağın devrinin ivazlı bir devir olarak görülmesi mümkün değildir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, teminat anlaşması *synallagmatik* bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceği gibi teminat karşılığı verilen kredi de teminat olarak devredilen alacağın karşı edimi olarak görülemez. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devrinde garanti sorumluluğunun kabul edilmesiyle, bu sorumluluğu doğuran olgulardan birinin gerçekleşmesi halinde devredene sağlanan kredinin geri istenebileceği de kabul edilemez.

Devredenin asıl borçlu olduğu ihtimallerde garanti sorumluluğuna pratik anlamda bir ihtiyaç bulunmadığı da doğrudur. Zira devreden zaten teminat altına

⁸⁷⁹ **Bergmaier**, s. 195 vd; **Zobl/Thurnerr**, Syst. Teil, N. 1624; **Wehrli**, s. 20-21; **Oberlin**, s. 82; **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 284; **Sayım**, s. 213. Bu açıdan *Wehrli*, alacağın devrinin devreden ile devralan arasında parasal değeri olan bir yükümlülüğü sona erdirme amacıyla yapıldığı hallerde ivazlı bir devirden söz edileceği ve dolaylı olarak teminat amacıyla alacağın devrinin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Wehrli**, s. 20-21. *Bergmaier* ve *Oberlin* ise teminat amacıyla alacağın devrinin teminat altına alınan borcun ifa edilmemesiyle birlikte ifa uğruna alacağın devrine dönüşeceğine ve ifa uğruna alacağın devrinde garanti sorumluluğunun bulunduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bkz. **Bergmaier**, s. 195; **Oberlin**, s. 82. İsviçre Federal Mahkemesi'nin teminat amacıyla alacağın devrinde garanti sorumluluğunu kabul ettiği kararı için bkz. BGE 63 II 322 (Swisslex).

⁸⁸⁰ **Engin**, Garanti, s.101; **Ercoşkun-Şenol**, s. 398; **Aydıncık**, s. 188; **Şafak**, İnançlı, s. 162-163; **Aksoy**, s. 156, 157. Bu bakımdan *Bucher*, teminat sözleşmesi ile kararlaştırılan ve böylece ortaya çıkan bir garanti sorumluluğunun bankaya, devredenin kredi anlaşmasından doğan borcu yanında ek bir imkan sağlayamayacağını ifade etmektedir. **Bucher**, Kreditsicherung, s. 16.

⁸⁸¹ **Turan-Fühner**, s. 153 vd.

⁸⁸² **Turan-Fühner**, s.154, dn. 299.

alınan borcun ifası ile yükümlü olduğu gibi bu borcun ifa edilmemesinden doğan tüm zarardan da sorumludur.

Bu bakımdan TBK m. 193'te sayılan kalemlerden yalnızca “*devrin sebep olduğu giderler*” (TBK m. 193 b.2), asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar kapsamına alınamaz. Zira bu zarar kalemi, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararlardan değildir. Ancak kanımızca, teminat anlaşması gereği bu giderlere katlanma yükümlülüğünün zaten en baştan beri devredene ait olduğunun kabulüyle söz konusu dezavantaj da giderilebilir.

Teminat amacıyla alacağın devrinde kanımızca garanti sorumluluğu yalnızca üçüncü kişilerce yapılan devirlerde (başkasının borcu için teminat verildiği hallerde) ve bu üçüncü kişi devredenin buna mukabil devralandan bir ivaz elde ettiği hallerde söz konusu olabilir⁸⁸³. Zira ancak böyle bir ihtimalde teminat amacıyla alacağın devri gerçek anlamda ivazlı olarak kabul edilebilir. Böyle bir durumda, TBK m. 193 b.1 gereği devralan ancak devredene ifa etmiş olduğu karşı edimin iadesini talep edebilir. Bu bağlamda asıl borçluya sağlanan kredinin iadesi söz konusu olamaz.

Son olarak, garanti sorumluluğunun bulunduğu hallerde, bu sorumluluğun alacağın devrine ilişkin tüm ifa engellerini kapsamadığı da gözden kaçırılmamalıdır. TBK m. 191 f. 1 ve f. 2 hükümlerinde ifade edildiği üzere, sorumluluk alacağın varlığı ve borçlunun ödeme gücü ile sınırlıdır. Bu bakımdan alacağın varlığından sorumluluk, onun yalnızca mevcudiyetinden ve devredenin malvarlığında bulunmasından değil borçlu tarafından ileri sürülebilecek alacağa ilişkin olası savunmalardan da arınmış bir şekilde devrinden sorumluluk olarak anlaşılmaktadır⁸⁸⁴. Öte yandan, devredenin garanti sorumluluğu kapsamındaki savunmalar, (en azından kökeni) devir anında mevcut olanlardan ibarettir⁸⁸⁵.

Borçlunun ödeme gücünden yoksunluğu ise onun objektif olarak bu borcu ifa edemeyecek olması anlamı taşır ve onun isterse borcu ifa edebileceği ancak ifa etmediği halleri kapsamaz⁸⁸⁶. Borçlunun ödeme gücünden sorumluluğunun devir

⁸⁸³ Alacak rehni bakımından aynı yönde bkz. s. **Taşkın**, *Mevduat*, 410-411.

⁸⁸⁴ **Attenhofer, Karl**, “*Die rechtliche Stellung des cedenten zum Cessionar bei der Cession nach schweizer Obligationenrecht*”, ZSR 9, 1890, ss. 284-326, s. 287; **Engin**, *Garanti*, s. 107 vd; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 191, N.11; **Ercoşkun-Şenol**, s. 260 vd.

⁸⁸⁵ **Engin**, *Garanti*, s. 113; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 191, N. 12; **Ercoşkun-Şenol**, s. 268.

⁸⁸⁶ **Kapancı**, Şerh, TBK m. 191, N. 22; **Engin**, *Garanti*, s. 121-122; **Demirbaş, Feride**, “*Alacağı Devredenin Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu*”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2021, C. 11, S. 2, ss. 997 – 1034, s. 1018.

anlaşması yapıldığı an ile mi sınırlı olduğu yoksa bu sorumluluğun alacağın ifası anındaki ödeme gücünden sorumluluğa kadar genişletileceği doktrinde tartışmalıdır⁸⁸⁷. Yine bu bakımdan alacağın devir anında muaccel olup olmamasının bir fark yaratıp yaratmadığı da tartışma konusudur.

3. Teminatın Boşa Çıktığı Hallerde Yeniden veya Ek Teminat Gösterme Yükümlülüğü

Teminatın boşa çıktığı hallerde, devralanın olası bir zararını tazmin için çeşitli yollara başvurup başvuramayacağını yukarıda değerlendirmiştik. Öte yandan, taraflara yüklenemeyen bir sebeple teminatın değerindeki azalmalar vb. nedeniyle, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ek teminat gösterme yükümlülüğü bulunmadığını da ifade etmiştir.

Ancak kanımızca yanıtlanması gereken bir sorun da henüz paraya çevirme olayı gerçekleşmeksizin teminatın devredene yüklenebilen bir sebeple kısmen veya tamamen boşa çıkması halinde devredenin olası bir zararını engellemek amacıyla devredenden yeni veya ek bir teminat göstermesini talep edip edemeyeceğidir.

Kanımızca, bu soruya ancak taraflar arasında bir teminat gösterme borcu kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına bakılarak yanıt verilebilir. Dikkat edilecek olursa, teminat gösterme borcu, temel olarak teminat anlaşmasına ait bir borç değildir. Teminat anlaşmasının içeriğine dahil *pactum de cedendo*’dan doğan devir borcundan da farklı bir borçtur. Teminat gösterme borcu, ya kredi anlaşması bakımından bir yan yükümlülük ya da kredi verilmesinin bir koşulu olarak kabul edilmektedir⁸⁸⁸. Ancak böyle bir yükümlülüğün varlığı kabul edilebildiği ölçüde veya koşulun teminatın bir kez verilmesi ile değil ancak teminat varlık sürdürdüğü müddetçe kredi anlaşmasının ayakta kalacağı şeklinde yorumlanabildiği sürece, devredenden ek veya yeni bir teminat göstermesi kabul edilebilir.

⁸⁸⁷ Bu konuda görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 191, N. 24 vd.; **Demirbaş**, s. 1020 vd. Ödeme gücünden sorumluluğun alacak için zamanaşımı def'i ileri sürülen ana kadar genişleten görüş için bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1803; **Öz**, Şerh, TBK m. 191, N. 8. Ayrıca, ayrıca üstlenilmedikçe borçlunun ödeme gücünden sorumluluğun bulunmadığı İsviçre hukuku bakımından da bu sorumluluğun varlığı halinde hangi andaki ödeme gücünün esas alınacağı tartışılmaktadır. Bu konuda açıklamalar için bkz. **Attenhofer**, s. 311 vd.

⁸⁸⁸ **Özen**, Kredi Açma, s. 224, ve dn. 393.

II. Devralanın Hukuki Konumu

Teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın hukuki konumu, paraya çevirme olayı (*Verwertungsfall*) gerçekleşmeden önceki dönem ile paraya çevirme olayının gerçekleşmesi ise elde edilen paraya çevirme yetkisi ve geri devir olayının (*Rückzessionsfall*) gerçekleşmesi üzerine doğan teminatı iade yükümlülüğü bağlamında üç ana başlık halinde ele alınacaktır. Paraya çevirme olayı gerçekleşmeden önceki dönemde devralanın alacak üzerindeki tasarrufları çeşitli ihtimaller dikkate alınarak incelenecektir. Paraya çevirme olayının gerçekleşmesinin ardından ise devralanın teminatı paraya çevirmesinin hukuki sonuçları ele alınacaktır. Son olarak, teminat olarak devredilen alacakların iade yükümlülüğü açıklanacaktır.

A. Paraya Çevirme Olayı Gerçekleşene Kadar Olan Süreçte Devralan Tarafından Alacak Üzerinde Gerçekleştirilen Tasarruflar

Teminat amacıyla alacağın devrinde, günümüzde kabul edilen “tam hak teorisi” gereği devredenin alacak üzerinde dilediği tasarrufları geçerli olarak yapabileceğini ancak bunların paraya çevirme olayı gerçekleşmeden önce yapılmasının devreden ile devralan arasındaki teminat anlaşmasının ihlali anlamına geleceğini ve devredenin devralana karşı TBK m. 112 vd. uyarınca tazminat sorumluluğuna neden olacağını daha önce ifade etmiştik⁸⁸⁹.

Yine teminat anlaşmasının nisbi karakterinin aşılması bağlamında, tarafların alacağın devrini açık veya örtülü bir biçimde koşula bağlayabileceklerini de açıklamıştık⁸⁹⁰. Teminat amacıyla alacağın devrinde alacağın devri işleminin koşula bağlanması, teminat anlaşmasında “geri devir olayı” olarak öngörülen hususun gerçekleşmesi ile alacağın devri işleminin “bozulması” ve alacağın kendiliğinden gerisin geri devredene dönmesi sonucunu doğuracaktır⁸⁹¹. Dolayısıyla bu durumda devir anlaşmasının bağlandığı koşul, bozucu koşul niteliğindedir.

⁸⁸⁹ **Turan-Fühner**, s. 118 vd; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 261; **Aydıncık**, s. 178. Bu bakımdan doktrinde bir görüş sorumluluğun kıyasen uygulanacak olan TMK m. 945 hükmüne göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bkz. **Bergmaier**, s. 87; **Şafak**, İnancılı, s. 174.

⁸⁹⁰ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, F, 3.

⁸⁹¹ Şüphesiz ki, devrin açıkça koşula bağlandığı hallerde geri devir olayı ile devrin bağlı olduğu bozucu koşul birbiri ile tam olarak örtüşmeyebilir. Bu anlamda devrin bağlandığı koşul, devir anlaşmasının yorumu ile ortaya konulmalıdır. Söz gelimi, taraflar yalnızca asıl borcun ifası halinde alacağın kendiliğinden devredene dönmesini arzu ettiklerinden devrin bağlandığı bozucu koşul

Devir anlaşmasının bozucu koşula bağlandığı hallerde, teminat alanın/devralanın koşul gerçekleşinceye kadar yaptığı tasarruflar bakımından da farklı bir hukuki sonuç ortaya çıkacaktır. Zira bu tasarruflar, TBK m. 171 f. 3 (OR Art. 152/III) gereği bozucu koşulun gerçekleşmesiyle hükümsüz hale gelecektir⁸⁹². Ancak teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın hangi tasarruflarının bu kapsamda kabul edilmesi gerektiği ayrıca değerlendirilmelidir.

Bu çerçevede aşağıda, devralanın devir işleminin koşula bağlı olup olmadığı da dikkate alınarak paraya çevirme anlaşması gerçekleşmeden önce devralan tarafından yapılan tasarrufların yol açacağı hukuki sonuçlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

1. Devralanın Üçüncü Kişilerle Olan Tasarrufları

a. Devir Anlaşmasının Koşula Bağlı Olmadığı Hallerde

Teminat amacıyla alacağın devrinde, alacağın devri işlemi teminat altına alınan alacağın ifası veya sona ermesi gibi (açık veya örtülü olarak) bir bozucu koşula bağlanmadığı durumlarda, devralanın devir anından itibaren alacak üzerinde üçüncü kişiler ile yaptığı tasarruf işlemlerinin geçerli olacağına şüphe yoktur. Zira devralan bu işlemlerin yapıldığı sırada alacaklı konumunda olup onun tasarruf yetkisi bakımından herhangi bir sorun veya eksiklik söz konusu değildir. Bu kapsamda, devralan alacak üzerinde rehin veya intifa hakkı kurabilir veya alacağı bir başkasına devredebilir.

Ancak devralanın bu tür işlemleri henüz paraya çevirme olayı⁸⁹³ gerçekleşmeden önce yapmış olması, onun devredene karşı teminat anlaşmasından doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi anlamına gelecektir. Zira bu durumda, ilgi tasarrufların yapılmasından sonra *geri devir olayı* gerçekleşir ve devreden alacağı devredene iade yükümlülüğü doğarsa, alacağın devreden elinden çıkmış olduğu, eş deyişle bir başkasına devredilmiş olduğu hallerde, devralan elinde bulunmayan alacağı iade edemeyecektir. Dolayısıyla devralanın teminat anlaşmasından doğan bu iade yükümlülüğünü hiç yerine getirememesinden doğan zararı TBK m. 112 vd.

bundan ibaret olabilir. Ancak geri devir olayı, teminat anlaşması ile çok daha geniş kapsamlı bir şekilde belirlenmiş olabilir.

⁸⁹² TBK m. 171 f. 3, geciktirici koşula bağlanmış tasarruf işlemleri için öngörülmüş olsa da bu hükmün bozucu koşula bağlı tasarruf işlemlerine de kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Sirmen**, Şart, s.183; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1554.

⁸⁹³ Paraya çevirme olayı (*Verwertungsfall*) kavramı için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, C.

hükümlerince tazmin etmesi zorunlu olacaktır⁸⁹⁴. Bu bakımdan kanımızca devredenin ilgili davranışı kanımızca sonraki kusurlu ifa imkansızlığı bağlamında ele alınmalıdır⁸⁹⁵.

Devralanın alacak üzerinde intifa veya rehin hakkı kurduğu hallerde ise, geri devir yükümlülüğünün doğmasıyla birlikte alacağın devredene iade edilmesine (geri devir işleminin yapılmasına) bir engel bulunmayacak ancak devreden alacağı bu haklar ile yüklü bir biçimde (geri) elde edecektir. Bu durumda da devralan iade yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş olacağından yine bundan doğan zararı tazminle yükümlü olacaktır.

Ancak doktrinde bir görüş⁸⁹⁶, TMK m. 942 hükmünün teminat amacıyla alacağın devri bakımından da kıyasen uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. TMK m. 942 hükmünde, “*Alacaklı, rehinli taşınırı ancak rehnedenin rızasıyla bir başkasına rehnedebilir.*” ifadesine yer verilmektedir. Bu hükmün teminat amacıyla alacağın devrine kıyasen uygulanması, devralanın alacak üzerinde geçerli olarak rehin kurmasını (veya başkaca tasarruflarda bulunmasını) devreden rızasına bağlamak anlamına gelecektir. Kanaatimizce böyle bir kıyasen uygulamanın kabul edilebilmesine imkan yoktur⁸⁹⁷. Zira teminat amacıyla alacağın devrindeki devralan ile alacak rehnindeki rehin verenin konumları arasındaki farklılık dahi bu kıyas köprüsünün kurulmasına engel teşkil eder.

Belirtmek gerekir ki, devralan alacak üzerinde yukarıda ifade ettiğimiz türden tasarrufları paraya çevirme anlaşması gerçekleşmeden yapmış olsa dahi, sonradan paraya çevirme olayının gerçekleşmesi halinde artık onun devredene karşı zararı tazminle yükümlü olduğundan söz edilemez. Zira devreden paraya çevirme imkanının doğumu, artık alacağın devredene iadesi yükümlülüğünün doğmayacağı

⁸⁹⁴ Bu bakımdan devreden devralana karşı sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak da başvurabileceği akla gelebilir. Ancak kanımızca, burada teminat (inanç) anlaşmasının ayakta olması nedeniyle talep sebepsiz zenginleşmeye değil teminat anlaşmasına dayalı olacaktır. Zira iade yükümlülüğü en baştan beri teminat anlaşmasının bir unsuru olarak anlaşmanın içeriğine dahildir. Bu durum, ilgili anlaşmanın inançlı işlem niteliğinde olmasından kaynaklanır. Geri devir olayının gerçekleşmesiyle teminat anlaşması yıkılmaz; aksine devralanın iade yükümlülüğüne kaynak teşkil eder.

⁸⁹⁵ Burada devralanın alacağı bir başkasına devretmesinin karşılığında elde ettiği bir edim (karşı edim) söz konusuysa, kanımızca bunun bir ikame değer (*Surrogation*) olarak kabul edilmesi gerekir. Böylece, devralanın bu karşı edimi ikame değer kapsamında devredene verme yükümlülüğü bulunacaktır. Sonraki kusurlu ifa imkansızlığında kaim değer iadesi hakkında bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, § 16, N. 4.

⁸⁹⁶ **Zobl/Thurnerr**, Syst Teil, N. 1614; **Oftinger/Bär**, Syst. Teil, N. 299; **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 280.

⁸⁹⁷ Aynı yönde bkz. **Bergmaier**, s. 86; **Turan-Fühner**, s. 105-106.

anlamına gelir. Ancak böyle bir durumda, devralanın söz konusu tasarrufları nedeniyle teminatı daha düşük bir değerle paraya çevirmiş olması veya paraya çevirememesi sonucunun ortaya çıkması mümkündür. Söz gelimi, devralan alacağı bir başkasına devretmiş olursa artık paraya çevirebileceği bir teminat olmayacak veya alacak üzerinde rehin kurmuşsa bu durum borçludan ifa talebinde bulunmasına engel olabilecektir. Kanımızca böyle bir durumda, devralan alacağı paraya çevirmek bakımından bu işlemleri hiç yapmasaydı ve özenli davransaydı elde edebileceği değer dikkate alınmalı ve devralanın kendi davranışı nedeniyle elde edemediği tutar bakımından (asıl borç kapsamında) devredene başvurma imkanı bulunmadığı kabul edilmelidir. Yine bu bakımdan devralanın, paraya çevirme olayı gerçekleşmeden önce ilgili tasarruflar sonucu elde ettiği karşı edim gibi çıkarlar da onun paraya çevirdiği değerın hesaplanması bakımından dikkate alınmalıdır.

b. Devir Anlaşmasının Bozucu Koşula Bağlı Olduğu Hallerde

Devir anlaşmasının bozucu koşula bağlı olduğu ihtimal ele alınacak olursa⁸⁹⁸, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu durumda devredenın bozucu koşul gerçekleşene kadarki süreçte üçüncü kişiler ile yaptığı tasarruflar koşulun gerçekleşmesi ile hükümsüz hale gelecektir. Ancak bu bakımdan TBK m. 171 f. 3 hükmünde ilgili tasarrufların, “*koşul hükümlerini zedelediği oranda*” geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, bozucu koşulun söz konusu olduğu hallerde, ilgili tasarruflar hakkın devredene dönmesini zedelediği oranda geçersiz olacaktır. Bu bakımdan devredenın alacağı bir üçüncü kişiye devretmesinin hükmün kapsamına girdiğine şüphe yoktur.

Ancak alacak üzerindeki rehin ve intifa kurulması bakımından, bu tasarrufların da zedeleyici (*beeinträchtigend*) olarak kabul edilip edilemeyeceğinin ayrıca ele alınması gerekir. TBK m. 171 f. 3 (OR Art. 152/III) anlamında nelerin zedeleyici ara tasarruflar olarak kabul edileceği bakımından doktrinde tek bir tanımdan hareket edilmediği görülmektedir⁸⁹⁹. Kimi yazarlar bu kavramı, koşula bağlı tasarruf işleminin konusunun ekonomik değerini azaltan tüm ara tasarruflar olarak ele almakta; yine kimi yazarlara göre burada koşulun gerçekleşmesinden sonra koşul ile uyumsuz olan tasarruflar kast edilmektedir. Yine bazı yazarlar, devralanın devraldığı

⁸⁹⁸ Bu koşulun örtülü olarak kararlaştırıldığıının kabul edilebileceği haller için yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, F, 3.

⁸⁹⁹ Bu yönde bkz. Lauko, s. 126-127.

şey üzerindeki yönetim hakkı ve ekonomik kullanımına dayanan işlemlerin “zedeleyici” olarak ele alınmaması gerektiğini ifade etmektedir⁹⁰⁰. Ancak bu bakımdan hangi tanım kabul edilirse edilsin, ara dönemde üçüncü kişiler ile yapılan tasarruf işlemlerinin tamamının bu kapsamda “zedeleyici” nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁹⁰¹. Dolayısıyla, devralanın paraya çevirme hakkı doğmadan önce alacak üzerinde üçüncü kişilerle yaptığı tüm tasarruf işlemleri, devir işlemi bakımından bozucu koşul olan “geri devir olayı”nın gerçekleşmesiyle hükümsüzleşecektir⁹⁰². Alacak üzerinde kurulan rehin ve intifa hakkı da bu kapsamda kabul edilecektir⁹⁰³.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 171 f. 3 gereği koşulun gerçekleşmesi ile birlikte hükümsüzleşecek “zedeleyici” tasarruflar bakımından, iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanımları istisna tutulmuştur⁹⁰⁴. Bu kazanımlar, zedeleyici özellik arz etseler dahi korunacak ve koşulun gerçekleşmesiyle hükümsüz hale gelmeyecek; geçerli olarak kalmaya devam edecektir. Ancak alacak üzerindeki tasarruf işlemleri bakımından üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması ve bu yolla alacak hakkı kazanılması söz konusu olmadığından, bu durum konumuz bakımından bir önem arz etmemektedir.

Son olarak, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, doktrinde bir görüş⁹⁰⁵ TBK m. 171 f. 3 (OR Art. 152/III) hükmünün uygulama alanı bulması için alacağın devrinin koşula bağlanmış olmasını gerekli görmemekte ve bu hükmün koşula bağlı borçlara ve borçlandırıcı işlemlere de uygulanacağını kabul etmektedir. Yazara göre, teminat amacıyla alacağın devrinde teminat anlaşması niteliği gereği koşula bağlı borçlar içerdiğinden, her durumda teminat amacıyla alacağın devrindeki ara tasarruflar TBK m. 171 f. 3 (OR Art. 152/III) hükmüne tabi olacaktır. Bu bakımdan ara tasarrufların

⁹⁰⁰ Söz konusu tanımlar için bkz. **Lauko**, s. 126-127.

⁹⁰¹ **Lauko**, s. 127.

⁹⁰² Devir işlemi bakımından bozucu koşul olan *geri devir olayı (Rückleistungsfall)*, paraya çevirme olayının (*Verwertungsfall*) gerçekleşmesiyle artık “gerçekleşmesi mümkün olmayan bir koşul” niteliğine bürünecektir. Dolayısıyla bu andan sonra bozucu koşulun gerçekleşme ihtimali ve devreden tasarruflarının hükümsüzleşme riski ortadan kalkacaktır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, özellikle devrin açıkça koşula bağlandığı hallerde geri devir olayı ile devrin bağlı olduğu bozucu koşul birbiri ile tam olarak örtüşmeyebilir. Bu anlamda devrin bağlandığı koşul, devir anlaşmasının yorumu ile ortaya konulmalıdır.

Paraya çevirme olayının gerçekleşmesiyle hükümden düşme riski ortadan kalkan ara tasarrufların devralanın paraya çevirme imkanına etkisi bakımından yukarıda (devrin koşula bağlı olmadığı ihtimal için) ifade ettiğimiz durum, burada da geçerliliğini koruyacaktır. Dolayısıyla devralan bu ara tasarruflar nedeniyle teminattan olması gereken değeri elde edemediği kısım için (asıl borç kapsamında) devredene başvuramayacaktır.

⁹⁰³ Rehın bakımından aynı yönde bkz. **Reetz**, Diss., §5, N. 139.

⁹⁰⁴ **Gümüş**, Borçlar, s. 1001; **Oğuzman/Öz**, Cilt II, N. 1554; **Eren**, Borçlar, N. 3660.

⁹⁰⁵ Bkz. **Reetz**, Diss., §5, N. 123 vd; **Reetz**, Art. 152 Abs. 3, s. 232 vd. Görüş hakkında detaylı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, I, F, 2, a.

hükümsüzleşmesi, alacağın **ilk devralana (teminat alana)** dönmesi sonucunu doğuracak ve böylece devralanın iade yükümlülüğünü yerine getirmesinin önündeki engel kalkmış olacaktır⁹⁰⁶. Yazara göre, bu durumun tek istisnası, ara tasarruflar bakımından üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunduğu hallerdir⁹⁰⁷. Alacağın devrinde esasen iyi niyetin korunması yolu ile hak kazanılması mümkün değildir ancak yazara göre burada OR 164/2 (TBK m. 183 f. 2) hükmü kıyasen uygulanmalıdır⁹⁰⁸. Böylece alacağın teminat amacıyla devredildiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen üçüncü kişilerin, alacağın teminat olmak üzere devredildiği bilgisini içermeyen bir yazılı borç tanınmasına güvenerek⁹⁰⁹, alacağı devralandan devralmaları veya alacak üzerinde rehin hakkı elde etmeleri halinde üçüncü kişilerin bu kazanımı korunmalıdır. Başka bir deyişle, geri devir olayının gerçekleşmesi halinde dahi bu tasarruf işlemleri geçerli olarak kalmaya devam etmelidir⁹¹⁰.

Biz bu görüşe katılma imkanı olduğunu düşünmüyoruz⁹¹¹. Bu bakımdan kanımızca TBK m. 171 f. 3'ün uygulama alanı bulabilmesi, ancak devir anlaşmasının koşula bağlı kabul edilebildiği hallerde mümkündür⁹¹². Ancak bu koşulun mutlaka açık olarak kararlaştırılması gerekmediği gibi, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bazı durumlarda bu koşulun örtülü olarak kararlaştırıldığı varsayılmalıdır. Öte yandan, hiçbir durumda kanımızca TBK m. 183 f. 2 (OR Art. 164/II) hükmüne kıyasen uygulama alanı yaratılarak alacağın üçüncü kişilerce kazanılmasında iyi niyetin korunması mümkün değildir.

2. Devralanın Borçlu ile Olan Tasarrufları ve Borçlunun Devredene İfası

a. Devir Anlaşmasının Koşula Bağlı Olmadığı Hallerde

Devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşene kadar, yalnızca üçüncü kişiler ile değil devredilen alacağın borçlusu ile yaptığı tasarruf işlemlerinin de alacağın devredene iade yükümlülüğünün hiç veya gereği gibi yerine getirilememesine yol açması mümkündür. Söz gelimi, devralan bu dönemde borçluyu ibra edebilir (*Erläss*)

⁹⁰⁶ Reetz, Diss., §5, N. 139, 140.

⁹⁰⁷ Reetz, Art. 152 Abs. 3, s. 244-245; Reetz, Diss., §5, N. 152 vd.

⁹⁰⁸ Reetz, Art. 152 Abs. 3, s.243-244; Reetz, Diss., §5, N. 158.

⁹⁰⁹ Yazara göre, burada bu yazılı borç tanınmasına karşılık gelen belge devir senedi olabileceği gibi yazılı borç tanınması da olabilir. Ancak devir senedinde teminat amacına ilişkin bilgi yer almasına rağmen onu incelemeyen yalnızca yazılı borç tanınmasına güvenerek alacağı devralan kimsenin iyi niyetli olduğundan söz edilemez. Bkz. Reetz, Art. 152 Abs. 3, s. 244-245.

⁹¹⁰ Reetz, Diss., §5, N. 158 vd.

⁹¹¹ Aynı yönde bkz. Lauko, s. 14.

⁹¹² Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, F, 2, a.

veya borçlu ile ona ek süre verilmesine ilişkin bir erteleme anlaşması (*Stundung*) yapmış olabilir. İade yükümlülüğünün bu hukuki işlemlerden kısmen veya tamamen etkileneceği açıktır. Öte yandan borçlunun devredene yapacağı bir ifa ile borç ortadan kalkmış da olabilir⁹¹³. Bu durumda da alacak sona ereceğinden devredenin alacağı iade etmesi mümkün olmayacaktır.

Borçlunun henüz paraya çevirme olayı gerçekleşmeden devralana ifada bulunması, kanımızca pratikte ancak teminat altına alınan asıl borcun teminat olarak devredilenden önce muaccel olması halinde söz konusu olur⁹¹⁴. Zira aksi takdirde (her ne kadar borçlu teorik olarak borcu ifa edebilirse de) devralanın borçluyu ifaya zorlaması mümkün değildir. Alacağın muaccel olduğu böyle bir durumda, devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşene kadar muaccel olmuş alacağın ifasını talep etmemesi⁹¹⁵ ya da borçludan gelen bir ifa teklifini reddetmesi kendisinden beklenemez⁹¹⁶. Ötesinde, onun borçludan gelen böyle bir teklifi reddetmesi alacaklı temerrüdüne düşmesine de neden olur. Hayatın olağan akışında düşük bir ihtimal olmakla birlikte, alacak muaccel olmadan önce borçludan gelen bir erken ifa teklifini reddetmesi de kural olarak kanımızca devredenden beklenemez. Zira böyle bir ifa

⁹¹³ Teminat amacıyla alacağın devrinde borçlu ile gerçekleştirilen ara tasarruflar bağlamında bu üç durumu ele alan görüş için bkz. **Reetz**, Diss., §5, N. 197 vd.

⁹¹⁴ Böyle bir durumdan kaçınmak isteyen devralanın, alacağı devretmesine rağmen devreden ile arasındaki anlaşma gereği alacağın tahsil yetkisini elinde tutması ihtimali akla gelebilir. Nitekim Alman hukukunda genellikle teminat amacıyla alacağın devrinde bu yolun tercih edildiği görülmektedir. Bkz. **Huber**, N. 4/595 vd. Ancak devreden bu şekilde tahsil yetkisini elinde tutabilmesi mümkün görülebilirse dahi bu yetkinin sınırsız şekilde devredende kalacağının kararlaştırılması halinde geçerli bir alacağın devri işleminden söz edilemeyeceğini de ifade etmek gerekir. Bu yönde bkz. **Huber**, N. 4/595. Teminat amacıyla alacağın devrinde devreden alacağı tahsil etme yetkisine sahip olması ve bunun özellikle alacak hesapları (*Buchforderungen*) bakımından uygulaması hakkında ayrıca bkz. **Rohner**, s. 78 vd; **Teckener**, s. 31 vd.

Öte yandan, **Reetz** devralanın devreden doğrudan temsilcisi sıfatıyla da ifaya yetkili kılınabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Reetz**, Diss., §5, N. 241, 242. Aynı yönde bkz. **Kleyling**, s. 49. Uygulamada, bankaların genellikle devredilen alacağın borçlusundan alacağı devreden banka hesabına transfer etmesini talep ettikleri görülmektedir. Bkz. **Kleyling**, s. 48.

Devreden ile devralanın, devralanın devrin borçluya bildirimini kısıtlaması veya yasaklaması da (*stille Zession*=sessiz devir) bu bakımından devredene tahsil veya temsil yetkisi verilmesi ile benzer bir amaca hizmet etmektedir. Bkz. **Böhm**, s. 27. Bu bakımdan **Bucher**, borçlu sözleşmeye uygun davrandığı sürece devrin borçluya bildirimini yasaklayan bir anlaşmanın geçerli görülebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Bucher**, Kreditsicherung, s. 15. Ancak böyle bir yasaklama anlaşmasının devralanın bildirim hakkını tamamen ortadan kaldırması mümkün değildir. Zira bu durumda tarafların devir iradesinden şüphe duyulacaktır. Bkz. **Rohner**, s. 67.

⁹¹⁵ Devralanın muaccel alacağı talep etmemesi, onun alacağı özenle idare etmediği anlamına da gelebilecektir. Bkz. **Reetz**, Diss., §5, N. 219; **Kleyling**, s. 57.

⁹¹⁶ Aynı yönde bkz. **Reetz**, Diss., §5, N. 221. Ayrıca bkz. **Aydıncık**, s.185; **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 281. **Reetz** böyle bir durumda, devralanın alacağın ifasını sağlamaya hem yetkili hem de yükümlü olduğunu belirtmektedir. **Reetz**, Diss., §5, N. 222, 223. Zira aksi takdirde muacceliyetten sonra borçlunun ödeme gücünde meydana gelen değişimler, onun teminat teşkil edene alacağı hiç veya gereği gibi tahsil edememesine yol açabilir.

teklifini reddetmek de kural olarak devralanın alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açacaktır^{917, 918}.

Devralanın böyle bir ifayı bekletmesi veya reddetmesi ondan beklenemezse de borçlunun ifası ile alacak sona ereceğinden, devralanın alacağı iade borcunu ifa etmesi imkansız hale gelecektir. Ancak ifayı reddetmek veya talep etmemek yönündeki davranışı ondan beklenemeyeceğinden devralan iade yükümlülüğünün imkansızlaşması bakımından kusursuz kabul edilecektir. Bu durum sonraki kusursuz ifa imkansızlığı (TBK m. 136) olarak görülecek olursa, bu durumda devreden hem teminat altına alınan asıl borcu ifa etmiş hem de teminat olarak verdiği alacakları geri alamamış olacaktır. Teminat altına alınan asıl alacak, teminat olarak devredilen alacakların karşı edimini de oluşturmadığından devredenin ifa ettiği asıl alacağın iadesini de talep etmesi söz konusu olmayacaktır.

Doktrinde bir görüş⁹¹⁹, teminat olarak devredilen alacağın devralana ifası asıl alacak muaccel olmadan (paraya çevirme olayı gerçekleşmeden devralanın) önce gerçekleşmişse, devralanın imkansızlaşan iade borcunun yerini ikame bir değer (Surrogation) alabileceğini ifade etmektedir. Ancak Reetz bu bakımdan, ya tarafların sözleşmede kaim değere ilişkin bir anlaşma (Surrogationsabrede) yapmış olmalarını ya da kaim değerin iadesi yükümlülüğünün rehin hükümlerinden (veya diğer inançlı işlemlere uygulanan hükümlerden) yararlanılarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Buna göre, teminat olarak devredilen alacak bir para alacağıysa devralanın tahsil ettiği tutar üzerinde düzensiz rehine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur ve böylece devreden bu kapsamda ilgili tutarın iadesini talep edebilir⁹²⁰.

⁹¹⁷ Erken ifa teklifini reddetmenin alacaklı temerrüdüne neden olacağı yönünde ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N. 1000; **Eren**, Borçlar, N. 2958; **Gümüş**, Borçlar, s. 694.

⁹¹⁸ Böyle bir riskten kurtulmak isteyen devreden, henüz alacaklı olduğu dönemde (alacağı devretmeden) borçlu ile arasında yapacağı bir anlaşma ile erken ifaya ilişkin TBK m. 96. kuralını bertaraf etmelidir. Bu kuralın alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile bertaraf edilebileceği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N. 1001; **Eren**, Borçlar, N. 2961; **Gümüş**, Borçlar, s. 710.

Burada, devralan alacaklının alacak üzerindeki hakkının koşula bağlı olması, kanımızca erken ifanın kabul edilmesi gerekliliği yönündeki kuralın durumun gereğinden kaynaklanan bir istisnası olarak görülemez. Zira devir borçlunun hukuki durumunu zorlaştırmaz. Kanımızca durumun gereğinden kaynaklanan istisnalar, ancak alacağa ve onu doğuran borç ilişkisine ilişkin olabilir.

⁹¹⁹ **Reetz**, Diss., §5, N. 228 vd. **Bergmaier** ise genel olarak teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın asıl alacak muaccel olmadan elde ettiklerinin birer kaim değer olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, bunun kaynağı teminat anlaşmasıdır ve her zaman kaim değer yönündeki böyle bir anlaşmasının sözleşmenin içeriğine dahil olduğu varsayılmalıdır. Bkz. **Bergmaier**, s. 200.

⁹²⁰ **Reetz**, Diss., §5, N. 229; **Oftinger/Bär**, Syst. Teil, N. 314; **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 281; **Kahveci**, s. 678; **Turan-Fühner**, s. 126. Bu durum, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, alacak rehinde doktrinde bir görüş tarafından asıl borcun muacceliyetinden önce teminat teşkil eden alacağın rehin alana ifası halinde kabul edilmektedir. Bkz. Birinci Bölüm, III, A.

Teminat konusu alacağın bir para alacağı değil de bir eşyanın mülkiyetinin devrine ilişkin olduğu hallerde de, yazara göre bu eşyanın mülkiyetinin devralana geçirilmesi ile devralan artık söz konusu eşyayı teminat olarak devralmış kabul edilmelidir. Bu kapsamda, geri devir yükümlülüğünün doğmasıyla ilgili eşyayı devredene vermekle yükümlü olacaktır⁹²¹.

Kanımızca böyle bir durumda, devralanın alacağın kendisine ifa edilmesi ile elde ettiği para veya eşyayı devralana iade etme yükümlülüğü, alacağı iade borcunun sonraki kusursuz ifa imkansızlığına bağlı bir sonuçtur. Dolayısıyla başka bir kural aranmasına gerek olmaksızın devralan borçludan elde ettiği şeyi kaim değer kapsamında devredene iade etmekle yükümlü kabul edilmelidir⁹²². Böylece teminat altına alınan asıl borcu ifa eden devralan, dolaylı olarak teminat olarak devrettiği şeyi geri almış olacaktır.

Devralan ile borçlu arasındaki tasarruf işlemleri ele alıncak olursa, devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşmeden borçlu ile yapacağı erteleme veya ibra anlaşması da devralanın iade yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirememesine neden olacaktır. Bu bakımdan ibra halinde, devralanın, iade yükümlülüğü bakımından sonraki kusurlu ifa imkansızlığı; erteleme anlaşması halinde ise borcun gereği gibi ifa edilmemesi gündeme gelecektir. Bu doğrultuda, devralan devreden zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Zira borçlunun devralana ifasından farklı olarak, burada devralanın ilgili işlemleri yapmaması sonucunda kendisi bakımından dezavantajlı bir sonuç ortaya çıkacak değildir. Dolayısıyla, devralanın paraya çevirme anlaşması gerçekleşmeden bu hukuki işlemleri yapması onun kusura dayalı bir davranışı olarak görülmelidir.

b. Devir Anlaşmasının Bozucu Koşula Bağlı Olduğu Hallerde

Alacağın devrinin bozucu koşula bağlı kabul edilebildiği hallerde, ara dönemde borçlu ile devralan arasındaki tasarrufların da TBK m. 171 f. 3 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bu kapsamda yanıtlanması gereken ilk sorudur. İsviçre doktrininde, alacağın borçlu tarafından ifası hariç olmak üzere, bu işlemlerin de tıpkı üçüncü kişiler ile yapılan tasarruf işlemleri gibi hükmün

⁹²¹ Reetz, Diss., §5, N. 230.

⁹²² Sonraki kusursuz imkansızlıkta her ne kadar imkansızlaşan edimi ifa etme borcu sona erse de olası bir kaim değer devri yükümlülüğünün devam edeceği yönünde bkz. Serozan, İfa Engelleri, §15, N. 3.

kapsamında olduğu eğiliminin hakim olduğu ifade edilmektedir⁹²³. Alman doktrindeki azınlıkta kalan bir görüş ise, borçlu ile yapılan bu tasarrufları, kısmen veya tamamen bu hükmün kapsamından çıkarmak gerektiği yönündedir⁹²⁴. Borçlu ile yapılan tasarrufların da bu hükmün kapsamında olduğu kabul edilecek olursa, yanıtlanması gereken ilk soru hangi tasarrufların bu bağlamda zedeleyici kabul edileceği ve borçlunun ara dönemde devredene yaptığı ifanın akıbeti olacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre⁹²⁵, ara dönemde borçlunun devralana ifada bulunması da koşula bağlı alacağın devri bakımından TBK m. 171 f. 3 bağlamındaki “zedeleyici tasarruflardan” kabul edilecektir. Ancak bu durumda borçlunun koşulun gerçekleşmesiyle ikinci kez ifada bulunma rizikosuna (*Doppelzahlungsrisko*) ile baş başa kalması da onun menfaatlerine ciddi ölçüde zarar verecektir. Bu nedenle, söz konusu görüşe göre burada (borçlunun OR Art. 167/TBK m. 186 bağlamında iyi niyeti korunmadığı sürece) TBK m. 187 (OR Art. 168) kıyasen uygulama alanı bulmalıdır. Bu kapsamda, devreden kendisinden ifa talebinde bulunan devralana karşı alacağı tevdi edeceği yönünde bir savunma ileri sürme imkanına sahip olacaktır⁹²⁶.

Borçlunun ifası özelinde olmamakla birlikte, koşula bağlı alacağın devrinde borçlu ile gerçekleştirilen ara dönemdeki işlemler bakımından bunlardan hangilerinin zedeleyici nitelikte kabul edileceğine ilişkin doktrinde bir görüş, her bir durumda somut olayın özelliklerinin ve özellikle bekleme döneminde alacağın amaca uygun şekilde yönetilmesi kriterlerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir⁹²⁷. Bu görüşten hareket edilecek olursa, kanımızca teminat amacıyla alacağın devrinde borçlunun devralana yapacağı ifa TBK m. 171 f. 3 kapsamında kabul edilemez⁹²⁸. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, devralanın muaccel olmuş bir alacağın ifasını talep etmemesi ondan beklenemez. Dolayısıyla bu durum, onun alacağı amaca uygun yönetimi kapsamında görülebilir. Bu bakımdan, devreden teminat olarak asıl alacaktan önce muaccel olacak bir alacağı devretmesi, onun söz konusu ihtimali göze aldığı ve bu riske onun katlanması gerektiği sonucunu çıkarmaya da elverişli görülmelidir. Bunun kabulü halinde, borçlunun hukuki durumu bakımından da

⁹²³ Bkz. **Lauko**, s. 128.

⁹²⁴ Görüşler için bkz. **Lauko**, s. 129.

⁹²⁵ **von Tuhr/Escher**, Band II, s. 269-270.

⁹²⁶ Görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. **Lauko**, s. 131 vd.

⁹²⁷ **Lauko**, s. 138 vd.

⁹²⁸ Benzer yönde bkz. **Reetz**, Diss., §5, N. 222.

menfaatler dengesine uygun bir yol tercih edilmiş olacaktır. Zira böylece borçlu da muaccel olan borcunu ifa ederek borcundan kurtulmuş ve ne ikinci kez ifa riski ile ne de bu riskten kurtulmak bakımından tevdi zorunluluğuna katlanmak zorunda kalacaktır. Son olarak, ifanın katıldığımız görüş uyarınca bir tasarruf işlemi de olmadığı dikkate alınacak olursa⁹²⁹, kavramsal olarak da TBK m. 171 f. 3'ün kapsamı dışında kalması gerektiğini ifade etmek gerekir. Bu çerçevede ortaya çıkan hukuki duruma ilişkin olarak, devrin koşula bağlı olmadığı durumda devralanın kaim değeri iade yükümlülüğünün burada da geçerli olacağı belirtilmelidir.

Teminat amacıyla alacağın devrinde tasarruf işlemi olan devrin şarta bağlı kabul edildiği hallerde, paraya çevirme olayı gerçekleşmeden devralan ile borçlu arasındaki erteleme veya ibra anlaşması gibi tasarruf işlemleri ise doktrinde TBK m. 171 f. 3 kapsamında kabul edilmektedir⁹³⁰. Ancak *Reetz*, burada borçlunun korunması bakımından OR Art 168 (TBK m. 186) hükmünün kıyasen uygulanması yolu⁹³¹ ile iyi niyetli borçlunun korunacağını ifade etmektedir. Kanımızca TBK m. 186 hükmünden kıyasen böyle bir sonucun çıkarılması mümkün değildir⁹³². Ancak devir koşula bağlı olduğu sürece, ilgili işlemler TBK m. 171 f. 3 kapsamında “*zedeleyci tasarruf işlemleri*” olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla koşulun gerçekleşmesi ile bu işlemler hükümden düşecektir⁹³³.

⁹²⁹ Bu konuda bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, §1, N. 20, 21; **İnceoğlu, Murat**, “İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”, AÜHFD, C. 54, S. 4, ss. 149-182, s. 150 vd.

⁹³⁰ **Reetz**, Diss, §5, N. 197 vd. Bu bakımdan daha önce de ifade ettiğimiz üzere, *Reetz*, TBK m. 171 f. 3'ün uygulanması için devrin koşula bağlı olması şartını aramamaktadır. Biz daha önce de yazarın ilgili görüşünü paylaşmadığımızı ifade etmiştik. Ancak devrin koşula bağlı olduğu hallerde, çalışmamız açısından yazarın hangi ara işlemleri bu kapsamda gördüğü önem arz etmektedir.

⁹³¹ Yazarın borçlunun bu kapsamda iyi niyetinin korunması bakımından aradığı şartlara ilişkin olarak ayrıca bkz. **Reetz**, Diss, §5, N. 211 vd.

⁹³² TBK m. 186'nın kıyasen uygulanacağı bazı hallerin doktrinde kabul edildiğini belirtmemiz gerekir. Ancak bu hallerin hepsinde, borçlu gerçek alacaklıya gerçekleştirmede ifa nedeniyle korunmaktadır. Bu bakımdan özellikle, geçerli olmayan bir devre rağmen devir kendisine bildirilen borçlunun devralana yaptığı ifa TBK m. 186 hükmünün kıyasen uygulanacağı hallerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için ayrıca bkz. **Girsberger/Hermann**, BSK OR I, Art. 167, N. 17; **Koller**, OR AT, 84.131; **von Büren**, s. 330; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1828. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 186, N. 4.

⁹³³ Böyle bir durumun borçlu için büyük bir dezavantaj olduğuna şüphe yoktur. Ancak unutulmamalıdır ki, borçlu kendisine sunulan devir senedinden devrin koşula bağlı olduğunu çıkaramıyacağından yapabilecektir. Devralan ile giriştiği hukuki ilişkilerde de borçlunun devir senedi kendisine sunulmadan işlem yaptığı her durumda kendisi bakımından risk yarattığı açıktır.

Borçlunun devralana yaptığı ifa bakımından da aynı şeyin söylenebileceği akla gelebilir. Ancak kanımızca ifa bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılan husus, muaccel olmuş bir ifanın borçlu bakımından yerine getirilmemesi ile böyle bir ifa teklifinin alacaklı tarafından reddedilmesinin yaratacağı hukuki sonuçlardır.

B. Paraya Çevirme Yetkisi ve Paraya Çevirmeye Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Teminat anlaşmasına içkin ve onun dört zorunlu içeriğinden birinin de paraya çevirme anlaşması (*Verwertungsabrede*) olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu bakımdan devralan, asıl borç muaccel olmasına rağmen ifa edilmediği takdirde (paraya çevirme olayının gerçekleşmesiyle), teminat olarak devralmış olduğu alacağı paraya çevirebilecektir.

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, teminat teşkil eden alacağın asıl alacaktan daha önce muaccel olması halinde (veya istisnaen devredilen alacak henüz muaccel olmadan dahi) devralanın borçlunun gerçekleştireceği ifa ile alacağı paraya çevirmiş olması mümkündür. Bu durumda alacağı önceden paraya çevirmiş olmak bakımından devralana kusur atfedilemeyecektir. Öte yandan, devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşmeden önce alacağı ivaz karşılığı bir başkasına devretmiş olması halinde de onu zamanından önce paraya çevirdiği söylenebilir. Kanımızca her iki durumda da sonradan paraya çevirme olayının gerçekleşmesi ile devralan, daha önceden elde ettiği tutar oranında tatmin edilmiş kabul edilmelidir. Ancak özellikle ikinci ihtimal bakımından, eğer devralan alacağı olması gereken zamanda paraya çevirseydi daha fazla bir tutar elde edecekse, onun bu fazla olan tutar uyarınca tatmin edilmiş sayılması gerekir⁹³⁴.

Doktrinde bir görüşün⁹³⁵, teminat teşkil eden alacağın paraya çevirme olayından önce paraya çevrilmesi halinde devralanın tahsil ettiği tutar üzerinde düzensiz rehin hakkına sahip olacağını ileri sürdüğünü ifade etmiştik. Kanımızca devralanın alacaklı sıfatı ile elde ettiği herhangi bir para veya edim üzerinde böyle bir rehin hakkı bulunduğu söz edilemez. Paraya çevirme olayının sonradan gerçekleşmesi ile devralanın elde ettiklerinin asıl borca etkisi ileride ele alınacaktır.

Paraya çevirme kavramının teminat amacıyla alacağın devri bakımından ne anlama geldiğine değinmek gerekirse, bu bakımdan akla gelen ilk yol, şüphesiz ki devralanın teminat teşkil eden alacağın borçlusuna başvurarak alacağın ifasını sağlamasıdır. Ancak devralan dilerse, alacağı ivaz karşılığı başkasına devrederek

⁹³⁴ Bu durum, devralanın alacağın paraya çevrilmesinde özenle davranma yükümlülüğünün bir sonucudur. İlk ihtimali bu bakımdan ayıran, devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşmeden teminat teşkil eden alacağa başvurmuş olmasının onun özen yükümlülüğüne aykırı görülmemesidir.

⁹³⁵ Reetz, Diss., §5, N. 229; Oktay-Özdemir, Teminat, s. 281; Kahveci, s. 678; Turan-Fühner, s. 126.

(satarak) da alacağı paraya çevirebilir⁹³⁶, ⁹³⁷. Rehinden farklı olarak, burada teminatın icra yolu ile paraya çevrilmesi söz konusu değildir. Doktrinde bu yolun devralan bakımından bir zorunluluk olmadığı ifade edilmekle birlikte bunun ötesinde teminat amacıyla alacağın devrinde böyle bir paraya çevirme yöntemi mümkün değildir. Zira devralan bu esnada paraya çevireceği alacak hakkının sahibidir⁹³⁸.

Paraya çevirme olayının gerçekleşmesiyle birlikte devralanın önce asıl alacağı takip etmek gibi bir zorunluluğunun olmadığına şüphe yoktur. Zira teminat amacıyla alacağın devrinden talilik bağlamında bir özellik bulunmaz. Tarafların teminat anlaşmasında bu yönde bir kararlaştırma yapmaları da devralanın önce teminat teşkil eden alacağa başvurmasına engel teşkil edemez. Zira devralan ilgili alacağa alacaklı sıfatı ile başvurmaktadır.

Doktrinde tartışmalı olan ise, paraya çevirme olayının gerçekleşmesi ile devralanın önce teminata başvurma zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Böyle bir zorunluluğun kabul edilmesi halinde, devralan teminat olan alacağı paraya çevirmeye girişmeden asıl alacağı takip edemeyecektir. Bu tür bir kural, önde rehnin paraya çevrilmesi zorunluluğu bağlamında (İİK m. 45) rehin bakımından söz konusudur. Ancak bu kuraldan teminat amacıyla alacağın devri bakımından bir sonuç çıkarılması mümkün değildir.

Ancak doktrinde bir görüşe⁹³⁹ göre, teminat amacıyla alacağın devrinde asıl alacağın muaccel olmasına rağmen ödenmemesi halinde, teminat alanın artık asıl alacağa başvurma hakkı sona erer. Bunun nedeni, o andan itibaren alacağın devrinin ifa uğruna edim haline gelmesidir⁹⁴⁰. Zira teminat amacıyla devir, şarta bağlı bir ifa uğruna edimdir. Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Devredilen alacağın asıl borç oranında alacaklıyı tatmin etmemesi halinde kalan kısım için veya yapılan takibin tamamen semeresiz kalması halinde asıl alacağın tamamı için asıl alacağa

⁹³⁶ Tarafların teminat anlaşmasında bu yollardan yalnızca birini seçmelerine de bir engel olmasa gerekir. Bu yönde bkz. **Şafak**, İnancılı, s. 178. **Oktay-Özdemir**, para alacakları bakımından teminat teşkil eden alacağın tahsilini; konusu para alacağı olmayan teminatlarda ise alacağın satışını daha elverişli bir yol olarak görmektedir. Bkz. **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 282.

⁹³⁷ **Reetz**, Diss., §5, N. 264; **Huber**, N. 4/600k; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 265. Rehinden farklı olarak teminat amaçlı inancılı işlemlerde teminat alanın paraya çevirme yönteminin seçimi konusunda serbest olduğu yönünde ayrıca bkz. **Mühl**, s. 291.

⁹³⁸ Alacak rehni söz konusu olduğunda da, özellikle para alacaklarında bu yöntemin ne kadar elverişli olduğu tartışmaya açıktır. Bu yönde bkz. **Taşkın**, Mevduat, s. 366. Bu bakımdan yazar, özel yoldan paraya çevirme yöntemi olarak satış da elverişsiz bir yol olarak görmektedir.

⁹³⁹ **Kleyling**, s. 27; **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 280 vd.

⁹⁴⁰ Bu bakımdan şarta bağlı bir ifa uğruna edim kabul edilmektedir. Bkz. **Oktay-Özdemir**, Teminat, s. 283-284.

başvurulabilir. Yine teminat olarak devredilmiş olan alacağın devredene iadesi halinde de asıl alacağın takip edilebilmesi mümkündür. Son olarak, taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile de bu kuralı tümünden bertaraf edebilirler⁹⁴¹.

Doktrinde benzer yöndeki bir görüşe⁹⁴² göre, devreden asıl alacağın muaccel olduğu anda artık (teminat teşkil eden alacağın da muaccel olması kaydıyla) asıl alacağını ileri sürmeksizin teminat olan alacağı ileri sürmek zorundadır. Zira asıl alacak muaccel olmasına rağmen yerine getirilmediğinde artık teminat olarak verilmiş olan alacaklar için ifa amacı söz konusu olur. Bu bakımdan devralanın teminatı paraya çevirmesi yalnızca bir yükümlülük değil aynı zamanda asıl alacağa başvurabilmenin de şartını oluşturur⁹⁴³. Teminat amacıyla alacağın devri, asıl alacak için de örtülü olarak bir erteleme anlaşması teşkil eder ve bu anlaşma ancak asıl alacak muaccel olduğunda geçerlilik kazanır⁹⁴⁴. Böylece devralan ilk önce teminata başvurmadığı takdirde, asıl borçlu bu yönde bir savunma ileri sürerek asıl borcu ifa etmekten kaçınabilir. Devralan ancak teminat olarak kendisine devredilmiş olan alacağı devredene iade ederek, asıl borçlunun ertelemeye ilişkin bir savunma ileri sürmesinin önüne geçebilir⁹⁴⁵. Öte yandan, tarafların iradesi en baştan beri önce teminata başvurulma zorunluluğunun bulunmadığı yönünde de ortaya konulmuş olabilir. Bu durumda da devralanın teminata başvurmadan asıl alacağa başvurma imkanı olduğu kabul edilmelidir⁹⁴⁶.

Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe⁹⁴⁷ göre ise, teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın her zaman asıl alacağa başvurma hakkı vardır. Zira ifa uğruna devir ile teminat amacıyla devir arasında paraya çevirme bakımından fark söz konusudur. İlkinde, ana amaç paraya çevirmek olmasına rağmen ikincisinde paraya çevirme son çare olarak görülmelidir. Dolayısıyla devralan isterse ilk önce teminat

⁹⁴¹ Oktay-Özdemir, Teminat, s. 281.

⁹⁴² Bergmaier, s. 192. Yazarın da ifa uğruna edime dönüşmek bakımından yukarıdaki görüşle hem fikir olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. Bergmaier, s. 189-190. Ayrıca bkz. Oftinger/Bär, Syst. Teil, N. 310,312.

⁹⁴³ Yazara göre, devralanın öncelikle ifa uğruna elinde bulundurduğu alacak hakkından tatmin olmaya çalışmaması, taraflarca kararlaştırılan amaca aykırılık teşkil eder. Bkz. Bergmaier, s. 192.

⁹⁴⁴ Bergmaier, s. 192. Bu bakımdan yazara göre, alacağın muacceliyetinin geciktirici bir şarta bağlandığı kabul edilmektedir.

⁹⁴⁵ Bergmaier, s. 193.

⁹⁴⁶ Bergmaier, s. 193-194.

⁹⁴⁷ Engin, İfa Uğruna, s. 849; Yüksel-Orhun, Teminat, s. 268; Şafak, İnancılı, s. 182; Şafak, Özel Görünüş, s. 148. Belirtmek gerekir ki, Yüksel-Orhun', somut olayın özelliklerine göre bazı hallerde teminattan önce asıl alacağa başvurma hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edebileceğini de ifade etmektedir. Bkz. Yüksel-Orhun, Teminat, s. 268-269. Alman Hukuku bakımından da alacaklının teminatı paraya çevirmek veya asıl alacağa başvurmak konusunda seçim hakkı bulunduğu yönünde ayrıca bkz. Mittlehner, s. 538.

altına alınan alacağı takip edebilir isterse doğrudan teminat teşkil eden alacağa başvurabilir. Bu görüşteki yazarlardan *Engin*, teminat amacıyla alacağın devrinin, devralan (asıl alacaklı) teminatı seçip de paraya çevirmeye giriştikten sonra ifa uğruna edimle farkının silikleşeceğini de ifade etmektedir⁹⁴⁸.

Doktrindeki bir diğer görüşe⁹⁴⁹ göre ise, devralan açısından teminat olarak devredilen alacağa başvurmak zorunlu değildir ancak bu alacak, esas alacağı karşılamaya yetiyorsa esas alacaklının cebri icra ile takip edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Sonucu bakımından bu görüşe yakın olduğu kabul edilebilecek başka bir yazara göre ise, devralanın asıl alacağa başvurmak bakımından herhangi bir ön koşulu yerine getirmesi gerekmez. Dolayısıyla asıl alacağın ertelendiği de kabul edilemez. Ancak devralanın asıl alacak bakımından devredene icra takibi başlatması halinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça SchKG Art. 41/I (İİK m. 45 f. 1) hükmünün teminat amacıyla alacağın devrinde de kıyasen uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekir. Bunun sonucunda da devreden ilgili icra takibine karşı önce teminata başvurulması veya teminatın kendisine iadesi koşuluyla asıl alacağa ilişkin takibe devam edilmesini ileri sürme yetkisine sahip olacaktır⁹⁵⁰.

Doktrindeki bir başka görüşe⁹⁵¹ göre ise, teminat altına alınan alacağın ifa edilmemesiyle ifa uğruna edim sonucu doğar. Ancak bu sonuç, her durumda teminat alanın önce teminata başvurmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Eğer teminat olarak devredilen alacak, asıl alacaktan daha önce muaccel olmuşsa, devralan bu durumda önce teminata başvurmak zorundadır. Aksi halde böyle bir zorunluluktan bahsedilemez. Devralanın bir seçim hakkı olduğu kabul edilmelidir⁹⁵².

Kanımızca, teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın önce teminata başvurma zorunluluğundan bahsedilemez. Zira *Engin*'in de haklı olarak belirttiği üzere, burada arzu edilen ilk sonuç teminattan faydalanarak asıl borcu sona erdirmek değildir. Öte yandan, devralanın önce teminata başvurma zorunluluğu kabul edilecek olursa, devreden/teminat verenin asıl borçlu değil de üçüncü kişi olduğu hallerde

⁹⁴⁸ *Engin*, İfa Uğruna, s. 850.

⁹⁴⁹ *Aydıncık*, s. 180; *Özsunay*, s. 141-142.

⁹⁵⁰ *Reetz*, Diss., § 8, N. 626 vd.

⁹⁵¹ *Turan-Fühner*, s. 125-126. Teminat olarak devredilen alacağın tahsili ile teminat amacıyla alacağın devrinin ifa uğruna edime çok yaklaşacağı yönünde ayrıca bkz. *Guggenheim*, s. 136.

⁹⁵² Teminat altına alınan alacağın önce muaccel olması halinde devralanın bir seçim hakkı olması bakımından aynı yönde bkz. *Bergmaier*, s. 190.

menfaatler dengesine aykırı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Böyle bir zorunluluk, ancak teminat anlaşmasında açıkça kararlaştırılmışsa söz konusu olabilir.

Öte yandan, hangi görüş benimsenirse benimsensin, teminat alanın paraya çevirmek bakımından doğrudan alacağın ifasına başvurusu, *lex commissoria* yasağı ile ilgili şüpheleri akla getirebilir. Zira bu yetki kendisine en baştan, teminat anlaşması yapıldığı sırada, eş deyişle, asıl alacak henüz muaccel olmadan önce verilmektedir. Ancak kanımızca böyle bir endişeye yer yoktur. Zira *lex commissoria* yasağı, hangi paraya çevirme yöntemi benimsenirse benimsensin aşan kısmın iadesini amaçlayan bir yasaktır⁹⁵³. Bu yasağın teminat amacıyla alacağın devrinde kıyasen uygulanmasından anlaşılması gereken de budur. Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devrinde de işin niteliği gereği benimsenen bu paraya çevirme metodunun *lex commissoria* yasağını ihlal ettiği söylenemez⁹⁵⁴. Bu bakımdan söz konusu yetkinin teminat anlaşması yapıldığı anda (eş deyişle, asıl borç muaccel olmadan) verilmesi de bir önem arz etmez^{955, 956}.

Teminatın paraya çevrilmesinin asıl alacağa etkisine gelince, asıl borcun muaccel olup da ifa edilmemesiyle doktrinde bir görüş teminat amacıyla devrinin ifa uğruna edime dönüşeceğinden hareketle, asıl borcun da devralanın teminatı paraya çevirmesiyle paraya çevirmeden elde edilen tutar oranında sona ereceğini kabul etmektedir⁹⁵⁷. Doktrindeki bazı yazarlar⁹⁵⁸ ise ifa uğruna edimi dayanak göstermeksizin alacağın paraya çevirme olayı gerçekleştikten sonra paraya çevrilmiş olması halinde asıl borcun da (teminattan karşılandığı oranda) sona ereceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, teminat teşkil eden alacak daha önce paraya çevrilmişse asıl alacak, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece o anda sona ermez⁹⁵⁹. Paraya çevrilen değer üzerinde elde edilen şeyin niteliğine göre, devralanın ya düzensiz

⁹⁵³ Yasağın amacı bakımından bu yönde bkz. **Kuntalp**, *Lex Commissoria*, s. 155.

⁹⁵⁴ **Bergmaier**, s. 138; **Makaracı-Başak**, *Rehin*, s. 285-286. Alacak rehninde özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları bakımından da bu yönde bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 361; **Demirsatan**, s. 170; **Helvacı, İ**, *Lex Commissoria*, s. 75; **Konuralp**, s. 2871-2872; **Kuntalp**, *Lex Commissoria*, s. 156.

⁹⁵⁵ Alacak rehninde özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları bakımından da aynı yönde bkz. **Taşkın**, *Mevduat*, s. 361. Teminat amacıyla vefalı satışlara ilişkin en baştan mülkiyetin geçirilmesine istinaden bu yönde bkz. **Nomer**, s. 2013-2014. Ancak **Helvacı**'ya göre, *de lege feranda* bir çözüm önerisi olarak, yasa bu tür anlaşmaların, ancak teminat altına alınan alacağın muacceliyetinden sonra yapılabileceğini ifade eden bir düzenlemeye yer vermelidir. Bkz. **Helvacı, İ**, *Lex Commissoria*, s.135.

⁹⁵⁶ Tarafların teminat amacıyla alacağın devrinde asıl borcun ifa edilmemesi halinde doğacak sonucu "ifa yerine edim" olarak da belirleyebilecekleri ancak bu durumda *lex commissoria* yasağı dikkate alınarak, bu anlaşmanın ancak teminat altına alınan alacağın muacceliyetinden sonra yapılabileceği yönünde bkz. **Bergmaier**, s. 191.

⁹⁵⁷ **Bergmaier**, s.198; **Oktay-Özdemir**, *Teminat*, s. 281.

⁹⁵⁸ **Reetz/Burri**, *CHK OR*, Art, 164, N. 33; **Reetz**, *Diss*, §5, N. 232, N. 264.

⁹⁵⁹ **Reetz**, *Diss*, §5, N. 219.

rehin hakkı olduğu ya da teminat amacıyla mülkiyet hakkı sahibi olduğu kabul edilmelidir⁹⁶⁰,⁹⁶¹. Bu durumda asıl alacağın sonradan muaccel olması ve ifa edilmemesi ile, eş deyişle sonradan gerçekleşen paraya çevirme olayı ile asıl alacak sona erer⁹⁶².

Kanımızca, devralan alacağı hangi anda paraya çevirmiş olursa olsun, taraflarca bu yönde özel olarak bir anlaşma yapılmadığı sürece ifa uğruna edim sonucundan söz edilemez. Zira böyle bir sonucun kabulü, açıkça taraf iradelerine aykırı bir sonucun taraflara dayatılması anlamına gelebilecektir. Öte yandan, teminat altına alınan alacağın ertelenmesi ve başta teminat anlaşmasına dayanan alacağın devrinin sonradan ifa uğruna edime dönüşmesi teorik olarak da kabul edilebilir olmaktan uzaktır. Tüm bunlara ek olarak, teminat amacıyla alacağın devrinin ifa uğruna edim görünümüne bürüneceğini kabul etmek her iki tarafın da menfaatlerine aykırı hukuki sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Bu anlamda, teminat amacıyla devrinin teminat ilişkisi devam ederken ifa uğruna devre dönüşeceği zaman bakımından hangi an esas alınırsa alınsın, devralanın ilk önce ya teminat altına alınan alacağa ya da teminat teşkil eden alacağa başvurmak bakımından bir zorunluluğu bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Eğer bu bakımdan asıl borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmediği an kabul edilecek olursa, devralan, teminattan tam olarak tatmin olmadığı haller dışında, asıl borcu takip etme imkanını kaybedecektir. Eğer ifa uğruna edime dönüşmek bakımından asıl borçluya karşı yapılan takibin sonuçsuz kalması gibi bir şart aranacak olursa, bu durumda da devralanın önce asıl borca başvurması ve ona karşı takibi tamamlaması zorunlu hale gelecektir. İfa uğruna edime dönüşmek bakımından devralanın teminatı seçip de onu paraya çevirmeye giriştiği an esas alınacak olursa da bu durumda asıl alacağın muacceliyetinden önce paraya çevrildiği ihtimalde asıl alacak muacceliyetinden önce (devralan paraya çevirmeden tatmin edildiği oranda) sona ermiş olacaktır. Bu durumda da devreden muacceliyet anında borcunu ifa ederek teminat olarak verdiği alacakları geri isteme hakkını kaybetmiş olmaktadır⁹⁶³. Eğer henüz muaccel olmamış

⁹⁶⁰ **Reetz**, Diss, §5, N. 229, 230. Bu bakımdan devredilen alacağın asıl alacak muaccel olmadan önce muaccel olup devralana ifa edilmesi halinde ifa edilen şey üzerinde düzensiz rehin bulunacağın kabul edenler de muacceliyet öncesi paraya çevirme bakımından dolaylı olarak bu görüşe katılmaktadır.

⁹⁶¹ Şüphesiz, bu görüş rehin hukukuna ait aynı ikame ilkesine benzer bir durum yaratılması kaygısından hareket etmektedir.

⁹⁶² **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 33.

⁹⁶³ Teminat olarak devredilen alacağın asıl alacaktan önce muaccel olacağı durumlarda teminat alanın bu sonucu göze aldığı da düşünülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, devralanın elindeki alacağı paraya

alacaklar için paraya çevirme işlemine girildiği takdirde ifa uğruna edime dönüşme anının asıl alacağın muacceliyeti anına ertelendiği kabul edilecek olursa, bu anda teminat teşkil eden alacak sona ermiş olacağından neyin ifa uğruna edim teşkil edeceği sorunu ortaya çıkacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kanımızca asıl borcun sona ermesi bakımından da alacağın devrinin ifa uğruna edime dönüştüğünün kabul edilmesine gerek yoktur. Şöyle ki, rehinde rehnin paraya çevrilmesiyle asıl alacaklının tatmin edilmesi ve paraya çevrilen değer tutarınca asıl borcun sona erdiği kabul edilmektedir. Ancak bu durum, rehnin özel yoldan değil İİK m. 145 vd. uyarınca rehnin paraya çevrilmesine özgü takip yoluyla paraya çevrilmesi bakımından geçerlidir. Para alacaklarının rehinde⁹⁶⁴, rehnin özel yoldan paraya çevirme anlaşması kapsamında, alacak rehinde borçlunun rehin alana yapacağı ifa ile paraya çevirmenin gerçekleştiği asıl alacak bakımından ortaya çıkacak sonuç doktrinde tartışmalıdır. Daha önce de açıkladığımız üzere, doktrinde bir görüş bu durumda asıl alacağın kendiliğinden sona ermediğini kabul etmekte ve bu bakımdan teminat altına alınan alacağın muaccel olup olmadığı ayrımı yapmamaktadır. Muacceliyet kriteri, yalnızca sonraki aşamada rehin alan ile rehin verenin takas ile mi yoksa düzensiz rehin yolu ile mi hesaplaşacağı bakımından önem arz etmektedir. Oysa doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre⁹⁶⁵, asıl alacak muaccel olsun ya da olmasın, alacağın rehin alan tarafından tahsili sonucu rehin alan tatmin edildiği oranda asıl alacak da sona erer. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmına göre, bu anda asıl alacağın muaccel olmaması halinde, bu alacak muacceliyetinden önce sona ermiş olur⁹⁶⁶. Bir kısmına göre ise, bu durumda da sona erme bakımından alacağın muacceliyet anı esas alınır⁹⁶⁷. Kanımızca alacak rehni bakımından, asıl borcun sona erdiği yönündeki

çevirme hakkı doğmadan başka şekillerde paraya çevirmesi) de (üçüncü kişiye ivaz karşılığı devri gibi) mümkündür.

⁹⁶⁴ Para alacağı olmayan alacakların rehinde aynı ikame kuralı devreye gireceğinden rehin hakkı, ifa sonucu elde edilen eşya üzerinde devam edecektir. Ancak aynı ikame teminat amacıyla alacağın devrinde söz konusu değildir. Zira ilk olarak, aynı ikame, ancak yasada özel olarak düzenlenen hallerde uygulama alanı bulur. Bkz. **Önay, Işık**, Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları, İstanbul, 2022, s. 75 vd. Gerçi rehin hukukunda da buna ilişkin genel bir kural bulunmadığı gibi alacak rehni bakımından da böyle açık bir kural öngörülmüş değildir. Ancak öğretilde TMK m. 821 f. 2 hükmüne kıyasen alacak rehinde de aynı ikame ilkesi (tartışmalı olmakla birlikte) kabul dilmektedir. Bkz. **Önay**, s. 209 vd.; 225 vd.

Öte yandan, teminat amacıyla alacağın devrinde işin niteliği gereği bu mümkün değildir. Burada teminat alana (alacağı devralan) yapılan ifa, o alacağın alacaklısına yapılmış bir ifadır. O ifa sonucu elde ettiği şey üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olur.

⁹⁶⁵ **Taşkın**, Mevduat, s. 445-446; **Demirsatan**, s. 178; **Ardıç-Tüken**, s. 247.

⁹⁶⁶ **Taşkın**, Mevduat, s. 446.

⁹⁶⁷ **Demirsatan**, s. 178; **Ardıç-Tüken**, s. 247.

ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Öte yandan, bu durumda muaccel olmayan alacakların sona erme anı bakımından da kanımızca muacceliyet anı esas alınmalıdır.

Alacak rehnindeki özel yoldan paraya çevirme halleri, teminat amacıyla alacağın devrinde işin niteliği gereği paraya çevirmenin tek yoludur. Hal böyle olunca, alacak rehinde para alacaklına ilişkin olarak özel yoldan paraya çevirme bakımından benimsenen sonucun teminat amacıyla alacağın devrinde de benimsenmesine bir engel yoktur. Sonuç olarak, teminat amacıyla alacağın devrinde de teminatın paraya çevrilmesi ile teminat altına alınan alacağın (teminattan elde edilen değer oranında) kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Bu bakımdan teminat altına alınan alacağın muaccel olup olmadığı da önem arz etmez. Ancak teminat altına alınan alacak henüz muaccel olmamışsa, kanımızca asıl borçlunun en geç muacceliyet anında bu borcun ifasını teklif ederek devralanın teminattan elde ettiği şeyin veya paranın kendisine (veya üçüncü kişi devredene) iadesini talep edebilme imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir⁹⁶⁸, ⁹⁶⁹, ⁹⁷⁰. Bu sonucun teminat amacıyla alacağın devrinde, devredilen (teminat verilen) alacağın para alacağı olmadığı hallerde⁹⁷¹ ve alacağın niteliğinden bağımsız olarak paraya çevirme yolu bakımından alacağın özel yoldan satılmasının tercih edildiği hallerde de geçerli olduğunun kabulü gerekir.

Son olarak, paraya çevirme konusunda devralanın teminat anlaşmasından doğan özenli davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla paraya çevirme halinde elde ettiği değer bakımından da devralanın bu yükümlülüğü dikkate alınacaktır. Devralan bu yükümlülüğüne aykırı hareket ederek alacağı tahsil ederse,

⁹⁶⁸ Bu durumda devralan nezdinde doğan iade borcunun asıl alacağın sona ermiş olması sebebiyle imkansızlaşacağı açıktır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce paraya çevirme sonucu elde edilen değer, alacağın iadesi borcunun sonraki imkansızlığı uğraması ve bu kapsamda kaim değer iadesine dayalı olarak gerçekleştirilmelidir. İade borcunun aynen ifasının imkansızlaşması, kanaatimizce alacağın daha önce borçlunun ifası yolu ile paraya çevrilmesinden kaynaklandığı hallerde sonraki kusursuz ifa imkansızlığı; ancak alacağın satılarak paraya çevrilmiş olması halinde sonraki kusurlu ifa imkansızlığına dayalı olacaktır. Bu konudaki açıklamalar için yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 1 ve 2. İfa imkansızlığı halinde kaim değer iadesi yükümlülüğünün kişisel (şahsi) ikame niteliğinde olduğu yönünde ayrıca bkz. **Önay**, s. 6.

⁹⁶⁹ Teminatın paraya çevrilmesine başvurulduğu sırada muaccel olmayan alacaklar bakımından bu imkan kullanılarak zaten paraya çevirmenin önüne geçilebilir.

⁹⁷⁰ Bu imkan özellikle teminat olarak devredilen alacakların bir para alacağı olmadığı hallerde pratik bir öneme sahip olacaktır.

⁹⁷¹ Zira teminat amacıyla alacağın devrinde aynı ikame kuralı da söz konusu değildir.

asıl alacak devralanın özenli davranarak elde edebileceği tutar üzerinden sona ermiş kabul edilecektir⁹⁷².

C. Devralanın Teminat Olarak Devredilen Alacakları İade Yükümlülüğü

Teminat amacıyla alacağın devrinin içerdiği dört anlaşmadan birinin şartları gerçekleştiği takdirde devralanın alacağı devredene iade yükümlülüğüne ilişkin anlaşma (*Rückzessionsabrede*) olduğundan daha önce bahsetmiştik. Bu anlaşmanın teminat amacına içkin olduğunu ve ayrıca kararlaştırılmasına gerek bulunmadığını da belirtmiştik⁹⁷³.

Devralanın alacağı iade yükümlülüğünün doğumu, geri devir olayının gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bakımdan nelerin geri devir olayı olarak belirlendiği teminat anlaşmasının yorumu ile ortaya konacaktır. Şüphesiz ki, bu olasılıkların başında asıl alacağın ifa yolu ile sona ermesi gelmektedir. Çalışmamızın devamında devralanın iade yükümlülüğüne neden olabilecek ihtimaller farklı başlıklar altında ele alınacaktır. Ardından, geri devir yükümlülüğü doğduğu anda teminat teşkil eden alacağın durumuna göre, iadeye konu şeyin ne olacağına ve buna bağlı olarak iadenin gerçekleşme yöntemine değinilecektir. Son olarak, iade yükümlülüğüne gerek bulunmayan haller, eş deyişle alacağın kendiliğinden devredene döneceği duruma değinilecektir.

1. İade Yükümlülüğünün Doğduğu Durumlar

a. Amacın/Geri Devir Olayının Gerçekleşmesi: Asıl Alacaklının Tatmin Edilmiş Olması

Teminat anlaşmasına geri devir olayı olarak içkin olduğu kabul edilebilecek ve devredenin teminat olarak aldığı alacakları geri devretme yükümlülüğünün doğmasına neden olacak en temel durum, asıl borcun ifa yoluyla sona ermesidir. Taraflar bu yönde açık bir kararlaştırma yapmamış olsalar bile asıl alacağın ifa yolu ile sona ermesinin teminat (inanç) anlaşması bakımından bir geri devir olayı olarak kabul edilmesi gerekir. Zira bu durumda, teminat anlaşmasıyla aslında en baştan beri amaçlanan, arzu edilen sonuç ortaya çıkmış olacaktır. Asıl borçlu devralanı tatmin etmiş olacak ve böylece teminata duyulan ihtiyaç da ortadan kalkacaktır. Daha önce

⁹⁷² Aydıncık, s. 181; Turan-Fühner, s. 123.

⁹⁷³ Reetz, Diss, §2, N. 53; Kieninger, MüKo BGB § 398, N. 110.

de ifade ettiğimiz üzere, bu durumda teminat anlaşması sona ermiş değildir. Aksine, devralanın iade yükümlülüğü bir inançlı işlem olan teminat anlaşmasına istinaden gerçekleştirilecektir⁹⁷⁴. İade yükümlülüğü yerine getirilene kadar teminat anlaşması ayakta kalmaya devam edecektir.

Belirtmek gerekir ki, doktrinde ifa dışında borcu sona erdiren başkaca hallerin de devralanın iade borcunun doğumuna sebep olabileceği kabul edilmekte ancak bunlar arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bu bakımdan, asıl alacağın ibra veya takas yolu ile sona ermesi halinde de tıpkı ifa ile sona erme gibi iade yükümlülüğünün doğacağı tartışmasız şekilde kabul edilmektedir⁹⁷⁵. Kanımızca da bu bakış açısı yerindedir. Zira bu durumda da asıl alacaklı ya tatmin edilmekte ya da tatmin olma beklentisinden vazgeçmektedir.

Teminat altına alınan borcun yenileme (*Novation*) sonucu sona ermesi halinde ise devralanın teminatı iade etmekle yükümlü olup olmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre⁹⁷⁶, teminat olarak devredilen alacak, yenileme sonucu ortaya çıkan yeni alacak için de teminat teşkil etmeye devam eder. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre⁹⁷⁷ ise, bu durum “*şüphe halinde borçlu lehine yorum yapılması*” ilkesine ve TBK m. 131 f. 1 (OR Art. 114/I) hükmüne aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla yenileme halinde teminat teşkil eden alacağın devredene iadesi gerekir. Ancak tarafların bunun aksini kararlaştırması mümkündür⁹⁷⁸. Doktrinde, asıl alacağın yenileme ile sona ermesi halinde teminat teşkil eden alacağın/alacakların iade edilmesi gerektiğini ifade eden bir başka yazar ise bu bakımdan yenileme halinde alacağa bağlı fer’i teminatların da sona ereceği görüşünden hareket etmektedir⁹⁷⁹. Yazara göre, tarafların yenilemeye rağmen teminatın devam edeceğini kararlaştırmaları da geçerli olarak kabul edilemez. Ancak yenileme sonucu ortaya çıkan yeni alacak için de bu alacağın teminat teşkil edeceğini kararlaştırabilirler. Bu

⁹⁷⁴ Ancak bu durumda hukuki sebebin ortadan kalktığı yönünde bkz. **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 273. Gerçi yazarın çalışmasının devamında iade yükümlülüğünün hukuki sebebinin inanç anlaşması olarak ifade ettiği de görülmektedir. Bkz. **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 275. Biz yukarıda buna ilişkin bakış açımızı ortaya koymuştuk. Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I. A. Aynı şekilde, **Akkanat-Öztürk** de hem teminat altına alınan borcun tamamen ifa edilmesiyle inanç anlaşmasının sona ereceğini ifade etmekte (**Akkanat-Öztürk**, s. 13.) hem de aynı durumda iadenin sözleşmeye dayalı olarak gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bkz. **Akkanat-Öztürk**, s. 12.

⁹⁷⁵ **Reetz**, Diss., §5, N. 277; **Bergmaier**, s. 198.

⁹⁷⁶ **Bergmaier**, s. 179.

⁹⁷⁷ **Reetz**, Diss., §5, N. 278.

⁹⁷⁸ **Reetz**, Diss., §5, N. 278.

⁹⁷⁹ **Turan-Fühner**, s. 133.

durumda teminat olan alacakların geri devredilip de tekrar devralınması da gerekmez⁹⁸⁰.

Kanımızca da yenileme halinde teminat olarak devredilmiş alacakların yeni alacağın da teminatını oluşturacağı söylenemez. Dolayısıyla devralanın teminat teşkil eden alacakları iade yükümlülüğü doğar. Her ne kadar bu durumda asıl alacağın sona ermesi bakımından devralanın tatmin olduğu söylenemezse de devralanın eski asıl alacağı sona erdirerek bir yenisini ortaya koymak yönündeki iradesi, onun artık eski alacağa ilişkin herhangi bir beklentisi bulunmadığı anlamına gelmektedir. O nedenle, onun eski alacaktan tatmin olmadan vazgeçmiş sayıldığı söylenebilir.

Buna ek olarak, devralan ve devredenin yeni alacağa da teminat vermek istedikleri yönünde varsayıli bir iradelerinden söz edilemez. Özellikle devredenin asıl borçlu olmadığı ihtimallerde, böyle bir varsayıli irade teminat veren üçüncü kişinin menfaatlerine de büyük ölçüde aykırılık teşkil eder. Ancak tarafların bu yöndeki açık bir anlaşmalarına da bir engel bulunmadığını belirtmek gerekir. Bu yöndeki bir anlaşma, teminatın devam ettiği değil yeni alacak için de “yeniden” teminat olarak kararlaştırıldığının kabul edilebildiği ölçüde ayakta tutulabilir. Zira aksi takdirde tarafların yenileme yönündeki iradelerinden şüphe duyulacaktır⁹⁸¹.

Asıl alacağın sonraki kusursuz ifa imkansızlığı nedeniyle sona ermesi halinde de doktrinde devralanın iade yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmektedir⁹⁸². Bu bakımdan *Reetz*, istisnai olarak garanti benzeri bir teminat amacıyla alacağın devrinde aksi sonuca varılabileceğini ifade etmektedir⁹⁸³. Garanti benzeri teminat amacıyla alacağın devri (*garantiähnliche Sicherungszession*), bir kişisel teminat olan garanti sözleşmelerinde olduğu gibi, bir ifa yükümlülüğünün varlığından bağımsız olarak ilgili edimin yerine getirilmesinin taahhüt edildiği teminat amaçlı temliklerdir⁹⁸⁴.

Kanımızca bu durumda devralan asıl alacaktan tatmin olmamakla birlikte artık asıl borçluyu sorumlu tutabileceği ve ondan isteyebileceği herhangi bir tazminat da söz konusu olmayacaktır. Bu durumda da teminata başvurabilmesine imkan bulunmamaktadır. O artık teminat olarak aldığı alacakları iade etmekle yükümlüdür.

⁹⁸⁰ **Turan-Fühner**, s. 133.

⁹⁸¹ Bu yönde bkz. **Turan-Fühner**, s. 133.

⁹⁸² **Turan-Fühner**, s. 134; **Bergmaier**, s.179.

⁹⁸³ **Reetz**, Diss, §5, N. 284.

⁹⁸⁴ **Reetz**, Diss, §5, N. 284.

Ancak kanımızca sonraki kusursuz ifa imkansızlığı nedeniyle asıl borçlu bir kaim değer elde etmişse, devralanın bunun iadesini istemeye hakkı olduğu sürece iade yükümlülüğünün doğmadığı kabul edilmelidir. Zira bu durumda asıl alacağı isteme hakkı artık kaim değeri isteme hakkına dönüşmüş ve onun üzerinde devam ediyor olacaktır.

Öte yandan, bir kaim değer dahi söz konusu olmamasına rağmen devralanın teminatı elinde tutabilmesi için teminat anlaşmasında açıkça bu hallerin de teminatın kapsamına alındığı kararlaştırılmış olmalıdır. Bu durumda *Reetz*'in “garanti benzeri teminat amacıyla alacağın devri” olarak ifade ettiği türden bir teminat amacıyla alacağın devri yapıldığına işaret etmektedir⁹⁸⁵.

Asıl alacak bakımından alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde ise asıl alacağın sona ereceği açıktır. Bu bakımdan doktrinde bir görüşe göre, eğer devreden ile asıl borçlu aynı kimse ise, asıl alacak ile birlikte iade yükümlülüğü de son bulur⁹⁸⁶. Devreden asıl borçlu olmadığı hallerde ise asıl alacağın bu yolla sona ermesi, devralanın iade yükümlülüğünün doğumuna neden olur⁹⁸⁷. Doktrine bir görüş ise böyle bir ayırım yapmaksızın, asıl alacaklı ile asıl borçlunun sıfatlarının birleşmesi halinde devralanın iade yükümlülüğünün doğacağını kabul etmektedir⁹⁸⁸.

Kanımızca asıl alacak bakımından alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, aynı kişilerin alacaklı ve borçlu olduğu diğer alacaklar bakımından da her zaman aynı sonuca varılmasına neden olmaz. Zira alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi pek çok sebepten kaynaklanabilir⁹⁸⁹. Söz gelimi, asıl alacağın asıl borçluya devri halinde asıl alacak bakımından birleşme söz konusu olurken, bu durum geri devir borcu üzerinde aynı etkiyi yaratmaz. Dolayısıyla asıl alacak için alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, kural olarak teminatı geri devir borcu doğurur. Ancak bu birleşme, miras veya şirket birleşmesi gibi hallerden kaynaklandığı takdirde, geri devir borcu için de alacaklı ve borçlu sıfatları birleşeceğinden bu borç da sona erecektir.

Son olarak, asıl alacağı sona erdiren bir hal olmamakla birlikte asıl alacağın zamanaşımına uğramış olmasının da teminata etkisini değerlendirmek gerekir. Bu

⁹⁸⁵ *Reetz*, Diss, §5, N. 284.

⁹⁸⁶ *Reetz*, Diss, §5, N. 280.

⁹⁸⁷ *Reetz*, Diss, §5, N. 281.

⁹⁸⁸ *Bergmaier*, s. 198.

⁹⁸⁹ Bkz. *Oğuzman/Öz*, N. 1793; *Eren*, Borçlar, s. 3988; *Gümüş*, Borçlar, s. 1192.

bakımdan doktrinde zamanaşımının teminatı iade yükümlülüğü doğurmayacağı ve teminata bir etkisinin bulunmayacağı kabul edilmektedir⁹⁹⁰.

b. Amacın Boşa Çıkması: Asıl Borcun Baştan İtibaren Bulunmaması veya Sonradan Asıl Alacaklı Tatmin Edilmeksizin Ortadan Kaldırılması

Teminat amacıyla alacağın devri, şüphesiz ki bir alacağın teminat altına alınması amacıyla yapılır.⁹⁹¹ Bir alacağı teminat altına alan bu işlemde, baştan beri öngörülen amacın meydana gelmesinin veya artık amacın gerçekleşmesi bakımından teminatın dahi işe yaramayacağı hallerde geri devir olayının gerçekleşmiş olacağını yukarıda ele almıştık.

Teminat altına alınması amaçlanan alacağın hiç doğmamış olması (henüz doğmamış bir alacağın teminat altına alındığı haller dışında) ya da baştan beri geçersiz bir borç ilişkisine dayanması nedeniyle var olmaması veya asıl borcu doğuran ilişkideki bir ifa engeli nedeniyle söz gelimi sözleşmeden dönülmesi (veya sözleşmenin feshi) ile asıl borcun ortadan kalkması hallerinin ise geri devir olayı kapsamında ele alınıp alınamayacağının kanımızca ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Teminat amacıyla alacağın devri, fer'i bir teminat olmadığından bu durumda devrin de bu bağlamda kendiliğinden geçersiz hale gelmesi mümkün değildir⁹⁹². Öte yandan, bu durumun tarafların teminat anlaşmasında kararlaştırdıkları geri devir olayının kapsamına girip girmeyeceği de kanımızca şüphelidir. Zira teminat anlaşmasına içkin olan iade yükümlülüğü, anlaşmanın inançlı işlem karakterinden kaynaklanır. Teminat altına alınan borç, asıl alacaklı devralanın tatmin edilmesi, tatmin edilmiş sayılması veya artık asıl borçludan herhangi bir talebi olamayacak şekilde asıl borcun sona ermesi hallerinde devralan, teminatı gerisin geri devretmekle yükümlü olacaktır. Bu durum, teminat anlaşması bakımından bir ifa engeli ve bu kapsamda bir tasfiye sürecine ilişkin değildir. En baştan beri öngörülen ve arzu edilen, başta devredene ait olan alacağı devretme yükümlülüğünün (*pactum de cedendo*), teminat altına alınan alacağa ilişkin hesabın kapanmasıyla, tersine dönmesidir. Oysa teminat altına alınan alacağın var olmaması, geçersiz bir borç ilişkisine dayanması gibi haller, en baştan öngörülmüş ve arzu edilmiş değildir. Bu

⁹⁹⁰ Bergmaier, s. 179.

⁹⁹¹ Bu bakımdan teminat amacının, devir işleminde hukuki sebep üzerine etkisine daha önce değinmiştik. İkinci Bölüm, I, A.

⁹⁹² Şüphesiz, taraflar asıl alacağın en baştan beri var olmasını veya asıl borcu doğuran hukuki ilişkinin geçerliliğini devir anlaşmasının bir koşulu olarak kararlaştırarak bu bakımdan fer'iliğe benzer bir sonuç ortaya çıkarabilirler.

kapsamda ilgili durumları da geri devir olayına içkin kabul etmek, yukarıda ele aldığımız haller kadar kolay değildir.

Şüphesiz ki, taraflar bu durumu açıkça geri devir olayının kapsamına almışlarsa bu bakımdan tartışmaya yer yoktur. Ancak tarafların ilgili durumu geri devir olayı kapsamına almadıkları halde, yorum yolu ile geri devir olayının bu durumu da içkin olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Eğer teminat anlaşmasından böyle bir sonuç çıkarılamıyorsa, kanımızca durum aşağıda açıklayacağımız şekilde ele alınmalıdır:

Eğer, söz gelimi, taraflar arasındaki esas borcu doğuran kredi anlaşması baştan beri geçersizse ve devreden bu borcu teminat altına almak üzere teminat anlaşması yapıldığı sırada durumu bilmiyorsa, kanımızca burada bir saik hatasından söz etmek gerekir⁹⁹³. Bu bakımdan ilgili saik hatası, TBK m. 32 bağlamında aranan şartları sağladığından esaslı bir hata olarak kabul edilmeli ve teminat anlaşması bakımından iptal hakkı kullanılabilirdir. Bu bakımdan iptal hakkının, geçersizlik özdeşliği bağlamında devir sözleşmesi bakımından da söz konusu olduğu kabul edilebilir. Geçersizliğin tasarruf işlemine sirayet ettiği kabul edilemediği ölçüde, sebepsiz zenginleşme bağlamında bir tasfiye sürecine girilecek ve devralan teminat teşkil eden alacakları iade edecektir.

Kredi anlaşmasında sonradan meydana gelen bir ifa engeli nedeniyle teminat altına alınan alacağın ortadan kalkması halinde ise kanımızca işlem temelinin çöktüğü de kabul edilebilir⁹⁹⁴. Böylece teminat anlaşması, esas borcun sona ermesiyle kendiliğinden geçersiz hale gelmese de taraflara sözleşmeden (teminat anlaşmasından) dönme imkanı tanınmış olacaktır⁹⁹⁵. Teminat anlaşmasının ortadan kaldırılması ile devrin hukuki sebebi sona ereceğinden devredilen alacağın da

⁹⁹³ Türk hukuku bakımından doktrindeki güncel bir görüş, bu durumun doğrudan hukuki sebebi de geçersiz hale getireceğini ifade etmektedir. Bkz. **Akkanat-Öztürk**, s. 13. Bizce bu görüşe katılma imkanı yoktur. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, teminat anlaşmasında hukuki sebep ile teminat altına alınan borcu doğuran hukuki ilişki birbirinden farklıdır. Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, A. Bu bakımdan teminat altına alınan alacağın varlığı, (dolaylı olarak kredi sözleşmesinin geçerliliği), teminat anlaşması bakımından ancak bir saik veya işlem temeli olarak görülebilir. Şüphesiz ki, taraflar kredi anlaşmasının geçerliliğini veya teminat altına alınan borcun varlığını, irade serbestisi bağlamında, koşul katına çıkarabilirler. Ancak kanımızca koşul kararlaştırılmaksızın yazarın yaptığı çıkarım yapılamaz.

⁹⁹⁴ Bu bakımdan, saik hatası ve işlem temeli kavramları arasındaki ayrımlar silik olmakla birlikte, işlem temeli için mutlaka sözleşmenin (teminat anlaşması) kurulmasından sonraki bir olay aranacaktır. Bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, §20, N 1.

⁹⁹⁵ İşlem temelinin çökmesine bağlanan sonuçlar bakımından ayrıca bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, §20, N. 9 vd.

sebepiz zenginleşme bağlamında iade edilmesi gerekecektir. Bu durumda teminat anlaşmasında *pactum de cedendo*’dan doğan devir borcunun hiç borçlanılmamış hale gelmesi nedeniyle kanımızca sebepsiz zenginleşme, borçlanılmamış şeyin ifasına dayalı olarak gerçekleştirilecektir.

Diğer yandan, Alman hukukunda kredi anlaşması ile teminat anlaşması arasında BGB § 139 anlamında bir kader birliğinin (*Einheit*) kabul edilebileceği fikri de öne sürülmektedir⁹⁹⁶. Bu durumda, geçerli bir kredi anlaşmasının bulunmaması, teminat anlaşmasının da geçersizliğine yol açacak ve böylece devreden teminat olarak devredilen alacağın iadesini isteyebilecektir. Ancak böyle bir ihtimal, Türk-İsviçre hukuku bakımından kanımızca TBK m. 27 f. 2 dayanak gösterilerek kabul edilemez. Zira TBK m. 27 f. 2’nin birden fazla hukuki işlemi dikkate alarak düzenlendiği kabul edilemeyeceği gibi bu hüküm bakımından kural, kısmi hükümsüzlük; istisna tümünden geçersizliktir.

Sonuç olarak, kanımızca asıl alacağın özellikle kredi anlaşmasında geçersizlik nedeniyle hiç var olmaması veya buna ilişkin bir ifa engeli nedeniyle sonradan ortadan kaldırılması halleri, geri devir olayı olarak yorumlanamadığı takdirde bu durum teminat anlaşması bakımından bir saik hatası veya duruma göre işlem temelini çökmesi olarak kabul edilmeli ve taraflar arasındaki ilişki bu bağlamda çözümlenmelidir.

c. Teminat Altına Alınan Alacağın Kısmen İfası

Teminat altına alınan alacağın kısmen ifa edilmiş olduğu hallerde, devreden teminat olarak verdiği alacağın veya alacakların bir kısmının iadesini isteme hakkı bulunup bulunmadığı da ele alınması gereken bir sorunu oluşturmaktadır⁹⁹⁷.

Taşınır rehnine ilişkin, TMK m. 944 f. 2, “*Alacaklı, alacağının tamamını almadıkça rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermek zorunda değildir.*” ifadesine yer vermektedir. Dolayısıyla, teminat altına alınan alacak tamamen son bulmadıkça teminat (rehin) alanının teminat konusunu iade etme yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu hükmün teminat amacıyla alacağın devri bakımından da

⁹⁹⁶ Ahrens, BGB §139, N. 14.

⁹⁹⁷ Sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırma bağlamında da bu hususa değinmiş ve sonraki aşırı teminatlandırmanın kısmen ifa sonucu asıl alacağın azalması nedeniyle ortaya çıktığı hallerde teminat anlaşmasına içkin bir *Freigabeanspruch*’tan söz etmenin pek mümkün olmadığını ifade etmiştik. Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, I, 2, b.

uygulama alanı bulacağı ve bu nedenle devralanın kısmen ifa (veya sona erme) karşısında, teminatın tamamını elinde tutabileceği kabul edilmektedir⁹⁹⁸.

Kanımızca bu hükmün teminat amacıyla alacağın devrine doğrudan bir etkisi yoktur. Ancak, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, teminat anlaşmalarına içkin böyle bir yükümlülükten söz edilemeyeceği de doğrudur. TMK m. 944 f. 2 hükmünün emredici nitelikte olmadığı dikkate alınır, tarafların teminat anlaşmasında bu hükmün aksine bir kararlaştırma yapmış olmalarına da bir engel yoktur⁹⁹⁹. Tarafların açık veya örtülü bir biçimde aksini kararlaştırmadığı hallerde, devralanın kısmi ifa veya alacağın başka şekillerde kısmen sona ermesi nedeniyle teminat teşkil eden alacakları devredene iade yükümlülüğü bulunmayacak ve asıl alacaktan tamamen tatmin olana kadar teminatı elinde tutabilecektir.

d. Asıl Borcu Aşan Kısım Bakımından İade Yükümlülüğü

Teminat alanın (devralanın) teminatı paraya çevirmesinin ardından, paraya çevrilen değer asıl alacağı (ve ona eklenecek paraya çevirme masrafları ile faizleri) aşıyorsa bu artan değer bakımından da devralanın iade yükümlülüğü söz konusudur¹⁰⁰⁰.

Devralan, eğer teminat olarak kendisine devredilmiş birden fazla alacak varsa (ör; global devirlerde) bunların bir kısmını paraya çevirmemiş ve paraya çevirdiği kısım alacağını karşılamaya yetmişse, iade yükümlülüğü paraya çevrilmemiş alacakların geri devri yoluyla sağlanacaktır. Ancak tüm alacaklar paraya çevrilmiş ise artan kısmın iadesi yükümlülüğü, elde edilen tutar üzerinde devam edecektir¹⁰⁰¹.

Öte yandan, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, *lex commissoria* yasağının (*Verbot der Verfallklausel*) teminat amaçlı alacağın devrinde ancak kıyasen

⁹⁹⁸ Reetz, Diss., §6, N. 415; Reetz/Burri, CHK OR, Art, 164, N. 53; Bergmaier, s. 182; Yüksel-Orhun, Teminat, s. 274. Reetz de bu bakımdan global devrin yol açtığı sonraki aşırı teminatlandırma halini teminat amacıyla alacağın devri bakımından TMK m. 944 f. 2'nin uygulama alanı dışında görmektedir. Bkz. Reetz, Diss., §6, N. 416-418. Bu konuda yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, I, 2, b.

⁹⁹⁹ Reetz, Diss., §6, N. 415; Reetz/Burri, CHK OR, Art, 164, N. 53.

¹⁰⁰⁰ Bergmaier, s. 138; Huber, N. 4/600q; Oktay-Özdemir, Teminat, s. 281; Turan-Fühner, s. 129; Aydınçık, s. 183; Şafak, İnançlı, s. 184; Akkanat-Öztürk, s. 12.

¹⁰⁰¹ Reetz, Diss., §5, N. 271, N. 232; Turan-Fühner, s. 129. Reetz bu durumu ikame değerlerin (*Surrogat*) iadesi olarak ifade etmektedir. Biz paraya çevirme sonucu elde edilen ikame değerlerin iadesi bakımından yazar ile aynı dayanağı göstermediğimizi daha önce ifade etmiştik.

uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir¹⁰⁰². Bu kıyasen uygulama kendisini, asıl borcu aşan kısmın iadesinde göstermektedir¹⁰⁰³. Hal böyle olunca, asıl borç muaccel olmadan aşan kısmın da devralanda kalabileceği yönündeki anlaşmalar bu yasağı ihlal etmesi nedeniyle geçersiz kabul edilecek ancak muacceliyet sonrası yapılan böyle bir anlaşmaya herhangi bir engel bulunmayacaktır¹⁰⁰⁴.

Lex commissoria yasağını ihlal eden bir teminat amacıyla alacağın devirde tüm hukuki işlemin değil yalnızca *lex commissoria* yasağını ihlal eden sözleşme klozunun geçersiz olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰⁵. Ancak kısmi hükümsüzlük bakımından doktrinde tartışmalı olan, buradan TBK m. 27 f. 2 (OR Art. 20/II) hükmü dikkate alınarak tarafların ortak farazi iradelerinin bu kloz olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacakları yönünde olması halinde bunun dikkate alınıp alınmayacağıdır¹⁰⁰⁶. Eğer bu durum dikkate alınacaksa kısmi değil tamamen geçersizlik söz konusu olacaktır. Doktrinde bir görüşe göre¹⁰⁰⁷, burada TBK m. 27 f. 2 (OR Art. 20/II) uygulama alanı bulmaz ve tarafların varsayımsal iradesi dikkate alınmaksızın kısmi geçersizlik uygulama alanı bulur. Doktrinde aksi yöndeki görüşe göre¹⁰⁰⁸ ise, tarafların ortak farazi iradeleri *lex commissoria* yasağını ihlal eden hüküm olmasaydı sözleşmenin hiç kurulmayacağı yönünde ise artık burada tümünden geçersizlik söz konusu olur.

Kanımızca *lex commissoria* yasağını ihlal eden sözleşme hükmü, tarafların ortak farazi iradeleri dikkate alınmaksızın, yalnızca ilgili hükmün geçersizliği sonucunu doğurur. Bu bakımdan tümünden geçersizlik iddiası dinlenmez. Ne de olsa *lex commissoria* yasağına aykırı klozlar, bir anlamda TMK m. 23 f. 2 hükmüne aykırı şekilde ekonomik özgürlüğü bağlayıcı sözleşme hükümleridir. Ekonomik özgürlüğü

¹⁰⁰² **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 116; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 57; **Serozan**, TEMTEM, s. 1010; **Kahveci**, s. 678; **Helvacı, İ.**, Lex Commissoria, s. 122-124; **Kuntalp**, Lex Commissoria, s. 160.

¹⁰⁰³ **Reetz**, Diss, §5, N. 270, §7, N. 451; **Bergmaier**, s. 138; **Helvacı, İ.**, Lex Commissoria, s. 124; **Turan-Fühner**, s. 61; **Makaracı-Başak**, Rehin, s. 285-286; **Kuntalp**, Lex Commissoria, s. 160.

¹⁰⁰⁴ Bu bakımdan *Reetz*, temel olarak farklı görüştedir. Yazara göre, paraya çevirme olayı gerçekleşikten sonra yapılacak böyle bir anlaşma, ancak teminat anlaşmasından ve dolayısıyla teminattan ibra olarak kabul edilebildiği hallerde geçerli olarak görülebilir. Bkz. **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 58; **Reetz**, Diss, § 7, N. 457 vd.

¹⁰⁰⁵ **Bergmaier**, s. 145; **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 59; **Helvacı, İ.**, Lex Commissoria, s. 104 vd.

¹⁰⁰⁶ Bu tartışma, teminat amacıyla alacağın devrine özgü değildir. *Lex commissoria* yasağının uygulandığı tüm teminatlara ilişkindir. Bu konudaki görüşler ve detaylı açıklamalar için bkz. **Helvacı, İ.**, Lex Commissoria, s. 104 vd.

¹⁰⁰⁷ **Reetz/Burri**, CHK OR, Art, 164, N. 59; **Reetz**, Diss, § 7, N. 466.

¹⁰⁰⁸ **Bergmaier**, s. 145; **Helvacı, İ.**, Lex Commissoria, s. 106; **Makaracı-Başak**, Rehin, s. 282.

bağlayıcı klotlar içeren sözleşmeler bakımındanda da kısmi geçersizlik bakımından aynı sonuç kabul edilmektedir¹⁰⁰⁹.

2. İade Edilecek Değer ve İadenin Yöntemi

Teminat amacıyla alacağın devrinde, geri devir olayı gerçekleşip de devredenin iade yükümlülüğü doğunca devralanın teminat olarak devralmış olduğu alacağı veya alacakları devredene iade etmesi gerekir. Dolayısıyla iadenin konusu, devredilen alacağın kendisidir. Katıldığımız görüş uyarınca¹⁰¹⁰, teminatın iadesi ancak yazılı bir alacağın devri sözleşmesi ile sağlanır¹⁰¹¹.

Teminat teşkil eden alacağın devrine ek olarak, alacak devralanın malvarlığında bulunduğu süre boyunca elde edilmiş faiz vb. dönemsel gelirler de, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, iade yükümlülüğünün kapsamına dahildir¹⁰¹².

Geri devir yükümlülüğü, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, teminat anlaşmasından doğan, doğumu geciktirici şarta bağlı bir borç niteğindedir¹⁰¹³. Teminat anlaşmasının kurulması ve bu kapsamda alacağın devralana devredilmesinin ardından, devralan alacak üzerindeki her türlü tasarruf işlemini geçerli olarak yapabilir veya alacağın kendisine ifasını sağlayabilir. Devralanın geri devir yükümlülüğünün doğumuna kadar bu tür işlemleri yapması ve sonrasında geri devir yükümlülüğünün doğması halinde, bu tür işlemler alacağı sona erdirdiği (veya devralanın malvarlığından çıkmasına neden olduğu) ölçüde geri devir yükümlülüğünün ifası imkansız hale gelecektir. Kanımızca böyle bir durumda devralanın iade yükümlülüğü, alacak üzerinde yaptığı tasarruflardan elde ettiği değer üzerinde devam edecektir. Zira burada geri devir yükümlülüğü bakımından (duruma göre kusurlu veya kusursuz)¹⁰¹⁴ sonraki ifa imkansızlığı hali söz konusudur¹⁰¹⁵,¹⁰¹⁶.

¹⁰⁰⁹ Bkz. **Karabağ-Bulut**, s. 454.

¹⁰¹⁰ Bu konuda yukarıda bkz. İkinci Bölüm, II, B, 2, b.

¹⁰¹¹ **Reetz/Burri**, CHK OR, Art. 164, N. 43; **Spirig**, ZK OR, Art. 165, N. 13; **Lardelli**, KUKO OR, Art. 164, N. 18; **Huguenin**, N. 1350; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, Band II, N. 3419, N. 3500, **Berger**, N. 2143; **von Büren**, s. 317; **Koller**, OR AT, N. 84.09; **Serozan**, Die Überwindung, s. 17; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N. 1819. **Kapancı**, Şerh, TBK m. 184, N. 19; **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s. 246; **Öz**, İstanbul Şerhi, m. 184, N. 8; **Bergmaier**, s. 65.

¹⁰¹² **Turan-Fühner**, s. 135; **Yüksel-Orhun**, Teminat, s. 276. Devralanın bunları asıl alacaktan düşülmeksizin ayrıca elinde tutamayacağı yönünde bkz. **Reetz**, Diss, §5, N. 258.

¹⁰¹³ **Reetz**, Diss, §2, N. 53.

¹⁰¹⁴ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, özellikle teminat teşkil eden alacağın asıl alacaktan önce muaccel olduğu hallerde devralanın alacağın kendisine ifa edilmesini sağlaması veya borçludan gelen bu yöndeki teklifi kabul etmesi, kusursuz ifa imkansızlığı bağlamında ele alınmalıdır. Oysa devralanın alacağı bir başkasına satıp devretmesi, kusurlu ifa imkansızlığı olarak görülmelidir.

Sonraki kusurlu ve kusursuz ifa imkansızlığı bakımından da kaim değer in iadesi yükümlülüğü sonucunun doğacağı doktrinde kabul edilmektedir¹⁰¹⁷. Söz gelimi, devralan teminat teşkil eden alacağın kendisine ifasını sağlamış ise bu ifa sonucu elde ettiği değeri; eğer alacağı bir başkasına ivaz karşılığı devretmişse elde ettiği karşı edimi, geri devir olayının gerçekleşmesiyle birlikte kaim değer kapsamında devredene iade etmekle yükümlü olacaktır.

Eğer devralanın askı dönemindeki tasarrufları alacağın devredene geri devrini imkansızlaştırmıyorsa, bu durumda iade yükümlülüğü teminat teşkil eden alacak üzerinde devam edecektir. Ancak bu durumda devralan alacağı, söz gelimi, rehin veya intifa ile yüklü olarak veya vadesi ertelenmiş (erteleme sözleşmesi bağlamında) olarak geri kazanacaktır. Bu durum, devreden in iade yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle tazminat sorumluluğunun doğumuna yol açacaktır.

Öte yandan, devralan teminat teşkil eden alacak üzerinde geri devir olayı gerçekleştikten sonra da birtakım tasarruflarda bulunmuş olabilir. Zira alacağı devredene iade etmediği sürece, alacak üzerindeki tek tasarruf yetkisi sahibi devralandır. Kanımızca bu durumda da yukarıda açıkladığımız durum geçerli olacak ve devralan bu tasarruflardan elde ettiklerini, sonraki ifa imkansızlığı bağlamındaki kaim değer in iadesi kapsamında devredene iade etmekle yükümlü olacaktır.

¹⁰¹⁵ İfa imkansızlığının ortaya çıktığı an, geciktirici şartın henüz gerçekleşmemiş olması nedeniyle yükümlülük doğmadan önceki bir andır. Ancak geciktirici şarta bağlı borçlar (ve borçlandırıcı işlemlerde) askı döneminde meydana gelen imkansızlık halleri, sonraki imkansızlık olarak kabul edilir. Zira bu anda sözleşme kurulmuş ancak henüz hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamamıştır. Bkz. **Sirmen**, Şart, s. 172.

¹⁰¹⁶ Bu bakımdan *Bergmaier*, teminat anlaşmasına içkin bir kaim değer anlaşmasının kabul edilmesiyle, teminatın kaim değer (*Surrogat*) üzerinde devam etmesinin kabul edilebileceğini ifade etmekte (Bkz. **Bergmaier**, s. 199-200); *Reetz* ise kaim değer üzerinde devam eden teminat bakımından, para alacaklarında düzensiz rehin kavramına; bir eşyanın mülkiyetinin geçirilmesine dair alacaklarda ise teminatın teminat amacıyla alacağın devri olarak devam edeceği düşüncesine dayanmaktadır. Bkz. **Reetz**, Diss. §5, N. 229, 230. Kanımızca, burada her iki yazarın da görüşüne katılma imkanı yoktur. Zira burada teminatın kaim değer üzerinde devam etmesinin önemi, kaim değer in paraya çevrilen değerden kabul edilip edilemeyeceği ve iade yükümlülüğü doğduğunda devreden in bu kaim değer in iadesini isteyip istemeyeceği bakımındandır. İlkine yukarıda da değinmiş ve bunun için doğası gereği paraya çevrilen değerden sayılacağını ifade etmiştik. Geri devir yükümlülüğü bakımından da kanımızca bu durum, söz konusu yükümlülüğün ifasının imkansızlaşması ve buna bağlı olarak istenebilecek kaim değer in iadesi ile açıklanabilir.

¹⁰¹⁷ Bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, § 16, N. 4; §15, N. 3.

3. İade Yükümlülüğüne İhtiyaç Bulunmayan Haller: Devredilen Alacağın Kendiliğinden Devredene Dönmesi

Teminat amacıyla alacağın devrinde, devir anlaşmasının teminat altına alınan alacağın sona ermesi gibi bir bozucu koşula bağlanmasının mümkün olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu bakımdan bazı hallerin, bu yöndeki bir örtülü koşul varlığı yönünde yorumlanabileceğini de ifade etmiştik¹⁰¹⁸.

Devir anlaşmasının bozucu koşula bağlı olduğu hallerde, koşulun gerçekleşmesiyle birlikte alacak kendiliğinden devralana dönecek ve dolayısıyla yeni bir devir anlaşması yapılmasına da ihtiyaç bulunmayacaktır¹⁰¹⁹.

Belirtmek gerekir ki, tarafların açık bir koşul kararlaştırdıkları hallerde, koşulun kapsamına hangi hallerin gireceği tamamen bu koşul hükmüne göre belirlenecektir. Ancak koşulun örtülü olduğu hallerde, teminat anlaşması bakımından geri devir yükümlülüğünün doğumuna yol açan olayın, çoğunlukla devir anlaşması bakımından bozucu koşul olarak yorumlanması gerekecektir. Bu durumda, yukarıda ele aldığımız ve geri devir yükümlülüğünün kapsamında olduğundan şüphe duyulabilecek hallerde, devrin de bozucu koşulu gerçekleşmemiş olacak ve bu nedenle alacak kendiliğinden devredene dönemeyecektir. Ancak bu olasılıkların saik hatası kapsamında ele alınması halinde, bu irade sakatlığı devir anlaşması bakımından da saik hatası teşkil edebilir ve iptal hakkı devir anlaşması için de söz konusu olabilir. İşlem temelinin çökmesi ihtimalinde ise alacağın iadesi talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilir.

¹⁰¹⁸ Yukarıda bkz. İkinci Bölüm, I, F, 3.

¹⁰¹⁹ Bu bakımdan yeni ve şekle uygun bir devir anlaşmasının yerini, ilk devir anlaşmasında yazılı koşulun kapsamındaki koşul almış olacaktır.

III. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinin İcra, İflas ve Konkordato Hukuku Bakımından Özellik Arz Eden Sonuçları

A. Devralanın İflasının Hukuki Sonuçları

1. Genel Olarak

Teminat amacıyla alacağın devrin bakımından devralanın iflası, devreden iflası kadar sık karşılaşılan bir olasılık değildir¹⁰²⁰. Bu anlamda devralanın iflasının teminat ilişkisiyle doğrudan ilişkili olduğu da söylenemez. Ancak devralanın iflasını teminat amacıyla alacağın devri ilişkisi bakımından önemli kılan durum, devreden geri devir olayının gerçekleşmesiyle teminat olarak verdiği alacakları iflas masasından çıkarma hakkı (*Aussonderungsrecht*) bulunup bulunmadığıdır¹⁰²¹.

Devralanın iflası, iflasın açılmasıyla birlikte onun o andaki tüm malvarlığının iflas masasına ait olması ve devralanın malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini de kural olarak kaybetmesi sonucunu doğurur¹⁰²². Öte yandan, bu andan sonra ve iflas süreci kapanmadan önce devralanın malvarlığında ortaya çıkan tüm yeni değerler de artık iflas masasına dahil olur¹⁰²³. Bunun teminat amacıyla alacağın devri bakımından sonucu, iflasın açılmasından önce teminat olarak devredilen alacağın, iflasın açılmasından önce veya sonra doğmuş olup olmadığına bakılmaksızın, iflas masasına dahil olacaktır. Yine teminat olarak devredilen alacağın iflas açılmadan önce devralana ifa edilmiş olması halinde¹⁰²⁴ veya iflasın açılmasından sonra borçlunun borcunu iflas masasına ifa etmesi ihtimalinde, elde edilen değer iflas masasına ait olacaktır¹⁰²⁵.

¹⁰²⁰ Reetz, Diss. §8, N. 576.

¹⁰²¹ Reetz, Diss. §8, N. 577. Alman Hukuku'nda bu durumda teminat amacı ortadan kalktığı veya teminat altına alınan alacak sona erdiği ölçüde devreden masadan çıkarma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Mitlehner, N. 595; Reinicke/Tiedtke, N. 838.

¹⁰²² Reetz, Diss. §8, N. 578; Kuru, Baki, İcra İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013, s. 1218-1219; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 7. Baskı, 2018, s. 424.

¹⁰²³ Reetz, Diss. §8, N. 578; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 416.

¹⁰²⁴ Devralanın alacağı paraya çevirmek bakımından satışı tercih ettiği hallerde, satıştan elde ettiği değer de bu kapsamda olacaktır.

¹⁰²⁵ Reetz, Diss. §8, N. 579.

Dikkat edilecek olursa, tüm bu değerler devralanın teminatı iade yükümlülüğünün kapsamındadır¹⁰²⁶. Ancak bu değerlerin iflas masasına dahil olması nedeniyle devralanın ilgili değerleri (alacağın kendisini veya ikame değerleri) devredene iade etmesi mümkün değildir. Zira o, iflasın açılmasıyla bu değerler üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiştir. Bu durumda devreden, devralanın hiçbir öncelik hakkı bulunmayan her alacaklısı gibi iflas masasından tatmin edilmeyi bekleyecektir¹⁰²⁷.

2. TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) Hükmünün İnançlı İşlemlerde Kıyasen Uygulanması Sorunu ve Bu Bağlamda İflas Masasından Çıkarma Hakkı

a. Doktrindeki Görüşler

Devredenin yukarıda ifade ettiğimiz dezavantajlı konumunun giderilmesi bakımından doktrinde tartışılan husus, TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmünün teminat amacıyla alacağın devrine de kıyasen uygulanarak devredene bir çıkarma hakkı (*Aussonderungsrecht*) tanınıp tanınamayacağıdır.

Doktrinde bir görüş¹⁰²⁸, TBK m. 509 f. 3 hükmünün inançlı işlemlerde hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir. Zira dolaylı temsil yetkisi içeren vekalet ve inançlı işlem birbirinden farklı kurumlardır. Başka bir görüşe göre ise, TBK m. 509 f. 3, karma inançlı işlemlere uygulanamaz ama saf inançlı işlemlerde uygulama alanı bulabilir¹⁰²⁹. Dolayısıyla bu iki görüşe göre de ilgili hükmün teminat amacıyla alacağın devrinde uygulama alanı bulması söz konusu değildir.

¹⁰²⁶ İade yükümlülüğüne ihtiyaç bulunmayan bozucu koşula bağlı devir ihtimalinde, alacak devralanın iflasının açılmasından sonra da kendiliğinden devredene geri döneceğinden bu bakımdan tartışmaya yer yoktur. Bu yönde bkz. **Serozan, Rona**, “Ayni Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminin Bağımsızlığı İlkesi ve Ayni Teminat Haklarının Fer’iliği (Bağımsızlığı) Ayrılığı”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul, Beta, 2008, ss. 361-368, s. 367.

¹⁰²⁷ Bu bakımdan asıl alacak, niteliği ne olursa olsun artık para alacağına dönmüş olacaktır. Bkz. **Kuru**, s. 1243 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 434.

¹⁰²⁸ **Reymond, Claude**, Essai sur la nature et les limites de l’acte fiduciaire Lausanne, 1948, s.57 (Naklen: Tandoğan, İnançlı, s. 85). Reymond’un görüşü hakkında ayrıca bkz. **Özsunay**, s. 207-208.

¹⁰²⁹ Tandoğan, *Reymond*’nun İsviçre Federal Mahkemesi’nin aksi yöndeki kararından sonra fikrini bu şekilde revize ettiğini ifade etmektedir. Bkz. (**Reymond, Claude**, “L’arrêt Feras Anstalt et consorts c. Vallugano SA et l’évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l’acte fiduciaire”, JdT, 1974, s. 600 (Naklen: **Tandoğan, Haluk** “İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK m. 393’ten Yararlanma Olasılığı”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 1977, ss. 73-97, s. 93. Bu anlama gelebilecek şekilde ayrıca bkz. **Oberlin**, s. 161-162.

TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmünün inançlı işlemlere uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin bir başka sorun ise hükmün kapsamına üçüncü kişilerden elde edilen şeylerin girmesi ancak inançlı işlemlerde inanç konusu şeyin inanılandan elde ediliyor olmasıdır¹⁰³⁰. Bu durumun da ilgili hükmün inançlı işlemlere uygulanmasına engel olabileceği ifade edilmektedir¹⁰³¹.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁰³², TBK m. 509 f. 3 hükmü, karma inançlı işlemlere ve inanç konusu şeyin üçüncü kişilerden değil bizzat inanandan elde edildiği hallerde de (kıyasen) uygulama alanı bulur. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, ilgili hüküm teminat amacıyla alacağın devri bakımından da kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

İflas masasından çıkarma hakkını, teminat amacıyla alacağın devri özelinde ele alan yazarlardan bir kısmına göre¹⁰³³, TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) teminat amacıyla alacağın devrine uygulanması mümkün değildir. Zira idare amaçlı inançlı işlemler ile teminat amaçlı inançlı işlemlerin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bunlar, aynı menfaatler dengesine sahip hukuki işlemler değildir¹⁰³⁴. Ancak TBK m. 509 f. 3 hükmünün teminat amacıyla alacağın devrine uygulanması ve bu şekilde devredene genel bir çıkarma hakkı tanınması mümkün değilse de bazı özel hükümlerle getirilen çıkarma hakkı, burada da uygulama alanı bulur. Örneğin, Art. 201 SchKG (İİK m. 188) gereğince, eğer teminat olarak bir hamiline veya emre yazılı senet verilmişse artık bu senetlerin devredene iadesi gündeme geldiğinde devreden bunları iflas masasından çıkarma hakkına sahiptir¹⁰³⁵. *Reetz*'e göre, bu hüküm nama yazılı senetlerin teminat amacıyla devri bakımından da uygulama alanı bulur¹⁰³⁶. Öte yandan, ileride ele alacağımız üzere bazı yazarlar, yalnızca teminatın asıl alacağı aşan kısmı bakımından TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla aşan kısım bakımından devredene iflas masasından çıkarma hakkı tanınabileceğini de ifade etmektedir.

¹⁰³⁰ Hükmün kapsamına yalnızca üçüncü kişilerden elde edilen şeylerin girmesine ilişkin açıklamalar için bkz. **Fellmann, Walter**, Art. 401 OR, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR BK- Berner Kommentar (Hrsg: Heinz Hausheer), Stämpfli Verlag AG, 1992, N. 115.

¹⁰³¹ Aksi yönde fikir beyan etmekle birlikte bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, §35, N. 57. Görüş beyan etmemekle birlikte, teminat amacıyla alacağın devrine TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmünün uygulanmasına bu durumun engel görüldüğü yönünde bkz. **Walter**, s. 67; **Kleyling**, s. 62.

¹⁰³² **Tandoğan**, İnançlı, s. 94 vd; **Altaş/Kurt**, s. 20; **Serozan**, Akıntürk'e Armağan, s. 367.

¹⁰³³ **Reetz**, Diss., § 8, N. 583; **Bergmaier**, s. 212-213; **Walter**, s. 67.

¹⁰³⁴ **Reetz**, Diss., § 8, N. 583.

¹⁰³⁵ **Reetz**, Diss., § 8, N. 588.

¹⁰³⁶ **Reetz**, Diss., § 8, N. 591.

b. TBK m. 509 Hükümünün Teminat Amacıyla Alacağın Devri Bakımından Anlamı

Dikkat edilecek olursa iflas masasından çıkarma hakkını düzenleyen TBK m. 509 f. 3, çıkarma hakkının konusu olarak yalnızca taşınırları kapsamına almaktadır. Hükümün doğrudan uygulama alanında alacaklar yer almamakta; zira alacaklar TBK m. 509 f. 1 gereği, iflas gibi bir olgunun gerçekleşmesinde de ihtiyaç kalmaksızın, yasal temlik yoluyla kendiliğinden vekalet verene geçmektedir¹⁰³⁷. Bu durumda, TBK m. 509 hükümünün teminat amacıyla alacağın devrine kıyasen uygulanmasının hukuki sonucu, kanımızca ayrıca ele alınması gereken bir sorundur. Zira teminat amacıyla alacağın devrinde olası bir çıkarma hakkı, ya teminat teşkil eden alacak hakkı bakımından ya da bu alacak çoktan paraya çevrilmişse elde edilen değer üzerinde söz konusu olabilir. Eğer teminat teşkil eden alacak henüz ifa edilmemişse, kanımızca bu alacak bakımından TBK m. 509 f. 1 hükümünün uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira bu türden bir yasal (geri) devir, teminat amacıyla alacağın devri bakımından kabul edilemez. Bu durumda ancak TBK m. 509 f. 3'ün kıyasen uygulanması ile alacak üzerinde iflas masasından çıkarma hakkı bulunduğu düşünülebilir. Yoksa teminat olarak devredilen alacağın, TBK m. 509 f.1 hükümünün kıyasen uygulanmasıyla devralana yasal devir yolu ile geri dönmesi düşünülemez.

Öte yandan, teminat teşkil eden alacağın iflas açılmadan önce paraya çevrilmiş olduğu ihtimalinde, herhalde çıkarma hakkının elde edilen değer üzerinde devam ettiği kabul edilecektir. Esasen bu durumda, çıkarma hakkına konu şeyin üçüncü kişilerden elde edilmesi gerektiğine ilişkin engelin de aşıldığı kabul edilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumda çıkarma hakkı pratikte pek bir anlam ifade etmeyecektir. Zira TBK m. 509 f. 3, elde edilen şeyin bir miktar para olması ihtimalinde bunun ancak ayrı bir hesapta tutulması halinde mümkün görülmekte¹⁰³⁸; taşınmazlar ise zaten hükümün kapsamının dışında yer almaktadır. Uygulamada teminat amacıyla alacağın devri ile teminat altına alınan alacağın çoğunlukla para borcu olduğu da dikkate alınırsa, TBK m. 509 f. 3'ün burada uygulama alanı bulacağı kabul edilecek olsa bile, bu çözüm yolu çoğu zaman pratik ihtiyaçlara cevap vermeyecektir.

¹⁰³⁷ Bkz. **Fellmann, Walter**, Berner Kommentar Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Art. 401, N. 97.

¹⁰³⁸ **Fellmann**, BK OR Art. 401, N. 108.

c. Teminat Amacıyla Alacağın Devrinde Asıl Borcu Aşan Kısma Özgü Çıkarma Hakkına İlişkin Görüş

TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmüne dayalı olarak inançlı işlemlere ilişkin genel bir iflas masasından çıkarma hakkından söz edilemeyeceğine katılmakla birlikte konuyu teminat amacıyla alacağın devri özelinde ele alan yazarların bir kısmı, teminat teşkil eden alacağın asıl alacağı aşan kısmı bakımından TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmünün kıyasen uygulanması ile devreden bu kısım üzerinde çıkarma hakkı bulunduğunu kabul etmektedirler¹⁰³⁹. Yazarlara göre, bunun dayanağı şu şekilde açıklanabilir: Devreden teminatın tamamı bakımından olmasa da asıl alacağı aşan kısmın tahsili bakımından kendi hesabına değil vekil gibi devreden hesabına hareket etmiş olmaktadır. Bu nedenle, aşan kısım bakımından ilgili hükmün kıyasen uygulanması bir zemine oturabilir ve bunun sonucunda devreden asıl alacağı aşan kısmı iflas masasından çıkarma hakkına sahip olur¹⁰⁴⁰.

Bu görüşteki yazarlardan bir kısmına göre, aşan kısma ilişkin çıkarma hakkı yalnızca iflas açıldığı anda devreden teminatları paraya çevirmiş olduğu ihtimalde değil iflas masasının iflas açıldığında teminatın henüz paraya çevrilmediği hallerde de söz konusudur¹⁰⁴¹. Bu ikinci olasılıkta, devreden iflas açıldıktan sonra teminatın asıl alacağı aşan kısmını çıkarma hakkına sahip olacaktır¹⁰⁴². Eğer bu olasılıkta iflas masası teminatı paraya çevirirse, çıkarma hakkı paraya çevirmeden elde edilen değer aşan kısmı üzerinde de devam eder¹⁰⁴³. Yazar bu son olasılığı, devreden iflas açıldığı anda var olan çıkarma hakkının ikame değer üzerindeki devamı olarak görmektedir¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁹ Reetz, Diss., § 8, N. 604 vd; Bergmaier, s. 214. Aynı yönde ayrıca bkz. Turan-Fühner, s. 359. Bu bakımdan bir çıkarma hakkından söz edilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. Walter, s. 67.

¹⁰⁴⁰ Şüphesiz ki, bu bakımdan geri devir olayının gerçekleşip gerçekleşmemesi bir önem arz etmez. Zira devralan, geri devir olayı gerçekleşmese de aşan kısmı iade etmekle yükümlüdür. Bkz. Reetz, Diss., § 8, N. 606.

¹⁰⁴¹ Reetz, Diss., § 8, N. 607.

¹⁰⁴² Yazara göre ancak bu durumda OR Art. 401/III'te çıkarma hakkının konusu bakımından aranan "üçüncü kişilerden elde edilen şey" şartı gerçekleşmemiş olur. Ancak hüküm bu dar lafzından daha geniş yorumlanmalıdır. Bkz. Reetz, Diss., § 8, N. 607.

¹⁰⁴³ Reetz, Diss., § 8, N. 608.

¹⁰⁴⁴ Reetz, Diss., § 8, N. 608.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, devredenın aşan kısmı iflas masasından çıkarma hakkı yalnızca iflas açıldığı anda teminatın devralan tarafından paraya çevrilmiş olduğu ihtimal ile sınırlıdır¹⁰⁴⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, aşan kısım üzerindeki çıkarma hakkı TBK m. 509 f. 3 hükmünün kıyasen uygulanmasına dayandığından çıkarma hakkı teminat teşkil eden alacağın konusunun taşınmaz hallerde uygulanmayacağı gibi para alacakları bakımından da paranın devredenın diğer malvarlığına karışmamış olmasını gerektirir¹⁰⁴⁶.

3. İflas Açıldığı Anda Teminat Altına Alınan Borcun Sona Ermemiş Olması Halinde Ortaya Çıkan Hukuki Durum

İflas açıldığı anda henüz asıl alacak sona ermemiş, eş deyişle devralanın geri devir yükümlülüğü doğmamış olursa devredenın iflas masasının alacaklısı değil aksine asıl borç bakımından iflas masasına borçlu olması gündeme gelir. Bu bakımdan iflas masasının önce asıl alacağı devredenden talep edip sonra teminatın değerini iflas masasının alacaklısı olarak devredene vermesi, devreden bakımından dezavantajlı bir sonuç ortaya çıkaracaktır¹⁰⁴⁷.

Devralanın iflasından bağımsız olarak teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın teminata başvurmadan asıl alacağa başvuramayacağını ileri süren görüş, iflas masası bakımından da aynı sonucu kabul etmektedir. Buna göre, iflas masası artık devredenden asıl borcu talep edemez ve teminatı paraya çevirdikten sonra varsa artan değer üzerinde devredenın bir talebi söz konusu olabilir¹⁰⁴⁸. Artan değer üzerinde de TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla masadan çıkarma hakkı söz konusu olacağından devreden bakımından bir dezavantaj söz konusu değildir¹⁰⁴⁹.

Teminat amacıyla alacağın devrinde devredenın asıl alacağa başvurmak bakımından serbest olduğu yönünde (bizim de katıldığımız) görüş uyarınca ise

¹⁰⁴⁵ Bergmaier, s. 214.

¹⁰⁴⁶ Fellmann, BK OR Art. 401, N. 108; Bergmaier, s. 214; Reetz, Diss., § 8, N. 609.

¹⁰⁴⁷ Bu bakımdan devredenın teminatı iade alacağı geciktirici şarta bağlı bir borç olarak iflas masasına kaydedilecek ve şartın gerçekleşmesi halinde devredene bu borcun parasal karşılığı ödenecektir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 433; Kuru, s. 1242

¹⁰⁴⁸ Bergmaier, s. 213.

¹⁰⁴⁹ Bergmaier, s. 214.

sorunun bu şekilde çözümlenmesi mümkün değildir¹⁰⁵⁰. Zira bu durumda devredenin asıl alacağı iflas masasına ifa etmesi veya başka bir yolla asıl alacağı sona erdirmesi gerekir. Ancak bunun devredeni oldukça dezavantajlı bir konuma getireceği de açıktır. Bu durumda devreden asıl borcu tamamen sona erdirecek ancak teminatın kendisine iadesi bakımından hem teminat teşkil eden alacağın kendisinin değil değerinin iadesiyle yetinmek zorunda kalacak hem de bu değeri hiçbir zaman tam olarak elde edememe rizikosu ile karşılaşacaktır.

Buradan hareket eden bir görüşe göre, iflas açıldığı anda teminat altına alınan alacak henüz ifa edilmemiş (veya başka bir sebeple sona ermemiş), eş deyişle geri devir olayı gerçekleşmemiş olursa, devreden iflas masasına karşı bu asıl alacağı ifa edip ardından teminatın kendisine iadesini talep etmek zorunda değildir¹⁰⁵¹. Yazara göre, devredenin asıl borcu ifa etmekten kaçınması bakımından iki teorik dayanak söz konusu olabilir:

Bunlardan ilki, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin ifa güçsüzlüğünü düzenleyen TBK m. 98 (OR Art. 83) hükmünün burada kıyasen uygulama alanı bulmasıdır. Böylece devreden, asıl alacağın ifası yönündeki talebi bu savunmayı ileri sürerek defedebilecektir¹⁰⁵².

İkinci çözüm yolu ise devredenin iflas masasına karşı takas ileri sürebilmesidir. Zira iflasın açılmasıyla devralanın tüm alacaklılarının alacakları para alacağına dönüşeceğinden devredenin teminatın iadesi talebi de bir para alacağı olacaktır. Eğer teminat altına alınan alacak da bir para alacağıysa bu durumda devredenin iflas masasına karşı takas ileri sürmesi de mümkündür¹⁰⁵³.

4. Devrin Bozucu Koşula Bağlı Olduğu Hallerde Devralanın İflası

Belirtmek gerekir ki, teminat amacıyla alacağın devrinde devredenin çıkarma hakkının bulunup bulunmadığı devrin bozucu koşula bağlı olduğu hallerde bir önem arz etmez. Zira koşulun gerçekleşmesiyle teminat teşkil eden alacak kendiliğinden

¹⁰⁵⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B.

¹⁰⁵¹ Reetz, Diss., § 8, N. 613 vd.

¹⁰⁵² Reetz, Diss., § 8, N. 618. Bu bakımdan *Turan-Fühner*, TBK m. 98 hükmüne dayalı bir sözleşmeden dönme imkanının bulunmadığını; devredenin yalnızca ifadan kaçınma savunmasına sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Turan-Fühner*, s. 363.

¹⁰⁵³ Reetz, Diss., § 8, N. 630. Yazar bu bakımdan SchKG Art. 213 (İİK m. 200) hükmündeki takas yasaklarından birinin burada söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. *Reetz*, Diss., § 8, N. 630, dn. 980.

devredene döner. Bu koşulun iflas açılmadan önce gerçekleşmesi bakımından zaten bir sorun söz konusu değildir. Ancak koşulun iflas masası açıldıktan sonra gerçekleştiği hallerde de alacağın kendiliğinden devredene döneceği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁴. Dikkat edilecek olursa, koşulun iflas açıldığı andan sonra gerçekleşmesi, teminat teşkil eden alacağın iflasının iflas masasına yapılmasıyla gerçekleşir.

Diğer yandan, tarafların koşul olarak, “devralanın iflası halinde, geri devir olayı gerçekleşmeksizin, teminat olarak verilen alacağın devredene kendiliğinden geri döneceği” yönündeki bir anlaşmalarının geçersiz olacağı da doktrinde ifade edilmektedir. *Reetz*’e göre, tarafların bu yöndeki kararlılıklarını, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük olarak değerlendirilmeli ve “geri devir olayı”nın gerçekleşmesi ile alacağın kendiliğinden devredene döneceği şeklinde ayakta tutulmalıdır¹⁰⁵⁵.

5. Özet ve Değerlendirme

Teminat amacıyla alacağın devrinde, kanımızca TBK m. 509 f. 3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla devralanın genel bir çıkarma hakkı olduğundan söz edilemez. Zira teminat amacıyla alacağın devrinde devralan ile dolaylı temsil yetkisi bulunan ve buna istinaden bir alacağı elinde bulunduran ve tahsil eden arasındaki farklılık, kıyas köprüsünün kurulmasına engel olur. Bu bakımdan, kanımızca gerekçe yalnızca çıkarma hakkına konu olacak şeyin kimden elde edilmiş olduğu değildir. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, kanımızca da asıl borcu aşan kısmın tahsilinde devralanın kendi menfaatine hareket etmemesi nedeniyle bu bakımdan dolaylı temsilciye yaklaştığı söylenebilir. Bu nedenle biz de asıl borcu aşan kısım bakımından TBK m. 509 f. 3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla devredenin çıkarma hakkının kabul edilebileceği kanısındayız. Öte yandan, aşan kısım üzerindeki bu çıkarma hakkının iflas masası açıldığı anda henüz paraya çevrilmemiş teminat bakımından da devam ettiği kanımızca kabul edilmelidir. Bu bakımdan TBK m. 509 f. 3 hükmünün “üçüncü kişilerden elde edilen şeyler” ile sınırlı olan lafzı geniş yorumlanmalıdır.

Ancak belirtmek gerekir ki, TBK m. 509 f. 3 hükmü iflas masasından çıkarma hakkı bakımından yetersiz bir hükümdür. Dolayısıyla asıl borcu aşan kısım üzerinde

¹⁰⁵⁴ *Reetz*, Diss., §5, N. 287. Ayrıca bkz. *Serozan*, Akıntürk’e Armağan, s. 367.

¹⁰⁵⁵ *Reetz/Burri*, CHK OR, Art, 164, N. 45.

bu hükmün kıyasen uygulanmasıyla çıkarma hakkının kabul edilmesi halinde dahi devreden bu iflas karşısında tam olarak korunduğu söylenemez. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, teminat teşkil eden alacakların para alacağı olması ve alacağın çoktan paraya çevrilmiş olduğu ihtimalinde, çıkarma hakkı ancak bu paranın devreden malvarlığına karışmamış olması halinde mümkündür¹⁰⁵⁶. Taşınmazlar ise tamamen kapsam dışındadır.

Son olarak, iflas açıldığı anda teminat altına alınan alacağın henüz sona ermemiş olması (geri devir olayının henüze gerçekleşmemiş olduğu) ihtimalinde, devreden bakımından ortaya çıkabilecek dezavantajlı durumun giderilebilmesi bakımından TBK m. 98 hükmünün kıyasen uygulanması ve şartları sağlandığı takdirde takas ileri sürebilme imkanı, her ne kadar pratik anlamda sorunu çözmeye elverişli görünse de kanımızca her iki kurumun da burada uygulama alanı bulması teorik olarak oldukça şüphelidir.

Zira asıl alacak ile teminatın iadesi borcu arasında herhangi bir *synallagma* ilişkisi olmadığı gibi bunlar aynı hukuki ilişkiden doğan alacaklar dahi değildir. Öte yandan, bu alacaklardan ikincisinin doğumu temelde zaten birincisinin yerine getirilmesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla ifa güçsüzlüğü savunmasının ileri sürülmesi bu bakımdan mümkün görünmemektedir.

Takas bakımından ise kanımızca daha büyük bir sorun söz konusudur. Zira devreden devralandan olan alacağı iflasın açılmasıyla muaccel olmuş alacaklardan sayılamaz. Çünkü bu alacağın doğumu iflas açıldığı anda geciktirici bir şarta bağlıdır. İflasın açılması ile doğmamış bir alacağın muaccel hale gelmesi söz konusu olmaz¹⁰⁵⁷. Hal böyle olunca devreden takas ileri sürdüğü anda da koşul (geri devir olayı) henüz gerçekleşmemiş olduğuna göre, onun henüz takas edebilecek bir karşı alacağı mevcut değildir. Dikkat edilecek olursa bu bakımdan sorun, iflas açıldıktan sonra elde edilen alacaklara ilişkin takası yasaklayan İİK m. 200 (SchKG Art. 213) değildir. Burada takasın- söz konusu hüküm olmasa da- maddi hukuk bakımından şartları sağlanmış değildir.

¹⁰⁵⁶ Bu bakımdan teminat olarak bir para alacağı devredilmişse kanımızca tarafların en baştan teminatın ayrı ve özel bir hesapta tutulacağı hususunda anlaşmış olmaları önem arz etmektedir.

¹⁰⁵⁷ Bu bakımdan müflisin borçlarının iflasın açılması ile muaccel olacağı kuralının müflisin geciktirici şarta bağlı borçları bakımından da uygulanacağını ifade eden *Develioğlu* da şart gerçekleşmeden söz konusu alacaklının garame payını talep edemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Develioğlu**, Takas, s. 144-145. Kanımızca şart gerçekleşmeden herhangi bir talep ileri süremeyen alacaklının alacağının muaccel olduğundan bahsetmek teknik olarak mümkün değildir.

Ancak doktrinde, müflisin geciktirici şarta bağlı borçları bakımından da bu borcun alacaklısının iflas masasına karşı -henüz şart gerçekleşmeden- takas ileri sürebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵⁸. Konumuz bakımından da ancak bu görüşün kabul edilmesi halinde devredenin asıl borcun ifası talebine karşın iflas masasına takas ileri sürmesi mümkün görülebilir.

Belirtmek gerekir ki, bu görüş kanımızca ele aldığımız sorun çerçevesinde yine de çekincesiz olarak kabul edilebilir değildir. Zira ele aldığımız somut durum bakımından, şarta bağlı olan alacak, kendisi ile takas edilecek alacağın ifa edilmesi şartına bağlı durumdadır.

B. Teminat Olarak Devredilen Alacakların Devralanın Alacaklıları Tarafından Hazine Karşı İstihkak İddiası

Teminat amacıyla alacağın devrinde devralanın alacaklar üzerindeki hak sahipliğini elde ettiğini daha önce pek çok kez ifade etmiştik. Tam hak sahipliğinin maddi hukuk bakımından ortaya çıkardığı ve menfaatler dengesine aykırı olan bazı hukuki sonuçların törpülenmesi bakımından çeşitli çözüm yollarına başvurulabileceğini de ifade etmiştik. Yine özellikle teminat amacıyla devirlerin *Trust* kurumu ile karşılaştırılmasında, *Trust*'ın aksine burada teminat olarak devredilen malvarlığı unsurunun (alacakların) devralanın malvarlığından ayrı bir özellik arz etmediğini de ifade etmiştik.

Bu başlık altında ele aldığımız sorun tüm bunlarla bağlantılı olarak, devralanın alacaklılarının ona karşı başlatılan olası bir icra takibi sonucunda teminat olarak devredilmiş alacaklara da haciz koydurmuş olmaları halinde devredenin bu hacze karşı herhangi bir imkana sahip olup olmadığıdır.

Devredenin hacze karşı sahip olup olmadığı tartışılacak imkan, İİK m. 96-99 hükümleri arasında düzenlenen istihkak davasıdır¹⁰⁵⁹. Bu dava esasen maddi hukuktaki anlamı ile bir istihkak iddiasına dayanmamaktadır. Zira haciz konulmuş

¹⁰⁵⁸ **Develioğlu**, Takas, s. 144-145; **Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden**, İflas Hukukunda Takas, İstanbul, 2013, s. 207.

Develioğlu, Ansay'ın görüşüne dayanmakta ve onun bozucu şarta bağlı alacaklar için öngördüğü bu çözümün geciktirici şarta bağlı alacaklar için de uygulanabileceğini ifade etmektedir. *Ansay*, bozucu şarta bağlı alacakların, bu bakımdan şarta bağlı olmayan alacaklardan bir farkı olmadığını kabul etmekte; geciktirici şarta bağlı alacaklarda ise ancak iflas idaresi ile alacaklının bu yönde bir takas anlaşması yapabileceğini ancak anlaşma sağlanamazsa takasın mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara, 1954, s. 232.

¹⁰⁵⁹ Alacakların da istihkak davasına konu olabileceği yönünde bkz. **Kuru**, s. 588.

şey üzerinde örneğin rehin hakkı sahibi bulunan kimsenin de bu iddiayı ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Yine intifa veya ayni haklar dışında tapuya şerh verilmiş nisbi hakların da bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁶⁰. Bu bakımdan devredenin dayanabileceği hak, devralanın söz konusu alacakları iade yükümlülüğü altında olmasına istinaden bu iadeye ilişkin alacak hakkıdır. Bu alacak hakkı geciktirici koşula bağlı olduğundan haciz konulduğu anda koşul gerçekleşmemişse (teminat altına alınan alacak henüz sona ermemişse) artık böyle bir haktan dahi söz edilemeyecektir.

Konuyu özellikle iflas bağlamında ele alan *Reetz*, bizim de yukarıda yer verdiğimiz iflasta benimsenen çözümlerin icra hukuku sorunlarında da *mutatis mutandis* uygulanacağını belirtmekle yetinmiştir¹⁰⁶¹. Yazar bu bakımdan SchKG Art. 106 vd. hükümlerinde düzenlenen hacizde istihkak proseüdürünü (*Widerspruchsverfahren*) bu kapsamda ifade etmektedir.

Gerçekten de iflas masasından çıkarma hakkının icra prosedürü bakımından karşılığının hacizde istihkak davası olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak bu bakımdan haciz söz konusu olduğunda da çeşitli ayrımların yapılması kaçınılmaz olacaktır.

İlk olarak, söz konusu alacaklara haciz konulması, bu alacakların henüz devralan tarafından paraya çevrilmemiş olmasını zorunlu kılar. Eğer bu durumda geri devir olayı gerçekleşmişse artık devredenin iddiası, mevcut ancak alelade bir alacak hakkından ibaret olacaktır.

Diğer yandan henüz geri devir olayı gerçekleşmemiş olursa, istihkak iddiasına dayanak olan hak henüz doğmamış; geciktirici koşula bağlı ve yine alelade bir haktan ibaret olacaktır.

Bir diğer sorun ise, eğer alacaklar geri devri olayı gerçekleşmeksizin paraya çevrilmiş ancak iade yükümlülüğü doğmuş ise devralanın malvarlığına bu paraya çevirme nedeniyle giren değere konulan hacze karşı da devredenin istihkak iddiası ileri sürüp süremeyeceğidir. Bu durumda da devreden, bu kez elde edilen ikame

¹⁰⁶⁰ **Kuru**, s. 586 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özeskes**, s. 194. *Kuru*, bu bakımdan bazı alelade nisbi hakları da örnek vermekte ancak bunların bazı pratik zorunluluklardan kaynaklandığını da ifade etmektedir. Verilen örnekler arasından inançlı işlemde kaynaklanan iddialar olmadığı gibi benzer bir örneğe dahi yer verilmemiştir. Bkz. **Kuru**, s. 588.

¹⁰⁶¹ **Reetz**, Diss., N. §8, N. 635.

değer üzerinde -alelade olmak üzere- bir alacak hakkına sahip olacaktır. Bu talebin kaynağının TBK m. 136 hükmü olduğu yönündeki görüşümüzü yukarıda ifade etmiştik. Her ne kadar teminat teşkil eden alacağın para alacağı olması halinde, para devralanın malvarlığına karışmış olsa dahi TBK m. 136 gereği devralandaki zenginleşmenin bir ikame değer olarak istenebileceği kabul edilebilirse de, TBK m. 509 hükmü gereği bu durumda bir çıkarma hakkı söz konusu olamayacaktır. Aynı durum, kanımızca haciz bakımından da söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, uygulamada çoğunlukla karşılaşıldığı şekilde, teminat teşkil eden alacakların para alacağı olması halinde hacizde istihkak ileri sürülüp sürülemeyeceğini tartışmaya dahi yer olmayacaktır.

Alacağın devralanın malvarlığında mevcut olduğu diğer hallerde ise kanımızca devredenin haciz karşısında istihkak iddiası ile bu alacaklar üzerindeki hacze engel olması *de lege lata* mümkün görünmemektedir. Zira bu durumda devreden yalnızca alacakların kendisine geri devri hususunda yalnızca alelade bir alacak hakkına sahiptir¹⁰⁶². Şüphesiz ki, devralanın iflası halinde hiç değilse belirli durumlarda (aşan kısım bakımından) devredenin çıkarma hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi ile hacizde devredene benzer bir imkanın tanınmaması çelişkili görülebilir. Ancak devralanın iflası halinde devredenin alacaklara haciz konulmasına oranla çok daha dezavantajlı konumda olduğu da unutulmamalıdır.

Kanımızca bu durumda teminat amacıyla alacağın devrinde şöyle bir çözümün benimsenmesi mümkündür: Devralanın alacaklıları onun elinde teminat olarak tuttuğu alacaklara haciz koydurduktan sonra bu alacaklardan tatmin edildikleri oranda devralan da borçtan kurtulmuş olacaktır. Bu bağlamda, devralan bir anlamda teminatı paraya çevirmiş olmaktadır. Zira elinde tuttuğu teminat aracılığıyla malvarlığının pasifini azaltmaktadır. Bu durumda kanımızca, devralanın alacağı borçludan tahsil ettiği veya üçüncü bir kişiye satarak paraya çevirdiği hallerde benimsenen çözüme uygun olarak, teminat altına alınan asıl borcun devralanın borçtan kurtulduğu oranda sona erdiği kabul edilmelidir.

¹⁰⁶² Alman Hukuku'nda teminat amaçlı devirlerde ZPO §771 hükmüne dayalı olarak devredenin hacze karşı istihkak ileri sürülebilmesi –paraya çevirme olayı gerçekleşene kadar- mümkün görülmektedir. Bu bakımdan teminat olarak devredilen şey üzerindeki hakkın, teminat anlaşmasından doğan aynı etkiyi sahip olmayan ancak aynı benzeri (*quasi dingliche*) güçte bir sınırlamaya tabi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Mittlehner**, N. 331; **Reinicke/Tiedtke**, N. 832.

C. Devredenin İflasının Hukuki Sonuçları

1.Genel Olarak

Devredenin iflasının ilk ve en temel sonucu, iflasın açılmasıyla birlikte onun (taşınmaz rehni ile teminat alınmış olanlar hariç olmak üzere) tüm borçlarının muaccel hale gelecek olmasıdır¹⁰⁶³. Devredenin aynı zamanda asıl borçlu olması halinde, asıl borç da muaccel hale gelecektir. Böylece devralan bakımından da paraya çevirme olayı gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁶⁴. Teminat amacıyla alacağın devrinde, devredenin korunmak istediği en büyük riskin devredenin iflası olduğunu daha önce de ifade etmiştik. Bu durumda devralan, rehinli alacaklıdan farklı olarak devredenin iflas masası ile muhatap olmak durumunda kalmayacaktır. Dolayısıyla kural olarak devredenin herhangi bir çıkarma hakkına da ihtiyacı bulunmamaktadır. Zira teminat olarak devredilen alacak iflas masasına hiç girmemiş olacaktır¹⁰⁶⁵.

2. İstisna: Devralanın Masadan Çıkarma Hakkına İhtiyaç Duyabileceği Haller ve Çıkarma Hakkı Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Teminat amacıyla alacağın devri bakımından olağan ve beklenen senaryo, yukarıda ifade ettiğimiz şekilde olmakla birlikte, teminat teşkil eden alacağın tahsilinin devreden veya onun iflas masası tarafından gerçekleştirilmesi halinde devralan olması beklenenin dışında ve dezavantajlı bir konuma düşmektedir. Zira kendisini iflas masasından tamamen bağımsız şekilde tatmin edecek olan teminat

¹⁰⁶³ Bkz. İİK m. 195.

¹⁰⁶⁴ Reetz, Diss., § 9, N. 622.

¹⁰⁶⁵ Bu bakımdan, Alman hukukunda devredenin iflası halinde devralanın teminat olarak devraldığı alacakları -bu alacaklar onun malvarlığına dahil olmasına rağmen- tek başına paraya çevirme yetkisi olmadığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan teminat amacıyla devralan, rehin alanla bir görülmekte ve inanç konusunun masa tarafından paraya çevrilmesi ile devralanın öncelikli olarak tatmin edilmesi (*abgesonderte Befriedung*) söz konusu olmaktadır. Bu konuda bkz. **Bergmaier**, s. 215 vd; **Böhm**, s.16, dn. 56; **Mitlehner**, N. 596; **Reinicke/Tiedtke**, N. 837. Öte yandan Türk hukukunda inançlı işlemlerin iflas ile ilişkisini alan bir görüş de taşınırın teminat amacıyla devrinde paraya çevirme yetkisinin iflas masasında olması gerektiğini ifade etmektedir. Söz konusu görüşün dayanağı, bu durumda inançlı devirlerin, rehine göre haksız şekilde avantajlı konuma gelecek olmasıdır. Yazar aksi bir düşüncenin *lex commissoria* yasağına da aykırılık teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Tuncer-Kazancı, İdil**, “İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflası ve İflasın İnançlı İşleme Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Hakan Pekcanitez’e Armağan, ss. 2811-2834, s. 2823. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira teminat amacıyla yapılan devirlerin rehine göre bazı açılardan avantajlı olması, onların ortaya çıkışının ve uygulamada yaygın biçimde kullanılmasının temel sebebidir. Teminat amacıyla devirler ile amaçlanan, en başta borçlunun iflasına karşı rehinden farklı bir konumda bulunmak; teminat konusunu iflas masası ile bağdaştırmamaktır. Öte yandan, bu durumun *lex commissoria* yasağına aykırı olması da söz konusu değildir. Zira asıl borcu artan kısmın iadesi yükümlülüğü, teminat konusunun devralan tarafından paraya çevrilmesi halinde de devam etmektedir.

onun açısından işlevsiz hale gelmektedir. Bu tür bir durum, çeşitli ihtimallerde ortaya çıkabilir:

Bu ihtimallerden ilki, henüz iflas açılmadan önce borçlunun TBK m. 186 (OR Art. 167) uyarınca devredene borçtan kurtarıcı etkisi olan bir ifada bulunmuş olmasıdır. Bu durumda devralanın devredene karşı teminat anlaşmasından veya sebepsiz zenginleşme kökenli bir talep ileri sürme hakkı olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu bakımdan sorun, iflasın açılmasının ardından elde edilen değerler iflas masasına girmiş olacağından, bu durumda devralanın sıradan bir iflas alacaklısının ötesinde, masadan çıkarma hakkı bulunup bulunmadığıdır. Doktrinde bu durumda devralanın herhangi bir çıkarma hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁶⁶.

İkinci ihtimal, iflas açılmadan önce borçlunun devredene yapacağı ifanın, devredenin devrettiği alacak üzerindeki tahsil yetkisi veya temsil yetkisine dayalı olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır^{1067, 1068}. İflasın açılmasıyla ilgili değerler iflas masasına dahil olmakla birlikte, bu durumda devralanın TBK m. 509 f. 3 (OR Art. 401/III) hükmüne dayalı bir çıkarma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶⁹. Kanımızca da bu durumda çıkarma hakkının TBK m. 509 hükmüne dayandırılabilmesine şüphe yoktur.

Üçüncü ihtimal ise, iflasın açılmasından sonra iflas masasının teminat teşkil eden alacağı tahsil etmesidir. Doktrinde bir görüşe göre bu durumda, borçlunun iflas masasına gerçekleştirdiği ifanın TBK m. 186 (OR Art. 167) gereği borçtan kurtarıcı bir etkisi bulunup bulunmadığından bağımsız olarak¹⁰⁷⁰, devralanın ancak SchKG Art. 202 (İİK m. 189) hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla masadan çıkarma hakkının bulunduğu kabul edilebilir¹⁰⁷¹. Söz konusu hükümde, müflisin

¹⁰⁶⁶ Bkz. **Reetz**, Diss., § 9, N. 650, 651.

¹⁰⁶⁷ Tarafların teminat amacıyla alacağın devrinde bu türden bir yetkiyi devredene tanıyabileceklerini ancak bunun sınırsız olması halinde devir iradesinden şüphe duyulabileceğini daha önce ifade etmiştik.

¹⁰⁶⁸ Belirtmek gerekir ki, bu durumda çıkarma hakkına ihtiyaç duyulabilmesi için devredenin kendi adına, devralan hesabına hareket etmiş olması gerekir. Devredenin kendi adına değil de devralan adına hareket ettiği hallerde devralanın zaten istihkak iddiası söz konusu olacaktır. Tahsil edilen şeyin bir miktar para olup da devredenin malvarlığına karıştığı ihtimalinde ise sorun yine TBK m. 509 f. 3 hükmü ile çözümlenemeyecektir. Zira bu hükmü göre çıkarma hakkı, paranın karışmamış olduğu hallerde söz konusudur. Yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, 2, c.

¹⁰⁶⁹ **Reetz**, Diss., § 9, N. 651; **Bergmaier**, s. 219; **Rohner**, s. 98.

¹⁰⁷⁰ Yazar, borçlunun iflasının borçtan kurtarıcı bir özellik taşımadığı hallerde dahi devralana çıkarma hakkı tanınması gerektiği yönündeki düşüncesini, aksinin kabulü halinde devralan borçluya mecbur kalacak ve iflas riskini üstlenmek zorunda olacaktır. Böyle bir sonuç SchKG Art. 202'nin lafzı, anlamı ve amacı ile bağdaşmamaktadır. Bkz. **Reetz**, Diss., § 9, N. 649, dn. 1011.

¹⁰⁷¹ **Reetz**, Diss., § 9, N. 649.

başkasına ait bir malı satmış olup da iflas açılana kadar satış bedelini almamışsa malın sahibinin satış bedeli alacağına kendisine temlik edilmesini veya satış bedeli masaya ödenmişse bu bedelin kendisine verilmesini isteyebileceği belirtilmektedir. Yazara göre, bu hüküm teminat alacağının borçlusunun iflas masasına gerçekleştirdiği ifa için de tahsil edilen tutarın kendisine verilmesini isteyebileceği yönünde kıyasen uygulanarak bu bakımdan devralanın çıkarma hakkına dayanak teşkil edecektir.

Doktrinde, aksi yöndeki bir görüşe göre¹⁰⁷² ise, iflas açıldığı anda devir borçluya bildirilmemiş olursa ve bu nedenle borçlu TBK m. 186 (OR Art. 167) gereği borçtan kurtarıcı etki ile iflas masasına ifada bulunma imkanına sahip olursa, devralanın teminat teşkil eden alacağı İİK m. 228 (SchKG Art. 242) hükmüne dayalı olarak açacağı dava ile masadan çıkarma hakkı bulunur¹⁰⁷³. Zira bu durumda iflas masası, alacağı hakimiyetinde (*Gewahrsam*) bulunduran konumundadır¹⁰⁷⁴.

Aynı görüşe göre, eğer borçlu bu durumda alacağı iflas masasına ifa etmiş olursa SchKG Art. 202 (İİK m. 189) hükmü kıyasen uygulanmalı ve böylece ikame çıkarma hakkı olarak devralanın çıkarma hakkı tahsil edilen para üzerinde devam etmelidir¹⁰⁷⁵. Ancak bunun için borçlunun iflas masasına yapacağı ifanın TBK m. 186 (OR Art. 167) gereği borçtan kurtarıcı bir özellik göstermesi gerekir.

Doktrinde bir görüş ise TBK m. 186 (OR Art. 167) kapsamında iflas masasına gerçekleştirilen borçtan kurtarıcı etkili ifanın SchKG Art. 202 (İİK m. 189) kapsamında değerlendirilemeyeceğini; zira bu hükmün kapsamına alacakların değil eşyaların (*Sache*) girdiğini ifade etmektedir¹⁰⁷⁶.

Son ihtimal ise iflasın açılmasından sonra devredenin teminat teşkil eden alacağı tahsil etmesidir¹⁰⁷⁷. Bu durumda doktrinde bir görüşe göre¹⁰⁷⁸, devralana

¹⁰⁷² **Bergmaier**, s. 217-218. Aynı yönde bkz. BGE 47 III 9; BGE 44 III 164, (Swisslex).

¹⁰⁷³ Hükmün kapsamına yalnızca taşınırların değil alacakların da girdiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Bergmaier**, s. 217.

¹⁰⁷⁴ Bu durumda iflas masasının hakimiyetinde bulunduran konumunda olması ile bu davanın nasıl temellendirilebildiğinin anlaşılamadığı ve ancak devralanın ilgili konuma sahip olmasının mümkün olduğu; böylece iflas masasının devredene açacağı davadan (*Admassierungsklage*; SchKG Art. 242/III) söz edilebileceği yönünde haklı olarak bkz. **Reetz**, Diss., § 9, N. 646.

¹⁰⁷⁵ **Bergmaier**, s. 218.

¹⁰⁷⁶ **Kleyling**, s. 66.

¹⁰⁷⁷ İflasın açılması anından sonra müflisin (devredenin) kendisine yapılan ödemeleri kabul etmesi mümkün değildir. Bkz. **Kuru**, s. 1212; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 425. Ancak İİK m. 192 c.2 hükmünde de belirttiği üzere, müflise yapılan ödemeler iflas masasına girdiği oranda borç müflisin alacaklılarına karşı da sona ermiş olacaktır.

SchKG Art. 202 (İİK m. 189) hükmünün kıyasen uygulanması ile masadan çıkarma hakkı tanınması, ifa sonucu elde edilen tutarın iflas masasına girmiş olmasına bağlıdır. Yazar bu bakımdan da borçlunun ifasının TBK m. 186 (OR Art. 167) gereği borçtan kurtarıcı bir etki göstermesi gerektiği şartından söz etmemektedir.

Son olarak, devralanın bir çıkarma hakkı bulunduğu kabul edildiğinde, bu çıkarma hakkına karşı iflas masasının geri devir olayının gerçekleştiğini ileri sürerek bu talebi reddedebileceği ya da geri devir olayının gerçekleşmediği hallerde bu çıkarma hakkına karşı asıl alacağı aşan kısım üzerindeki hakkını ileri sürebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁷⁹.

Kanımızca ilk iki ihtimal bakımından tartışılacak herhangi bir sorun söz konusu değildir. Zira ilk ihtimalde bir çıkarma hakkından söz edilemeyeceği ve ikinci ihtimalin de TBK m. 509 f. 3 hükmünün uygulama alanı kapsamına girdiği açıktır.

İİK m. 189 (SchKG Art. 202) hükmünün kıyasen uygulanması ile bir çıkarma hakkı tanınabileceğine ise kanımızca şüpheyle yaklaşmak gerekir. Zira ilgili hükmün burada doğrudan uygulama alanı bulması mümkün değildir. Hükmün anlamından bir kıyasen uygulama alanı açarak iflas masasından çıkarma hakkı yaratmak ise tartışmasız bir biçimde kabul edilemez.

Diğer yandan, devir borçluya bildirilmediği hallerde, henüz borçlu ifada bulunmadıysa çıkarma hakkına yer yoktur. Zira alacak zaten devralana aittir. Aksinin kabulü, devrin borçluya bildiriminin alacağın devrinin geçerliliği bakımından gerekli olduğu sonucunun çıkarılmasına neden olacaktır. Oysa ne Türk-İsviçre Hukuku ne de Alman Hukuku bakımından borçluya bildirim devrin geçerliliği için aranan bir şart değildir.

Borçlunun iflas masasına ifada bulunduğu hallerde ise, İİK m. 189 hükmü kıyasen uygulanarak devralanın bir çıkarma hakkının bulunduğu kabul edilebilecek olsa bile, kanımızca borçlunun ifasının onu borçtan kurtarıcı bir özellik taşımadığı hallerde devralana çıkarma hakkı tanınmasının bir anlamı yoktur. Zira bu durumda teminat teşkil eden alacak sona ermemiş olduğundan devreden borçluyu ikinci kez ifaya zorlayarak halen iflas masasından tamamen bağımsız olan teminata başvurmak

¹⁰⁷⁸ Reetz, Diss., § 9, N. 650.

¹⁰⁷⁹ Bergmaier, s. 218; Reetz, Diss., § 9, N. 653.

imkanına sahiptir. Kaldı ki, bu durumda devreden iflas masasına ifa edilen şey üzerinde sıradan bir alacak hakkına dahi sahip değildir. Zira ifa edilen şeyin iadesi bakımından alacaklı olan, yanlış kişiye ifada bulunan borçludur.

3. Devralanın Teminatı Paraya Çevirdikten Sonra Tam Olarak Tatmin Edilememesi Halinde İflas Masasına Kaydedilecek Alacağın Tutarı

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, teminat altına alınan asıl alacak o ana kadar muaccel olmasa bile iflasın açılmasıyla muaccel hale gelir. Devralan bakımından bu durum, paraya çevirme olayının gerçekleştiği anlamına gelir. Devralanın teminatı paraya çevirmesi sonucunda elde ettiği değer asıl alacağı karşılamaya yetmediği hallerde, devralanın yetmeyen kısım tutarında halen alacaklı olacağı açıktır. Ancak bu bakımdan sorun, bu alacağın iflas masasına kaydedilmesinde asıl alacağın tamamının mı göz önünde bulundurulacağı yoksa yalnızca teminattan karşılanmayan tutarın mı dikkate alınacağıdır. Bu sorunun önemi, iflas alacaklılarının tatmin edilmesinde eğer aynı sıradaki tüm alacaklıların tatmin edilmesi mümkün olmazsa, paylaştırmanın oransal olarak yapılacak olmasından kaynaklanmaktadır¹⁰⁸⁰.

Rehinle teminat altına alınmış alacaklar bakımından bu sorun, İİK m. 206 f. 4 (SchKG Art. 219/IV) hükmü ile açık bir çözüme bağlanmıştır. Bu bakımdan rehinli alacaklının alacağının rehinle karşılanamayan kısmı dikkate alınacak ve iflas masasına kaydedilen alacak karşılanamayan kısımdan ibaret olacaktır.

Teminat amacıyla alacağın devrinde de aynı ilkenin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu doktrinde ele alınmış ve rehinde benimsenen çözümün burada geçerli olamayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁸¹. Teminat amacıyla alacağın devrinin, iflas sürecinde rehine göre daha avantajlı olmasını sağlayan unsurlardan biri de bu durum olarak görülmektedir¹⁰⁸².

4. Devredenin Alacaklarının Teminat Amacıyla Alacağın Devrine Karşı Tasarrufun İptali (*Paunalische Anfechtung*) Davası Açma Hakkı

Devredenin iflası halinde, alacaklılarının iflas açılmadan önce gerçekleştiren bazı tasarruflar hakkında İİK hükümlerine göre itirazın iptali davası açabilmesi mümkündür. Hangi tasarruflara karşı bu davanın açılabileceği İİK m. 278-280

¹⁰⁸⁰ Bkz. Kuru, s. 1363 vd; 1366 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 449.

¹⁰⁸¹ Reetz, Diss., § 9, N. 666, 667.

¹⁰⁸² Reetz, Diss., § 9, N. 668.

(SchKG Art. 286-288) hükümleri arasında düzenlenmiştir. İİK m. 278, iptal davası konusu olarak ivazsız tasarrufları ele almaktadır. İİK m. 279’da acizden dolayı iptali istenebilecek tasarruflara yer verilmekte ve burada konumuz bakımından önem arz eden bir tasarruf olarak “*mevcut bir borcu teminat almak üzere yapılan rehinler*” yer almaktadır. Son olarak İİK m. 280 ise alacaklılara zarar verme kastı ile yapılan tasarrufları ele almaktadır.

Teminat amacıyla alacağın devrinin de tasarrufun iptali davasına konu olabilecek tasarruflardan olup olmadığı ve bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde hangi hüküm kapsamında ele alınacağı doktrinde tartışmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre¹⁰⁸³, teminat amacıyla alacağın devrinde devreden ve teminat altına alınan asıl borçlu özdeş ise, tasarrufun iptali davasının ivazsız tasarruflara ilişkin SchKG Art. 286 (İİK m. 278) hükmüne dayanması mümkün değildir. Bu bakımdan söz konusu işlemler ancak SchKG Art. 287 kapsamında tasarrufun iptali davasına konu olabilir.

İsviçre doktrininde çoğunluk görüşünün de bu yönde olduğu ifade edilmekte ve üçüncü kişilerin borcu için verilen bu teminat karşılığında devreden bir ivaz almamışsa tasarrufun SchKG Art. 286 (İİK m. 278) kapsamında olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸⁴. Ancak bu görüşün dayanağı, kendi borcunu teminat altına almak üzere alacaklarını devreden kimsenin tasarrufunun zaten SchKG Art. 287/I Ziff. 1 kapsamına alınmış olması ve bu bakımdan Art. 287/I Ziff. 1’in özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşımasıdır¹⁰⁸⁵. Belirtmek gerekir ki, söz konusu hükmün kapsamına “mevcut borçlar için verilen **teminatlar**” girmektedir. Oysa hükmün Türk Hukuku’ndaki karşılığı olan İİK m. 279 f. 1/b.1 hükmünde “mevcut borçlar için kurulan **rehinler**” ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁰⁸³ BGE 95 III 47, 51. (Swisslex).

¹⁰⁸⁴ SchKG Art. 286 kapsamında tasarrufun iptaline konu olabilecek bir teminat amacıyla (global) alacağın devrinin pratikte bir anlam ifade etmediği ve bunun ancak üçüncü kişinin borcunu teminat altına almak üzere yapılmış bir alacağın devrinde mümkün olabileceği yönünde bkz. **Hänseler**, s. 129, dn. 52.

¹⁰⁸⁵ Hükmün (SchKG Art. 287/I Ziff. 1) lafzından, yalnızca bir kimsenin kendi borcunu teminat almak üzere verdiği teminatların girdiği sonucu çıktığı ve üçüncü kişilerin borçları için verilen teminatların SchKG Art. 286 kapsamında olduğu yönünde bkz. **Maier, Philipp**, SchKG Art. 287, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK- Schulthess Kommentar (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock), 4. Auflage, 2017, N. 8.

*Bergmaier*¹⁰⁸⁶ ise teminat amacıyla alacağın devrinin bu hükümlerden hangisinin kapsamına alındığına ilişkin olarak, yalnızca ivazlı ve ivazsız ayrımı yapılması gerektiğini ve bu bakımdan devredenin asıl borçlu olup olmamasının bir önemi bulunmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, kendi borcunu teminat altına almak üzere alacağın devri, kavramsal olarak ivazlı olmakla birlikte bazı hallerde bu tür bir teminat amacıyla alacağın devrinin de ivazsız olduğu söylenebilir. Buna örnek olarak da devredenin alacaklarını devretmesinin karşılığında buna uygun bir karşılık (kredi vb.) almadığı haller gösterilebilir¹⁰⁸⁷.

İsviçre hukuku bakımından SchKG Art. 287/I Ziff. 1, teminatları zaten kapsamına aldığından bu tartışmanın anlamsız olduğu akla gelebilir. Ancak dikkat edilecek olursa SchKG Art. 286 kapsamında ivazsız tasarruflara ilişkin iptal davası açabilmenin koşulları ile SchKG Art. 287/I Ziff. 1 kapsamındaki iptal davasının koşulları özdeş değildir. Buradan hareketle temelde *Bergmaier*'in ayrımına katılan *Reetz*, teminat amacıyla alacağın devrinde ne zaman ivazlı ne zaman ivazsız bir işlem den söz edilebileceğinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁸⁸.

Yazara göre, teminat amacıyla alacağın devrinin ivazsız kabul edilebileceği tek hal, teminatın asıl borçlu tarafından verilmeyip teminat vermek için devralandan başkaca bir karşılık da alınmadığı ihtimaldir¹⁰⁸⁹. Zira diğer tüm ihtimallerde, asıl borçluya sağlanan kredi (veya kredi artışı) teminatın ivazını oluşturacaktır¹⁰⁹⁰.

Biz garanti sorumluluğu bahsinde, teminat altına alınan asıl alacağı oluşturan kredinin teminatın bir ivazı olarak görülemeyeceği yönündeki görüşümüzü ifade etmiştik. Dolayısıyla doktrinde ifade edilenin aksine, kanımızca teminat amacıyla alacağın devri¹⁰⁹¹ ancak üçüncü kişi tarafından, devralandan elde edilecek ayrı bir ivaz karşılığı verildiği takdirde ivazlı olarak görülebilir. Dolayısıyla borçlu tarafından gerçekleştirilen teminat amacıyla alacağın devri teknik anlamıyla İİK m. 278'in kapsamında görülebilir. Ancak kanımızca bu sonuca şu gerekçe ile karşı çıkmak gerekir: İİK m. 279 f. 1 b.1 hükmüne mehz İsviçre hukuku bakımından karşılık gelen SchKG Art. 287/I Ziff. 1, yalnızca rehin kurulmasını değil teminat

¹⁰⁸⁶ *Bergmaier*, 95 vd. Aynı yönde bkz. *Reetz*, Diss., § 9, N. 686.

¹⁰⁸⁷ *Bergmaier*, s. 95.

¹⁰⁸⁸ *Reetz*, Diss., § 9, N. 686, 687.

¹⁰⁸⁹ *Reetz*, Diss., § 9, N. 691.

¹⁰⁹⁰ *Reetz*, Diss., § 9, N. 689. Aynı yönde bkz. *Turan-Fühner*, s. 369.

¹⁰⁹¹ Doğru olan ifadeyle, aslında ivazlı olan devir değil teminat anlaşmasıdır. Bu yönde bkz. *Engin*, *Garanti*, s. 97.

verilmesine ilişkin tüm işlemleri özel olarak düzenlemektedir¹⁰⁹². Dolayısıyla yasa koyucu, ivazsız diğer işlemler ile teminat verilmesine ilişkin işlemleri birbirinden farklı görmektedir. Türk hukuku bakımından teminatlar yerine rehin ifadesinin tercih edilmesi de kanımızca bilinçli bir tercih değildir. Her iki hükmün şartlarının farklı olması da kanımızca makul bir gerekçe değildir. Zira yasa koyucunun amacı da tam olarak ivazsız tasarruflar ile teminat verilmesine ilişkin tasarrufların iptal davasına konu olmasını farklı şekillerde ele almak ve farklı koşullara tabi kılmaktır.

Asıl borçlu ile devredenin aynı olmadığı teminat amacıyla alacağın devri bakımından ise İİK m. 279 f. 1 b.1 (SchKG Art. 287/I Ziff. 1) hükmünün lafzından çıkan sonuca göre, bu hükmün kapsamına yalnızca borçlunun kendi borcu için verdiği teminatların girmektedir. Eğer bu sonuç kabul edilecek olursa, bu tür teminat amacıyla devirlerin ilgili hüküm kapsamında iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir. Ancak kanımızca hükmün özellikle mehazının kaleme alınış tarzından böyle bir sonucun çıktığına şüpheyile yaklaşmak gerekir. Bu bakımdan *Bergmaier*'in, hükmün kapsamına girmek bakımından kimin borcu için teminat verildiğinin önemi bulunmadığı yönündeki görüş kanımızca da üstün tutulmalıdır¹⁰⁹³.

İİK m. 279 f. 1 b.1 hükmüne göre, teminat amacıyla alacağın devrinin tasarrufun iptali davasına konu olabilmesi, devrin yahut iflasın açılmasından (veya “*hacizden veya mal bulunmaması sebebiyle acizden*”) önceki bir sene içinde yapılmasını ve böyle bir teminatın verilmesinin daha önce borçlanılmamış olmasını gerektirir. Bu bakımdan teminatın borçlanılmasından kasıt, teminatın borçlandırıcı işlem olan teminat anlaşması ayağının yapılması anlamına gelmektedir¹⁰⁹⁴.

Diğer yandan, hükümde “mevcut bir borcun teminat altına alınması için verilen teminatlardan söz edilmektedir. Dolayısıyla henüz doğmamış alacakların teminat altına alınması amacıyla verilen teminatlar kapsam dışında kalmaktadır. Bu bağlamda, bankanın teminat karşılığı kredi sağladığı hallerin de kapsam dışı olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹⁵. Ne de olsa bu durumda da halihazırda mevcut bir borcun

¹⁰⁹² Teminat amacıyla alacağın devrinin de bu kapsamda olduğu yönünde ayrıca bkz. **Maier**, SchKG Art. 287, N. 7; **Schmid, Jean-Daniel**, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, (Herausgeber: Peter Forstmoser), Dike Verlag AG, 2014, N. 219.

¹⁰⁹³ Bkz. **Bergmaier**, s. 94. Aynı yönde bkz. **Schmid, J.**, N. 225 vd., N. 230. *Bergmaier*'in bu görüşünün gerekçesinde SchKG Art. 287 hükmünün bir özel hüküm olarak SchKG Art. 286'ya engel olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak biz bu bakımdan yazarın gerekçesine katılmıyoruz. Bu konuda bkz. **Bergmaier**, s. 97.

¹⁰⁹⁴ **Maier**, SchKG Art. 287, N. 8; **Reetz**, Diss., § 9, N. 692.

¹⁰⁹⁵ **Reetz**, Diss., § 9, N. 713; **Hänseler**, § 13, N. 37; **Turan-Fühner**, s.372.

teminat altına alınması söz konusu değildir. Ancak bu bakımdan kredi anlaşması ve teminat anlaşması ile devir anlaşmasının aynı anda yapılması, teminat sağlandığı anda teminat altına alınan alacağın da var olması anlamına geleceğinden teorik olarak bu tür teminatların hükmün kapsamına alınması mümkündür¹⁰⁹⁶.

Son olarak, belirtmek gerekir ki diğer tüm tasarruflar gibi teminat amacıyla alacağın devri de alacaklılara zarar verme kastı ile yapılmışsa İİK m. 280 hükmünün kapsamına dahil olacaktır. Ancak hiç şüphesiz ki, her teminat amacıyla alacağın devri bu kapsamda kabul edilemeyecektir¹⁰⁹⁷.

D. Henüz Doğmamış Alacakların Devri Bakımından Devredenin İflasının Arz Ettiği Özellikler

Henüz doğmamış alacağın (veya global devir bağlamında alacakların) devri, devredenin iflası bağlamında iki bakımdan özellik arz eder: Bunlardan ilki, iflasın açılmasından önce devredilmiş ancak bu anda henüz doğmamış bulunan alacakların doğumlarıyla birlikte devralana mı yoksa iflas masasına mı ait olacağıdır. Bu sorunu daha önce gelecekteki alacakların devri bahsinde ele almıştık. Bu bakımdan doğrudan (*Unmittelbarkeitstheorie*) ve dolaylı geçiş (*Durchgangstheorie*) teorilerinin farklı sonuçlara vardıklarını ancak üstün tutulması gereken görüş uyarınca, doğrudan veya dolaylı geçiş teorilerinden hangisi benimsenirse benimsensin, henüz doğmamış alacakların devrinde eğer alacak doğmadan önce devreden iflas ederse bu durumda devralanın alacakları hiç kazanamamış olacağını ve bu alacakların iflas masasına ait olacağını da ifade etmiştik.

Belirtmek gerekir ki, bu sonucun kabulü halinde, henüz doğmamış bir alacağın devrinin tasarrufun iptali davasına konu edilmesi bakımından tek olasılık, böyle bir devrin ardından iflas açılmadan önce alacağın doğmuş olmasıdır. Zira alacak iflas masası açıldığı anda henüz doğmamışsa zaten iflas masasına ait olacaktır.

¹⁰⁹⁶ Bu anlama gelebilecek yorumu için bkz. **Schmid, J.**, N. 222.

¹⁰⁹⁷ Muvazaa ve zarar verme kastına dayalı iptal davası ilişkisi hakkında ayrıca bkz. **Erdönmez, Güray**, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Baskı, İstanbul, 2019, s. 17 vd.

Teminat amacıyla yapılmış bir alacağın devrinin tasarrufun iptali davasına konu edildiği bir Yargıtay kararında, kredi hacmi ile teminat olarak verilen alacakların tutarı arasında bir karşılaştırma yapılmadan, temlikin borçlunun işletmesindeki payı tespit edilmeden ve teminat verilmesinin nedenleri araştırılmadan teminat amacıyla temlikin iptaline karar verilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Yarg. 17. H.D. E. 2012/14730 K.: 2013/17024 T. 20.03.2012. (Legalbank).

Teminat amacıyla alacağın devrinde tasarrufun iptali davasının İİK m. 279 hükmüne dayalı olarak açılabilceğini yukarıda ifade etmiştik. Bu hükme göre iptali istenebilecek tasarruflar, iflasın açılmasından itibaren geriye dönük olarak son bir yıl içinde yapılanlardan ibarettir. Gelecekteli alacakların devrinde sorun, İİK m. 279 hükmünde belirtilen bir yıllık sürenin hesabında tasarruf işleminin yapıldığı anın mı dikkate alınacağı yoksa alacağın doğduğu anın mı dikkate alınacağıdır.

Doktrinde bir görüş¹⁰⁹⁸, bu bakımdan devir anlaşmasının yapıldığı anın değil alacağın doğduğu anın esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Doktrinde aksi yöndeki başka bir görüşe göre¹⁰⁹⁹ ise, alacağın doğum anının esas alınması SchKG Art. 287 (İİK m. 279) hükmünün amacıyla bağdaşmadığı gibi global devirlerin bir teminat aracı olarak kullanılmasını da tamamen etkisiz hale getirecektir. Zira hükmün amacı, borçlunun bazı alacaklılarını kayırmaya çalışmasının önüne geçmektir ve bu bakımdan önemli olan işlem iradesinin bulunduğu andır. Diğer yandan, uzun süreli kredi ilişkilerine teminat olmak üzere yapılan global devirler bu durumda işlevini büyük ölçüde yitirecektir. Bu nedenle, SchKG Art. 287 (İİK m. 279) hükmünde belirtilen sürenin hesabında alacağın doğumu anının değil; devir anlaşmasının yapıldığı tarihin esas alınması gerekir¹¹⁰⁰.

Kanımızca da bu görüşlerden ikincisine üstünlük tanımak gerekir. Yazarın belirttiği gerekçelerekatılmakla birlikte buna ek olarak, kanımızca alacağın doğum anı esas alınacak olursa, bunun tespiti ve ispatı da oldukça güç olacaktır. Oysa adi yazılı şekle tabi devir anlaşmasının esas alınması bu bakımdan da önem arz etmektedir. Aksi takdirde hukuki işlem güvenliğinin de zedeleneceği açıktır.

E. Konkordato Bakımından Özellik Arz Eden Sonuçlar

1. Henüz Doğmamış Alacakların Devri Bakımından: Özel Hüküm İİK m. 294 f. 6

Çalışmamızın ikinci bölümünde, henüz doğmamış alacakların devrini ve böyle bir devrin hukuki sonuçlarını ele almıştık. Yine bu bölümde, İİK m. 294 f. 6 hükmünde konkordatoda kesin mühlet verilmesinin sonuçları arasında henüz

¹⁰⁹⁸ Häseler, § 13, N. 41, 42.

¹⁰⁹⁹ Reetz, Diss., § 10, N. 720, 721.

¹¹⁰⁰ Bu sürenin mehz İsviçre hukukunda 1 yıl değİ 6 ay olarak belirlendiğini de belirtmek gerekir.

doğmamış alacaklara ilişkin özel bir hüküm yer aldığını da ifade etmiştik. Yukarıda yalnızca değindiğimiz bu düzenlemeye bu başlık altında yer verilecektir.

İİK m. 294 f. 6 hükmünde, “*Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür.*” ifadesine yer verilmektedir. Hatırlanacak olursa, doğmamış bir alacağın devri konusunda çeşitli teoriler öne sürülmekte ve bunlardan öncelenmiş tasarruf işlemi teorisi benimsendiği takdirde ortaya çıkan sonuçlar doğrudan ve dolaylı geçiş teorileri ile açıklanmaya çalışılmaktaydı. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, biz bu teorilerin hangisi benimsenirse benimsensin ortaya çıkabilecek sonuçlar bakımından pratik bir farklılık bulunmayacağı kanaatini taşımaktayız.

İlk olarak, hangi görüş benimsenirse benimsensin tasarruf işlemi alacak doğmadan önceki bir anda yapılmakla birlikte, şüphesiz ki bu tasarruf işleminin hüküm ve sonuçları alacak doğduğu anda meydana gelecektir. Bunun bir sonucu olarak da devreden alacak doğduğu anda tasarruf yetkisine sahip olması şarttır. Devreden hakkında iflasın açılması, onun tasarruf yetkisini etkileyen bir olgu olduğundan kanımızca üstün tutulması gereken görüşe göre, iflastan önce devredilmiş olup da iflasın açılmasından sonra doğan alacaklar da artık iflas masasına ait olacaktır. Dolayısıyla böyle bir alacağın devri de hükümsüz kabul edilecektir.

Konkordato söz konusu olduğunda ise yasa koyucu, tartışmaya yer bırakmaksızın doğmamış alacakların devrinin akıbetini açık bir hükümle ifade etmiştir. Bu noktada yasa koyucu, duruma açıklık getirmiş ve özel bir hükümle kanımızca iflasta benimsenen sonucun konkordato bakımından da benimseneceğini hüküm altına almıştır¹¹⁰¹. Böylece konkordatoda kesin mühlet verilmesinden önce devir anlaşmasına konu edilen ancak bu andan sonra doğan alacaklar, hiçbir zaman devralan tarafından kazanılamayacak ve bunlar devreden malvarlığında kalmaya devam edecektir.

¹¹⁰¹ Konkordatoda mühlet verilmesine bağlanan sonuçları düzenleyen yasa koyucunun alacaklılara ilişkin bu sonuçlar bakımından iflasın açılmasının sonuçlarına yaklaştığı yönünde bkz. **Kale, Serdar**, İİK m. 294, Yeni Konkordato Hukuku 7101, 7155 ve 7327 Sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285 - 309 Şerhi (Ed: Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova), 3. Baskı, Ankara, 2023, N. 2

Önemle vurgulamak gerekir ki, hükmün kapsamına doğmuş olmakla birlikte henüz muaccel olmamış alacakların girdiğinin düşünülmesi kanımızca mümkün değildir¹¹⁰². Zira, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, muaccel olmamış alacakların gelecekteki alacaklar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹¹⁰³. Böyle bir durumun teorik olarak kabul edilebilir olmadığı açıktır.

Öte yandan, aksi yöndeki bir düşünce, kanımızca pratikte konkordatoda kesin mühletin verilmesi ile hemen her alacağın devrinin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Zira alacağın gerek satışı gerek inanlı işleme konu edilmesi, onun diğer malvarlığı unsurları gibi bir tedavül aracı olarak kullanılması ile açıklanabilir. Hal böyle olunca, muaccel bir alacağın böyle bir işleve ne denli uygun olacağı tartışmaya açıktır. Zira muaccel olmuş alacaklarının tahsili yolu ile nakit ihtiyacını giderebilecek olan bir kimsenin krediye ihtiyaç duyması ve bu kredinin teminat olarak muaccel alacaklarını devretmesi pek olası değildir. Alacakları bu bakımdan işlevsel kılan şey, onların muacceliyetleri beklenmeksizin nakde veya finansmana dönüştürülebilmesidir. Dolayısıyla pek çok durumda gerek teminat amaçlı olsun gerek başka amaçlarla devredilsin çoğu durumda devredilen alacaklar muaccel olmayan alacaklar olacaktır¹¹⁰⁴. İİK m. 294 f. 6 hükmünün bu alacakların devrini de kapsadığı kabul edilecek olursa, esasen dolaylı yoldan kesin mühletin verilmesi ile bu andan önce yapılan neredeyse tüm devirlerin geçersiz olması sonucu doğacaktır.

Belirmek gerekir ki, konkordatoda kesin mühlet verilmesine bağlı tüm sonuçlar gibi bu sonuç da mühlet kararının verilmesine bağlı olarak kendiliğinden gerçekleşecektir¹¹⁰⁵. Öte yandan, kesin mühlete ilişkin sonuçlar geçici mühlet bakımından da geçerli olacak ve geçici mühlete ilişkin sonuçlar bakımından da mühletin verilmesi ile tüm sonuçlar kendiliğinden meydana gelecektir¹¹⁰⁶. Hal böyle olunca, geçici mühletin verilmesinden önce devredilmiş olan gelecekteki bir alacak eğer geçici mühletin verilmesinden önce doğmuş bulunursa, devrin geçerliliği

¹¹⁰² Aynı yönde bkz. **Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray**, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, 2018, s. 102; **Tunç-Yücel, Müjgan**, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul, 2020, s. 200.

¹¹⁰³ Aynı yönde bkz. **Ozanemre-Yayla**, Alacağın Devri, s.134; **Kapancı**, Şerh, TBK m. 183-194'e Genel Giriş, N. 88.

¹¹⁰⁴ İİK m. 294 f. 6 hükmünün kapsamı bakımından devrin ifa uğruna veya teminat amacıyla yapılmış olmasının bir önem arz etmediği yönünde bkz. **Tunç-Yücel**, s. 201.

¹¹⁰⁵ **Kale**, İİK m. 294, N. 3.

¹¹⁰⁶ **Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan**, İİK m. 288, Yeni Konkordato Hukuku 7101, 7155 ve 7327 Sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285 - 309 Şerhi (Ed: Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova), 3. Baskı, Ankara, 2023, N. 1d; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 30.

bundan etkilenmeyecektir. Ancak geçici mühletin verilmesi anından itibaren doğan ve önceden devredilmiş bulunan alacakların devri hükümsüz hale gelecektir.

Mühletin borçlunun mali durumunun iyileşmesi nedeniyle kaldırılması ve devredilen alacağın mühletin kaldırılmasından sonraki bir anda doğmuş olması halinde İİK m. 294 f.6'nın uygulama alanı bulmayacağı ve devir anlaşmasının geçerli olacağı kabul edilmektedir¹¹⁰⁷. Aynı durum konkordato kararının tasdikinden sonra doğan alacaklar için de geçerlidir¹¹⁰⁸. Ancak mühlet sırasında iflasın açılması halinde artık mühletten önce devredilmiş alacakların doğmasıyla devralanın malvarlığına geçmesi ihtimali ortadan kalkmış olacaktır¹¹⁰⁹.

Bu bakımdan ele alınması gereken bir diğer sorun, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, henüz doğmamış alacakların global devri halinde konkordato mühleti kararından devre konu tüm alacakların mı yoksa yalnızca mühletten sonra doğan alacakların mı etkileneceğidir. Eş deyişle, bu durumda devir anlaşmasının kısmen mi yoksa tamamen mi hükümsüz sayılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanımızca burada artık kısmi hükümsüzlüğün kabul edilmesi yerinde olacaktır. Global devir kapsamındaki alacaklardan geçici mühlet kararından önce doğmuş bulunanlar, devralana geçerli bir şekilde intikal edecek ancak bu andan sonra doğan alacakların devri İİK m. 294 f. 6 gereği hükümsüz sayılacaktır.

2. Konkordato Mühletinin Bir Sonucu Olarak Teminat Altına Alınan Alacağa İlişkin Takip Yasağının (İİK m. 294 f. 1) Teminat Amacıyla Alacağın Devrine Etkisi

İİK m. 294 hükmünde konkordatoda kesin mühlet verilmesine ilişkin karara bağlanan sonuçlardan biri de, borçluya karşı başlatılmış olan mevcut takiplerin durması ve borçluya yeni bir takip yapılamayacağı kuralıdır (İİK m. 294 f. 1). Dolayısıyla teminat amacıyla alacağın devri bakımından da devralan asıl alacaklının hakkında konkordato mühleti kararı verilen asıl borçluya karşı asıl borcu için takip yapamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ Tunç-Yücel, s. 202.

¹¹⁰⁸ Tunç-Yücel, s. 202.

¹¹⁰⁹ Tunç-Yücel, s. 202.

¹¹¹⁰ Kesin mühlete ilişkin sonuçlar geçici mühlet kararı bakımından da uygulama alanı bulacağından geçici mühlet de aynı sonucu doğuracaktır.

Eğer mühlet kararı verildiği anda devralanın asıl borç için başlattığı bir takip söz konusuysa, bu durumda asıl borcun mühlet kararı verildiği anda çoktan muaccel hale geldiğine şüphe yoktur. Dolayısıyla bu durumda, teminat amacıyla alacağın devrine ilişkin teminat anlaşması bakımından paraya çevirme olayı zaten gerçekleşmiş¹¹¹¹ ancak devralan asıl alacaklı asıl borcu takip etmeyi seçmiştir. Asıl alacağa ilişkin takip İİK m. 294 f. 1 gereği durduğunda, acaba devralan teminatları paraya çevirme yolunu seçebilecek midir? Ne de olsa teminatların paraya çevrilmesi, hakkında takip yasağı bulunan asıl borçludan tamamen bağımsızdır. Teknik olarak, devralanın bu alacaklara başvurmasına herhangi bir engel söz konusu değildir. Sorun, devralanın bu davranışının nisbi etkili teminat anlaşmasını ihlal edip etmediği yönündendir. Kanımızca bu durumda devralanın teminatları teminat anlaşması yönünden de paraya çevirme yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Zira burada paraya çevirme yetkisi, konkordato mühletinden önce zaten asıl alacağın muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi ile doğmuş durumdadır¹¹¹².

Eğer mühlet kararı verildiği anda, asıl alacak henüz muaccel olmamış¹¹¹³ ve asıl borçluya karşı herhangi bir takip başlatılmamış ise bu durumda İİK m. 294 f. 1.'in etkisi, kendisini borçluya karşı mühlet süresi içinde yeni takip yapılamaması şeklinde gösterecektir. Bu bakımdan yanıtlanması gereken soru, mühlet kararından sonra asıl borç muaccel hala gelse bile İİK m. 294 f.1 uyarınca bu borç için takip yapılamayacak olmasının teminat anlaşması bakımından bir paraya çevirme olayı olarak görülüp görülemeyeceğidir. Kanımızca mühlet süresi içinde teminat olarak devredilen alacak veya alacakların muaccel olması halinde, devralanın bunları paraya çevirmesi teminat anlaşmasından doğan yetkisini aştığı anlamına gelmez¹¹¹⁴.

¹¹¹¹ Aynı durum, asıl borç muaccel olmasına rağmen mühlet kararı verildiği anda asıl borca ilişkin henüz takip başlatılmadığı hallerde de söz konusudur. Bu paragraf altında ele alınan sonuçlar, söz konusu durum için de geçerlidir. Bu durumda tek fark, başlatılan takibin durması değil yeni takip yapılamayacağı kuralının devreye girmesidir.

¹¹¹² Konkordatoda teminatların paraya çevrilmesi meselesini banka teminat mektupları ve konkordato başvurusunun etkisi özelinde ele alan *Kale*, bu mektupların paraya çevrilmesi bakımından konkordatonun tek başına bir sebep teşkil etmemesi gerektiğini ancak bunun dışında bir sebebe dayalı olarak paraya çevirme yetkisi varsa paraya çevirmenin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. *Kale*, İİK m. 296, N.19. Yazar bu bakımdan görüşünü, banka teminat mektuplarının da bir sözleşme niteliğinde olması nedeniyle İİK m. 296 gereği bu sözleşmenin de konkordatoya dayalı olarak sona erdirilemeyeceğine dayanmaktadır. Kanımızca burada soruna teminat altına alınan alacağın konkordatodan nasıl etkileneceği tespit edilerek yaklaşılması daha doğru olur.

¹¹¹³ Asıl alacak bu bağlamda henüz muaccel olmadığı gibi doğumu süreye bağlı bir alacak olarak henüz doğmamış da olabilir.

¹¹¹⁴ Zira daha önce de açıkladığımız üzere, teminat teşkil eden alacakların muaccel olması halinde teminat altına alınan alacak henüz muaccel olmasa dahi devralanın teminatı paraya çevirme yetkisi bulunmadığı kabul edilemez. Yukarıda bkz. **Üçüncü Bölüm, II, B**. Bu bakımdan konkordatonun bir önemi yoktur. Teminat teşkil eden alacağın muaccel olması, paraya çevirme yetkisi için yeterlidir.

Dolayısıyla, bu durumda devralan paraya çevirme olayı gerçekleşmeden teminatı paraya çevirmiş sayılmaz.

Eğer teminat olarak devredilen alacaklar muaccel olmadan; söz gelimi bir başkasına satılarak paraya çevrilmişse bu durumda konkordatodan doğan takip yasağının bir paraya çevirme olayı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Bu soruya yanıt vermeden önce İİK m. 296 hükmüne değinilmesi gerekmektedir.

İİK m. 296 hükmünde, *“Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır. **Bu sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez. Bu fıkra kapsamında geçici ve kesin mühlet süresince devam eden sözleşmeler nedeniyle borçlanılan edimler karşılıklı olarak ifa edilir.**”* ifadesine yer verilmektedir. Doktrinde bu hüküm geniş yorumlanmakta ve borçlunun faaliyetlerinin devamı için önem arz eden tüm sözleşmelerin ve bu bağlamda kredi sözleşmelerinin de bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir¹¹¹⁵.

Eğer teminat altına alınan asıl borcu doğuran hukuki ilişki İİK m. 296 hükmünde ifade edilen nitelikleri taşıyorsa, konkordato talebinin bu hukuki ilişkiden doğan alacakları muaccel hale getireceği veya konkordato başvurusunun borca aykırılık teşkil edeceği kararlaştırılamaz. Bu durumda, söz konusu alacakların teminat altına alınmış olması halinde onlara ilişkin teminatlara da başvurulup başvurulamayacağının yanıtlanması gerekir. Bu bakımdan, borçlunun yalnızca konkordato talebinde bulunmuş olması paraya çevirme olayının gerçekleştiği anlamına gelmez. Dikkat edilecek olursa, hükmün son cümlesinde bu sözleşmelerden doğan borçların geçici ve kesin mühlet süresince karşılıklı olarak ifa edileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu hükmün kapsamına giren alacaklar bakımından mühlet

¹¹¹⁵ **Kale**, İİK m. 296, N. 4. Kanımızca bu durum özellikle banka ile müşteri arasında rotatif kredi, çerçeve kredi sözleşmesi vb. süreklilik arz eden kredi ve teminat ilişkilerinin söz konusu olduğu hallerde büyük önem arz eder.

süresince ifa yükümlülüğü devam edeceğinden, borçlu borcunu ifa ettiği sürece paraya çevirme olayının gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Bunun sonucu olarak da teminat amacıyla devralanın, salt konkordatodan kaynaklanan bir paraya çevirme yetkisi bulunmayacaktır¹¹¹⁶.

Teminat altına alınan alacağın bu kapsamda görülemediği ve bu alacağa ilişkin takip yasağı devreye girdiği hallerde¹¹¹⁷ ise kanımızca artık bu takip yasağının (konkordato mühletinin) bir paraya çevirme olayı olarak görülmesi mümkündür^{1118, 1119}. Ancak kanımızca bunun için teminat altına alınan alacağın mühlet süresi içinde muaccel olacak olması şarttır. Mühlet süresi içinde muaccel olacak bir alacak hakkında, mühlete ilişkin kararın verilmesiyle, eş deyişle, takip yasağının başlamasıyla, paraya çevirme olayının gerçekleştiği kabul edilmelidir.

¹¹¹⁶ Şüphesiz ki, konkordato talep eden asıl borçlu, mühlet içinde teminat altına alınan borcunu muaccel olmasına rağmen ifa etmezse paraya çevirme olayı gerçekleşmiş olur.

¹¹¹⁷ İİK m. 294 f. 1 hükmünde düzenlenen kuralın diğer istisnaları hakkında ayrıca bkz. **Kale**, İİK m. 294, N. 11; **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 34-35

¹¹¹⁸ Konkordatoda kesin mühletin rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takiplere etkisini düzenleyen İİK m. 295, kanımızca teminat amacıyla alacağın devri bakımından önem arz eden bir hüküm olarak görülemez. Zira burada paraya çevirmenin türü, tamamen farklı olduğu gibi paraya çevrilen değer de asıl borçlunun değil, teminat amacıyla olsa dahi devralanın malvarlığına ait bir unsurdur.

¹¹¹⁹ Belirtmek gerekir ki, önce asıl borcu takip etmenin kural olduğu adi kefalette dahi borçluya konkordato mühleti verilmesi, doğrudan kefile başvurulabilecek istisnalar arasında sayılmış (TBK m. 585 f.1 b.4), dolayısıyla kefalet bakımından konkordato mühleti teminata (kefile) başvurulması olayı olarak kabul edilmiştir.

SONUÇ

1. Teminat amacıyla alacağın devri, karma inançlı işlem niteliğindedir. Tüm inançlı işlemler gibi, günümüzde teminat amacıyla alacağın devrinin de geçerli olarak yapılabileceğinden şüphe duyulmamaktadır.

2. Teminat amaçlı inançlı işlemler, rehin ile yakından ilişkilidir. Ancak bu yakın ilişki, teminat amaçlı inançlı işlemlere her durumda rehin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı anlamına gelmez. Bu bakımdan kanımızca, teminat amaçlı inançlı işlemlerin geçerli bir şekilde yapılabileceğinin kabul edildiği aşamaya kadar geçen tarihsel süreçte bu işlemin rehin hükümleri karşısında kanuna karşı hile teşkil edebileceği endişesi, doktrinde bu işlemlere rehin hükümlerinin uygulanması gerektiği kanısını yaygınlaştırmıştır. Ancak bugün teminat amaçlı inançlı işlemlerin, uygulamadaki yaygınlığı da gözetilerek, rehinden farklı bir kurum olduğu kabul edilmeli ve bu anlamda tarafların rehin yerine inançlı işlemi tercih etmiş olmaları yönündeki iradelerine üstünlük tanınmalıdır. Bunun bir sonucu olarak da alacak (ve taşınır) rehnine ilişkin hükümlerin teminat amacıyla alacağın devrinde kıyasen uygulanması gerektiği anlayışı terk edilmelidir.

3. Teminat amacıyla alacağın devrinde teminat olarak verilen şey alacak hakkı niteliğinde olduğundan teminatta herhangi bir cismanilik söz konusu değildir. Bunun bir sonucu olarak da teminat amacıyla alacağın devrinde kamuya açıklık prensibinden ve bu anlamda bir şeffaflıktan söz etmek mümkün değildir. Kanımızca, (aynı teminatlarda) teminat hukukuna hâkim böyle genel ilkeden söz edilmesi de mümkün değildir.

4. Teminat amacıyla alacağın devri, her ne kadar bazı yönleriyle kişisel teminatlara yaklaşıp da kanımızca ağır basan yönü itibariyle nesnel (aynı) teminat niteliğindedir.

5. Teminat amacıyla alacağın devrinde, teminat asıl alacağa bağlı değildir. Bu nedenle, teminat amacıyla alacağın devri fer'i bir teminat niteliğinde değildir. Ancak tarafların koşul gibi hukuk enstrümanlarını kullanarak fer'iliğe ait çeşitli özellikleri ortaya çıkarmaları mümkündür.

6. Teminat amacıyla alacağın devrinde, önce asıl alacağa başvurma zorunluluğu söz konusu değildir. Bu anlamda, bu teminatta talilik özelliği bulunmaz. Teminat teşkil eden alacağın borçlusunun teminat altına alınan alacağa ilişkin herhangi bir savunma da ileri sürmesi mümkün değildir. Dolayısıyla burada kefalettekine benzer bir talilik ilkesinden söz edilemez.

7. Teminat amacıyla alacağın devrinin kuruluşu iki aşamada gerçekleşir. Bu aşamalardan ilki, borçlandırıcı işlem niteliğindeki teminat (inanç) anlaşmasıdır. İkinci aşama ise tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devri sözleşmesidir.

Teminat anlaşması, devir anlaşmasının hukuki sebebi (*causa*) niteliğindedir. Bu bakımdan, hukuki sebebin teminat altına alınan alacağı doğuran hukuki ilişki (çoğunlukla kredi sözleşmesi) olarak görülmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kredi sözleşmesinin geçersizliği veya sonradan ortadan kalkması gibi hallerde, devir sebebe bağlı kabul edilse bile, devir sözleşmesinin bundan doğrudan etkilenmesi mümkün değildir.

Asıl alacağın sona ermesi, ortadan kalkması gibi nedenlerle teminat teşkil eden alacağın devredene iadesi bakımından da kanımızca bu iade yükümlülüğü, teminat anlaşmasına dayalı olarak gerçekleştirilir. Burada sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir iade söz konusu değildir. Zira teminat (inanç) anlaşması en başından beri “tasfiye” sürecini içkin bir yapıdır.

8. Teminat anlaşması eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Bu bakımdan kredi sözleşmesinde kararlaştırılan bir teminat gösterme yükümlülüğü de farklı bir sonuca yol açmaz. Hiçbir durumda sağlanan kredi ile teminat olarak devredilen alacaklar arasında bir *synallagma* ilişkisi kurulduğu kabul edilemez.

9. Teminat anlaşmasının dört temel unsurdan oluşmaktadır:

(i) Alacağı devir yükümlülüğü (*pactum de cedendo*)

(ii) Teminat amacı anlaşması

(iii) Paraya çevirme anlaşması

(iv) Geri devir/İade anlaşması

Bu unsurlardan son ikisi, açıkça kararlaştırılmasa bile teminat amacından çıkan sonuca göre teminat anlaşmasına içkindir. Yine son iki anlaşma, geciktirici koşula bağlı nitelik arz etmektedir. Bu bakımdan, devralanın paraya çevirme yetkisi, sınırları ve kapsamı teminat anlaşması ile belirlenecek “paraya çevirme olayı”nın gerçekleşmesi geciktirici koşuluna bağlıdır. Devralanın teminat teşkil eden alacakları devredene iade yükümlülüğü de yine teminat anlaşmasında kararlaştırılan “geri devir olayı”nın gerçekleşmesi ile doğmaktadır.

10. Teminat anlaşması da borçlandırıcı işlem ve sözleşme niteliğinde olduğundan tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik unsurları teminat anlaşması bakımından da aranır. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin olan aşırı yararlanma gibi bazı geçerlilik koşullarının, kredi ve teminat arasındaki ilişki dikkate alınarak teminat anlaşmasına uygulanması kanımızca mümkün değildir.

11. Devralanın alacak üzerinde teminat amacından kaynaklanan çeşitli sınırlamalara tabii olması, yalnızca devreden ve devralan arasında hüküm ifade eder. Devralan dış ilişkide alacak üzerindeki tüm tasarrufları gerçekleştirmeye yetkilidir. Bu durum, inançlı işlemler bakımından tam hak teorisi olarak ifade edilmektedir. Teminat amacıyla alacağın devri bakımından da tam hak teorisi geçerlidir.

Ancak tam hak teorisinin ortaya çıkardığı dezavantajlar kanımızca devir sözleşmesinin koşula bağlandığı hallerde büyük ölçüde törpülenebilmektedir. Bu bakımdan devir anlaşmasının açık bir şekilde koşula bağlanmış olması gerekli değildir. Çeşitli ihtimallerde, devir anlaşmasının örtülü bir koşul içerdiği (ve bu koşulun adi yazılı şekle de yansıdığı) kabul edilebilir. Bu ihtimaller şu şekilde özetlenebilir:

(i) İlk olarak, teminat anlaşması ve devir sözleşmesinin aynı belgede somutlaşması halinde artık koşulun borçlandırıcı işleme mi yoksa tasarruf işlemine mi ait olduğunu ayırt etme imkânı kalmaz. Bu durumda, ilgili koşulun yorumlanması ve içeriğinin tespiti önem arz eder. Eğer bu koşul özellikle alacağın kendiliğinden dönmeyeceğine

işaret edecek şekilde yorumlanmıyorsa, kanımızca alacağın devrinin de koşula bağlandığını kabul etmek gerekir.

- (ii) İkinci olarak, teminat anlaşması ve devir sözleşmesi aynı belgede somutlaşmasa bile devir sözleşmesinde alacağın teminat amacıyla devredildiği bilgisine yer verilmesi halinde, taraf iradelerinin yorumuyla aksi yönde bir kanıya açıkça varılamıyorsa ilgili ibare devir anlaşması bakımından bir bozucu koşul olarak görülebilir.
- (iii) Bu iki ihtimalden başka, şüphesiz ki tarafların açıkça devri, teminat altına alınan alacağın ifası vb. bozucu koşuluna bağlamış olmaları mümkündür.

12. Teminat anlaşmasında teminat altına alınan alacağın ve teminat olarak devredilen alacağın da bireyselleştirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan her iki alacağın da bireyselleştirilmesi, ilk aşamada sözleşmenin kurulup kurulmadığına ilişkindir. Zira alacağın yeterince bireyselleştirilmemiş olması (özellikle global devirlerde) tarafların devredilen veya teminat altına alınan alacağın kapsamına farklı anlamlar yüklemesine neden olmaktadır.

Tarafların bu bakımdan bir yorum çatışması halinde oldukları ihtimallerde güven teorisi devreye girecek ve sözleşmenin kurulup kurulmadığı ve sözleşmenin kurulduğu ihtimalinde içeriğinin tespiti sağlanacaktır. Güven teorisi ışığında yapılan değerlendirmede, teminat altına alınan alacaklar bakımından devredenın bakış açısıyla “öngörülebilir” olan alacaklar sözleşmenin içeriğine dahil kabul edilecektir. Hangi alacakların öngörülebilir nitelikte olduğu bakımından ise devredenın asıl borçlu olup olmadığına göre bir ayırım yapılacaktır. Buna göre, üçüncü kişilerce verilen teminatlarda teminat altına alınan alacak, yalnızca teminat verilmesine neden olan krediden ibaret olarak anlaşılacaktır. Ancak istisna olarak, üçüncü kişi ile borçlu arasındaki kişisel ya da ekonomik yakın ilişki, üçüncü kişinin borçlu tarafından alınacak kredilerin türünü ve miktarını belirleyebilmesini sağlayacak düzeyde ise ve bu kapsamda üçüncü kişinin üstlendiği riskleri kontrol altında tuttuğu söylenebiliyorsa, bu kapsamın dışına çıkan alacakların da teminat altına alındığından söz edilebilecektir. Asıl borçlu tarafından verilen teminatlarda ise belirlenebilir alacakların borçlu ile banka arasındaki iş ilişkisinde kaynaklanan alacaklar olduğu

kabul edilmektedir. Bunların dışında kalan alacaklar, teminat altına alınan alacaklara dahil edilmemektedir.

Sözleşmenin kurulduğunun ve güven teorisi ışığında varılacak sonuca göre hangi tarafın iradesine uygun olarak kurulduğunun tespit edilmesinin ardından yapılacak inceleme ise TBK m. 23 f. 2 bağlamında teminat verenin ekonomik özgürlüğüne ilişkin olacaktır. Bu anlamda yeterince bireyselleştirilmemiş, sınırları çizilmemiş global devir taahhütleri ekonomik özgürlüğün hukuka ve ahlaka aykırı olarak kısıtlandığı sonucuna varılmasına neden olabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, teminat amacıyla alacağın devrinde devreden aynı zamanda kendisine ekonomik özgürlük alanı yaratacak bir krediye kavuşmuş olması da bu bakımdan önemli bir kriter olarak dikkate alınacaktır. Ancak yine de ekonomik özgürlüğün kabul edilemez şekilde ihlal edildiği sonucuna ulaşılabiliyorsa bu durumda teminat anlaşması geçersiz kabul edilecek ve bu geçersizliğin türü kısmi geçersizlik olacaktır.

Öte yandan, teminat altına alınan alacağın veya teminat olarak verilen alacağın kapsamını belirleyen sözleşme hükmü genel işlem koşulu niteliğindeyse genel işlem koşullarına ilişkin denetim de gündeme gelecektir.

13. Teminat altına alınan alacak ile teminat teşkil eden arasındaki açık bir oransızlık, eş deyişle aşırı teminatlandırma, hali de teminat anlaşmasını ilgilendiren bir sorundur. Zira her iki alacak arasındaki ilişki bu anlaşmada somutlaşmaktadır.

Bu sorun iki farklı ihtimal kapsamında ele alınmalıdır. Bu ihtimallerden ilki, bu aşırı teminatlandırma halinin teminat verildiği sırada, en baştan beri mevcut olmasıdır. Baştan beri mevcut olan aşırı teminatlandırma hali, kanımızca TBK m. 23 f. 2'ye aykırılık nedeniyle, aşırı yararlanma nedeniyle (TBK m. 28) veya TBK m. 27 bağlamında ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilebilir. Ancak burada aşırı yararlanma, bu kurumun ancak (eksik iki tarafa değil) **tek tarafa** borç yükleyen sözleşmelerde de uygulama alanı bulabileceği kabul edildiği takdirde gündeme gelebilir. Bu anlamda, teminat veren asıl borçlunun zor durumda kalması (müzayaka baskısı) nedeniyle kredi alabilmek uğruna karşılıksız bir devir taahhüdü altına girdiği düşünülebilir.

Sonradan ortaya çıkan aşırı teminatlandırma bakımından ise, özellikle global devirlerde, kanımızca Alman Hukuku'nda olduğu gibi teminat anlaşmasına ilişkin bir *Freigabeanspruch* 'un kabul edilmesi gerekir.

14. Belirtmek gerekir ki, gerek aşırı yararlanma nedeniyle gerek TMK m. 23 f. 2 bağlamında ekonomik özgürlüğü bağlayıcı sözleşmeler nedeniyle geçersizlik kanımızca yalnızca borçlandırıcı işlem niteliğindeki teminat anlaşmasının geçerliliğini ilgilendirir. Tasarruf işlemi niteliğindeki devir sözleşmesi bu geçersizlikten etkilenmez. Bu durumda teminat olarak devredilen alacakların sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak iade edilmesi gerekir.

15. Teminat amacıyla alacağın devrinin ikinci aşamasını oluşturan alacağın devri sözleşmesi, klasik bir devir sözleşmesinden farklı bir özellik arz etmez.

Alacağın devri kanımızca hukuki sebepten soyuttur. Ancak tarafların aralarında sebebe bağlılık yönünde bir anlaşma yapmaları mümkündür.

Devir sözleşmesinin geçerliliği için aranan unsurlar bakımından da klasik bir alacağın devrine kıyasla herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Teminat olarak devredilen alacak bir seneden bağlanmış olsa dahi bu senetlerin devralana teslimi, devrin geçerliliği bakımından aranan bir unsur haline gelmez. Bu bakımdan alacak rehline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulama alanı bulması düşünülemez.

16. Teminat amacıyla alacağın devrinde, devredilebilen ve ekonomik bir değere sahip her türlü alacağın devri kural olarak mümkündür.

Teminat amacıyla alacağın devrinde en çok tercih edilen yöntem, doğmuş ve doğacak alacakların toptan (global) devri olduğundan bu tür alacak devirlerinin geçerli olup olmadığının tespiti büyük bir önem arz eder.

Vardığımız sonuca göre, alacağın devrinde eşya hukukuna ait bir ilke olan *Spezialitäprinzip* uygulama alanı bulmaz. Dolayısıyla ne doğmamış alacakların devrine ne de global devirlere bu gerekçe ile karşı çıkılamaz. Diğer yandan, İsviçre doktrininde çoğunluk görüşünün ifade ettiğinin aksine, gelecekteki alacakların devrinde alacağın doğduğu anda belirlenebilir hale gelmesi de söz konusu değildir. Tüm alacaklarda olduğu gibi, bu alacakların da devir anlaşmasında belirlenebilir hale getirilmesi zorunludur. Ancak gelecekteki alacaklar söz konusu olduğunda, mevcut

alacakların bireyselleştirmesi için aranan unsurların tamamı devir anlaşması anında bilinmiyor olabilir. Bu nedenle, bu tür alacakların bireyselleştirilmesi için devir anlaşmasında aranacak unsurlar, alacak doğduğu anda devir anlaşmasındaki bilgilere dayalı olarak kesin bir biçimde alacağın devre konu alacak olup olmadığının anlaşılmasını sağlayacak unsurlardan ibaret olacak ve bu düzeyde bir belirlenebilirlik yeterli görülecektir. Bu bakımdan önemli olan, devir anlaşmasında çerçevesi çizilmiş bulunan gelecekteki alacaklar global devre konu edildiğinde, ancak her bir alacağın doğum anında bu global temlike konu alacakların neler olduğunun teker teker ortaya çıkmasıdır. Yoksa alacak doğumuyla belirlenebilirlik kazanmış değildir; zira doğmuş bir alacak artık belirli hale gelmiştir. Dolayısıyla çoğunluk görüşünün ifade ettiğinin aksine alacağın doğumu anında belirlenebilir hale gelmesi söz konusu değildir.

17. Henüz doğmamış alacakların devrinde, devir sözleşmesi ile alacağın doğumu anındaki dönemde alacak ile ilgili tasarrufların incelenmesi önem arz etmektedir. Zira bu durumda tasarruf işleminin (devrin) hüküm ve sonuçları alacağın doğum anıdır. Bu bakımdan sonraki tasarruflarda kanımızca “tasarruf işlemlerinde öncelik prensibi” kıyasen uygulama alanı bulur. Devredenin ara dönemde iflas etmiş olması halinde de iflasın açılması ile devreden tasarruf yetkisini kaybettiğinden alacaklar devralana hiç geçmemiş olacaktır.

18. Teminat amacıyla alacağın devrinde devredenin en temel yükümlülüğü, şüphesiz ki devrini taahhüt ettiği alacakları devralanın malvarlığına geçirmektir. Alacak ile birlikte bazı yan haklar ve öncelik hakları da TBK m. 189 f. 1 gereği kendiliğinden devralana geçecektir. TBK m. 189 f.1 emredici nitelikte olmadığından bunun aksi kararlaştırılabilir. Yine bu bakımdan devrin amacı da dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

19. Teminat amacıyla alacağın devrinde devredenin yükümlülüklerinden biri de devrettiği alacağın (teminatın) kısmen veya tamamen yok olmasına neden olabilecek davranışlardan kaçınmaktır. Her ne kadar devir ile birlikte devreden alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetse de borçluyu korumak amacıyla getirilmiş olan TBK m. 186 ve TBK m. 188 hükümleri, devredenin bu tür davranışlarda bulunmasına imkân verebilecektir. TBK m. 186 ve TBK m. 188 hükümleri arasında dikkate alınacak an bakımından ortaya çıkan farklılık, kanımızca devreden ile borçlu arasındaki pek çok işlemi TBK m. 186 hükmünün şemsiyesi altına almakla belli ölçüde çözülebilecektir. Devredenin devir anından sonra söz

konusu hükümlere dayalı olarak gerçekleştireceği tasarruflar, devredene karşı tazminat sorumluluğunun doğmasına neden olabilecektir.

20. Teminat olarak devredilen alacağın boşa çıkması bakımından, gerek genel borca aykırılık rejimi uyarınca gerek devredenin garanti sorumluluğu bakımından devredenin devralana karşı sorumlu olup olmayacağı ise kanımızca devredenin asıl borçlu olup olmamasına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Her iki sorumluluk rejimi bakımından da ortak olan unsur, devreden asıl borçlu olduğu sürece teminatın boşa çıkmasından kaynaklanan ayrı bir sorumluluğa ihtiyaç bulunmayacağıdır. Devredenin asıl borçlu değil de başkasının borcu için teminat veren üçüncü bir kişi olması halinde ise genel borca aykırılık sorumluluğu kabul edilebilir. Böyle bir sorumluluk, özellikle devredenin iflas ettiği hallerde teminat alan asıl alacaklı bakımından bir işleve sahip olabilir.

Garanti sorumluluğu bakımından ise teminat karşılığı alınan kredi, hiçbir durumda devredilen alacakların ivazı olarak görülemez. Dolayısıyla yasanın garanti sorumluluğu için aradığı ‘ivazlı devir’ şartı burada gerçekleşmiş olmaz. Böyle bir ivazlı devir, ancak üçüncü kişinin teminat vermek üzere devralandan bir karşılık elde ettiği istisnai hallerde söz konusu olabilir.

21. Devralanın paraya çevirme olayı gerçekleşmeden önce alacak ile ilgili olarak yaptığı bazı tasarruflar, onun devredene karşı teminat anlaşmasından doğan borcunu ihlal etmesi anlamına gelebilecektir. Zira bu durumda, ilgi tasarrufların yapılmasından sonra *geri devir olayı* gerçekleşir ve devredenin alacağı devredene iade yükümlülüğü doğarsa, alacağın devredenin elinden çıkmış olduğu, eş deyişle bir başkasına devredilmiş olduğu hallerde, devralan elinde bulunmayan alacağı iade edemeyecektir. Dolayısıyla devralanın teminat anlaşmasından doğan bu iade yükümlülüğünü hiç yerine getirememesinden doğan zararı TBK m. 112 vd. hükümlerince tazmin etmesi zorunlu olacaktır. Bu bakımdan kanımızca devredenin ilgili davranışı kanımızca sonraki kusurlu veya kusursuz ifa imkânsızlığı bağlamında ele alınmalıdır. Bu kapsamda, devralanın söz konusu tasarruf işlemi sonucu elde ettiği bir değer varsa iade yükümlülüğü ifa imkânsızlığı bağlamında kaim değer üzerinde devam etmelidir.

Devrin koşula bağlı olduğunun kabul edilebildiği hallerde ise devralanın bozucu koşul gerçekleşmeden önce üçüncü kişilerle yaptığı zedeleyici nitelikteki tasarruflar, TBK m. 171 f. 3 gereğince hükümden düşecektir.

Devralanın borçlu ile yaptığı tasarrufların TBK m. 171 f. 3 kapsamında olup olmadığı bakımından ise kanımızca borçlunun devralana iflası bu kapsamda kabul edilemez. Ancak devralan ile borçlu arasındaki diğer bazı hukuki işlemlerin bu kapsamda kabul edilmesi mümkündür.

22. Devralanın paraya çevirme yetkisi bağlamında, kanımızca önce teminat altına alınan alacağa başvurma zorunluluğundan da önce teminata başvurma zorunluluğundan da söz edilemez. Bu bağlamda, teminat amacıyla alacağın devrinin asıl borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi halinde ifa uğruna edime dönüşeceği de kabul edilemez.

23. Geri devir olayının gerçekleşmesi ile teminat alan bakımından teminat teşkil eden alacakları iade yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu iade yükümlülüğü, kural olarak teminat anlaşmasına dayalıdır. Ancak geri devir olayının kapsamına dahil olduğu kabul edilemediği ölçüde asıl alacağın en baştan beri mevcut olmaması veya sonradan ortadan kalkması hallerinde teminat anlaşması bakımından saik hatası veya işlem temelinin çökmesi ihtimalleri gündeme gelebilir.

Devralan, her durumda asıl alacağı aşan kısmı iade yükümlülüğü altındadır. Tarafların aksi yönde herhangi bir anlaşma yapması *lex commissoria* yasağı nedeniyle geçerli değildir.

İade yükümlülüğü, devralanın alacağın kendisine ilişkin olabileceği gibi onun paraya çevrilmesi sonucu elde edilen değere ilişkin de olabilir. Alacağın kendisinin iade edilmesi gerektiğinde, kanımızca bu iadenin adi yazılı şekilde yeni bir devir sözleşmesi ile gerçekleştirilmesi gerekir.

Devir anlaşmasının bozucu koşula bağlı olduğu hallerde, koşulun gerçekleşmesiyle birlikte alacak kendiliğinden devralana dönecektir.

24. Devralanın iflası halinde, kanımızca devreden TBK m. 509 f. 3 hükmüne dayalı genel bir iflas masasından çıkarma hakkından söz edilemez. Ancak bu hükmeye

dayalı olarak, teminat altına alınan asıl alacağı aşan kısım bakımından devredenin çıkarma hakkı olduğu kabul edilmelidir.

Devrin bozucu koşula bağlı olduğunun kabul edildiği hallerde ise devredenin iflas masasından çıkarma hakkına da ihtiyacı bulunmayacaktır. Zira koşulun gerçekleşmesiyle alacak kendiliğinden devredene geri dönecektir.

Teminat olarak devredilen alacaklara devralanın alacaklıları tarafından haciz koydurulması mümkündür. Bu bakımdan devredenin hacze karşı istihkak iddiası ileri sürmesi mümkün değildir. Kanımızca bu durumda teminat amacıyla alacağın devrinde şöyle bir çözümün benimsenmesi mümkündür: Devralanın alacaklıları onun elinde teminat olarak tuttuğu alacaklara haciz koydurduktan sonra bu alacaklardan tatmin edildikleri oranda devralan da borçtan kurtulmuş olacaktır. Bu bağlamda, devralan bir anlamda teminatı paraya çevirmiş olmaktadır. Zira elinde tuttuğu teminat aracılığıyla malvarlığının pasifini azaltmaktadır. Bu durumda, teminat altına alınan asıl borcun devralanın borçtan kurtulduğu oranda sona erdiği kabul edilmelidir.

25. Devredenin iflası ise onun aynı zamanda teminat altına alınan alacağın borçlusu da olması ihtimalinde paraya çevirme olayının gerçekleşmesi anlamına gelir. Bu durumda, devralan alacakları tek başına paraya çevirebilecektir. Zira teminat amaçlı inançlı işlem ile devralanın korunmak istediği temel riziko, devredenin iflasıdır. Teminat olarak devredilmiş alacaklar iflas masasına hiç girmemiş olacağından, kural olarak devralanın alacakları iflas masasından çıkarmak gibi bir ihtiyacı da söz konusu olmayacaktır.

Devredenin alacaklılarının, şartları gerçekleştiği takdirde, teminat amacıyla alacağın devrine karşı itirazın iptali davası yöneltmesi mümkündür. Kanımızca bu iptal davası, ivazsız tasarrufların iptaline ilişkin İİK m. 278 hükmüne değil İİK m. 279 f. 1/b.1 hükmüne dayalı olabilir. Şüphesiz ki, şartları gerçekleştiği takdirde teminat amacıyla alacağın devri, İİK m. 280 hükmünde düzenlenen zarar verme kastına dayalı tasarrufun iptali davasına da konu olabilir.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, 2017. (Rehin)

Acar, Faruk, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, İstanbul, 2016. (Belirlilik)

Ahrens, Martin, §139 BGB, PWW Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Kommentar: (Hrsg: Hans Prütting/ Gerhard Wegen/ Gerd Weinreich), Luchterhand Verlag, 17. Auflage, 2022.

Akkanat-Öztürk, Elif Beyza, “*Alacağın Teminaten Devri*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2021, C. 79, S. 1, ss. 1-26.

Akseli, Orkun, “*Turkish Law and UNCITRAL's Work on the Assignment of Receivables with a Special Reference to the Assignment of Future Receivables*”, Law and Financial Markets Review 1 (1), January 2007, ss. 45-54.

Aksoy, Hüseyin Can, “*Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi*”, ABD, Y. 2012, S.1, ss. 141-160.

Aksoy-Dursun, Senem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008.

Akyol, Şener, Üçüncü Lahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, İstanbul, 2007.

Altaş, Hüseyin/ Kurt, Leyla Müjde : “*İnançlı İşlemler*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 2, Y. 2011, ss.1-29.

Altun, Abdurrahim, “*Gelecekteki Alacakların Devri*”, s Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 2, 2019, ss. 160-183.

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara, 1954.

Antalya, Gökhan, “*Gelecekteki Hakta Tasarruf*”, Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, ss. 545-548.

Apaydın, Eylem, “*The Problematic Structure of Management of Co-Owned Properties in Turkish Law and Pursuance of Solutions*”, Cambridge Scholars Publishing, 2011

Aral, Fahrettin, “*Topyekün Temlik*”, AÜHFD, Y.1992, C.42, S.1, ss. 93-140.

Ardıç-Tüken, Merve, Mevduat Rehni, İstanbul, 2023.

Arpagus, Reto, Teil 3: Kreditgeschäft, Das Schweizerische Bankgeschäft, Herausgeber Reto Arpagaus, Ralph Stalder, Thomas Werlen Schulthess Juristische Medien AG, 8. Auflage, 2021.

Arsebük, Esat, Borçlar Hukuku, Ankara, 1950

Atamer, Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, ss. 171-191. (Boşluk)

Atamer, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 VE TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak” Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu (Ed.: Başak Şit), Ankara, 2011, ss. 9-73. (Sempozyum)

Atamer, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınları, 2.Baskı, İstanbul 2010. (GİK)

Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara, 2007.

Attenhofer, Karl, “Die rechtliche Stellung des cedenten zum Cessionar bei der Cession nach schweizer Obligationenrecht”, ZSR 9, 1890, ss. 284-326.

Ayan, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara, 2018.

Ayanoğlu-Moralı, Ahu, Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2006.

Aydıncık, Şirin, “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın teminat Amacıyla Temlik”, İÜHFM, C. LXIV, S. 1, ss. 131-194.

Ayiter, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara, 1953.

Bahtiyar, Mehmet/ Biçer, Levent, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2016, ss. 395- 436.

Barlas, Nami “Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul, 2003, ss. 569-588.

Baş Süzel, Ece, “Banka Teminat Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulu Denetimi” BATIDER 2024, C. XL, S. 2, ss. 239-273.

Başoğlu, Başak, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, İstanbul, 2019.

Becker, Hermann, Art. 164-174 OR, Allgemeine Bestimmungen- Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/1 (Hrsg: Hermann Becker), Stämpfli, 2. Auflage, 1945.

Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli, 2008.

Bergmaier, Hans, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, Aarau, 1945.

Bollenberger, Raimund, “*Sicherungszession durch Buchvermerk und künftige Forderungen*”, FS für Gert Iro zum 65. Geburtstag, Wien, 2013, ss. 289-305.

Bucher, Eugen, “*Zur Gültigkeit von Globalzessionen* Urteilsanmerkung zu BGE 113 II 163”, recht, 1989, ss. 12-21. (Globalzession)

Bucher, Eugen, “*Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen- Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze*”, Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg/CH, 1977, ss. 249-269. (Ausschluss)

Bucher, Eugen, “*Kreditsicherung durch Zession*” Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Stämpfli, ss. 9-24. (Kreditsicherung)

Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht), 2. Auflage, Schulthess, 1988.

Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan, İİK m. 288, Yeni Konkordato Hukuku 7101, 7155 ve 7327 Sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285 - 309 Şerhi (Ed: Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova), 3. Baskı, Ankara, 2023.

Busche, Jan, §139 BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, (Hrsg: Prof. Dr. Claudia Schubert), 9. Auflage, 2021.

Çakırca, İrem Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, İstanbul, 2015. (Aşırı Yararlanma)

Çakırca, İrem Seda, Adi Alacakların Rehni, İstanbul, 2006. (Alacak Rehni)

Carsten, Böhm, Die Sicherungsabtretung im UNCITRAL-Konventionsentwurf “Draft convention on assignment in receivables financing” : ein Vergleich der Sicherungsabtretung im UNCITRAL-Konventionsentwurf mit den Regelungen im deutschen Recht, Aachen: Shaker, 2000.

Çekin, Mesut Serdar, “*Toptan Temlikte Teminat ile Teminat Altına Alınan Alacak Arasındaki Oransızlık Sorunu*”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 1, S. 2, ss. 125-159.

Çetiner, Bilgehan, “*Geniş Kapsamlı Teminat Amacı Açıklamalarının Geçerliliği Sorunu*”, MÜHF HAD, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 803 – 826. (Geniş Kapsamlı)

Çetiner, Bilgehan, “*Teminat Hukukunun Genel Esasları*”, Teminat Hukuku (Ed. Bilgehan Çetiner/Abdullah Furkan Korkmaz), Ankara, 2023, ss. 45-110. (Esaslar)

Çetiner, Bilgehan/Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2022.

Dalci, Nurcihan, “*Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas*” AÜHFD, Yıl 2014, Cilt: 63 Sayı: 2, ss. 285 – 308. (İflas)

Dalci, Nurcihan, “*Müstakbel Alacakların Toptan Devri*”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, Ankara, 2013, ss. 749-766. (Müstakbel)

Davran, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.

Dayınlarlı, Kemal, Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, Ankara, 2019.

Demirbaş, Feride, “*Alacağı Devredenin Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 11, S. 2, ss. 997 – 1034.

Demirsatan, Barış, “*Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları*”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Haziran 2021, ss. 161-85.

Dennhart, Joachim, §240 BGB, Beck-OK BGB (Hrsg: Wolfgang Hau/Roman Poseck), 71. Edition, C.H.BECK München, 2024.

Develi, Emine, “*Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciro*” Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Aralık 2016, ss. 79-102.

Develioğlu, H. Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009. (Garanti)

Develioğlu, H. Murat, Takas, 2. Baskı, İstanbul, 2012. (Takas)

Dörner, Heinrich, § 139 BGB, Nomos Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (Hrsg: Reiner Schulze), 12. Auflage, 2024.

Dulckeit, Gerhard, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen, 1951.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2019.

Eggen, Mirjam, Modernisierung der Formerfordernisse bei der Übertragung von Rechten (Zession und Wertpapierrecht) Teil 2: Zessionsrecht, Bern, 2021.

Eichel, Florian, Künftige Forderungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

Engin, Baki İlkay, “*Alacağın Temlik ve Borcun Nakli*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, İstanbul 2012, ss. 159-167. (Sempozyum)

Engin, Baki İlkay, “*İfa Uğruna Edim*”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, ss. 839-862. (İfa Uğruna)

Engin, Baki İlkay, “Yeni Borçlar Kanununun Borç İlişkilerinde Taraf Değişikliklerine Dair Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Yeni Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları, İstanbul 2012, ss. 63-67. (Yansımalar)

Engin, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002. (Garanti)

Erbayraktar, Burcu, Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo), İstanbul, 2021.

Ercoşkun-Şenol, Kübra, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2021.

Erdem, Mehmet, Zamanaşımı, İstanbul, 2010.

Erdoğan, Belgin, “Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış” Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan Cilt 1, İstanbul, 1982, ss. 255-274.

Erdönmez, Güray, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Baskı, İstanbul, 2019.

Eren, Fikret, “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, 2008. (Armağan)

Eren, Fikret, “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu (Ed. İpek Yücer Aktürk), Ankara, 2022, ss. 13-36. (Sempozyum)

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019. (Borçlar)

Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III: m. 83-206, Ankara, 2022.

Esener, Turhan, “Teminatı İstihdaf Eden Temlik Tasarruflar”, AÜHFD, Y. 1952, C.9, S. 3, ss. 376-383.

Fellmann, Walter, Art. 401 OR, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR BK-Berner Kommentar (Hrsg: Heinz Hausheer), Stämpfli Verlag AG, 1992.

Franko, Nisim, “Alacağın Temlik” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 1994, C. 49, S. 1, ss. 177-197.

Fries, Martin /Schulze, Reiner, §§ 398-413, Nomos Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (Hrsg: Reiner Schulze), 11. Auflage, 2021.

Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schultess, 3. Auflage, 2018.

Gauch, Peter, “Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge”, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, ss. 209-244.

Gauch, Peter/Schleup, Walter/Emmenegger, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess, 2020.

Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess, 11. Auflage, 2020.

Geroldinger, Andreas/ Lukas, Meinhard, “*Sicherungszession: ergänzende Vertragsauslegung und (Ersatz-)Akzessorietät*” Juristische Blätter, Vol.142 (10), 2020, ss.697-712.

Girsberger, Daniel/Hermann, Johannes Lukas, Art 163-177 OR 2020, Schweizer Obligationen Recht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (Hrsg: Claire Huguenin/Reto Hilthy), Schulthess, 2013. (Entwurf)

Girsberger, Daniel/Hermann, Johannes Lukas, Art. 164-174 OR, Basler Kommentar Obligationen Recht I Art. 1-529 (Hrsg: Prof. Dr. iur. Corinne Widmer Lüchinger/, Dr. iur David Oser, LL.M.) 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020. (BSK)

Gönen, Doruk/Gönen, Coşku, “*Alacağın Devri*”, İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, ss. 124-142.

Grothe, Helmut, §240BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, (Hrsg: Prof. Dr. Claudia Schubert), 9. Auflage, 2021.

Guggenheim, Daniel, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich, 1986.

Gümüş, M. Alper, “*Alacağın Temlik Sözleşmesinin Şekli*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, ss. 9-34. (Şekil)

Gümüş, M. Alper, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021. (Borçlar)

Günergök, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul, 2014.

Gürzumar, Osman Berat, “*Türk Medeni Kanunu’nun 5. Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri*”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, İstanbul, 2006, ss. 105-161.

Güvenç, Özgür, Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, Ankara, 2021.

Hanhzog, Klaus, Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger Forderungen, München, 1962.

Hänseler, Peter, Die Globalzession, Schweizer Schriften zum Bankrecht (Herausgegeben von Dieter Zöhl/Mario Giovanoli/Gerard Hertig) Band 10, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.

Hartmann, Ursina, “Globalzession als Sicherungsmittel beim Bankkredit”, Jusletter 5. April 2004, ss. 101-104.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul, 2021.

Helvacı, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre (Mürtehinin Merhununu Temellük Yasağı, İstanbul, 1997.

Honsell, Heinrich, “*Tradition und Zession, kausal oder abstrakt*”, Norm und Wirkung - FS für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag (Hrsg: Heinrich Honsell/Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris), Stämpfli, 2005, ss.1-22. (Erişim için bkz. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf](http://honsell.at/pdf/FS_Wiegand.pdf)). (Tradition und Zession)

Honsell, Heinrich, “*Willenstheorie oder Erklärungstheorie*”, Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis -Festschrift Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, 2005, 335-350. (Erklärungstheorie)

Huber, Eugen, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Auflage, Basel, 1925.

Huber, Herwart, Die Sicherungsabtretung, Bank-Verlag GmbH, Köln, 2012.

Huguenin, Claire, Obligationenrecht- Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, 2019.

İnceoğlu, Murat, “İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”, AÜHFD, C. 54, S. 4, ss. 149-182.

İpek-İşleten, Mehtap, Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009.

Kahveci, Zeynep Ülkü, “*Alacağın Teminat Amaçlı İnançlı Devri*”, Teminat Hukuku (Ed. Bilgehan Çetiner/Abdullah Furkan Korkmaz), Ankara, 2023, ss. 661-692.

Kale, Serdar, İİK m. 294; İİK m. 296, Yeni Konkordato Hukuku 7101, 7155 ve 7327 Sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflas Kanunu m. 285 - 309 Şerhi (Ed: Doç. Dr. Bilgehan Yeşilova), 3. Baskı, Ankara, 2023.

Kalkan Oğuztürk, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004.

Kanışlı, Erhan, İsviçre - Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, İstanbul, 2018.

Kapancı, Kadir Berk, Alacağın Devri (TBK m. 183-194) - Şerh, İstanbul, 2022.

Karabağ-Bulut, Nil, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, 2014.

Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 1984.

Kieninger, Eva Maria, § 399-413 BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II: §§ 311-432, (Hrsg: Wolfgang Krüger), 9. Auflage, 2022.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, 2022.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011.

Kleyling, Thomas F., Zession- Unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession- und Forderungsverpfändung als Mittel Zur Sicherung von Krediten, Basel, 1979.

Kocaağa, Köksal, “Sözleşmelerin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Unsurlar”, TBB Dergisi, S. 79, 2008, ss. 73-102.

Kocabaş, Gediz, “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S.2, 2014, ss.105-142.

Kocaman, Arif, “Gelecekteki Alacakların Devrinde “Belirlilik/Belirlenebilirlik” Şartı ve Bunun Factoring-Temliki İşlemindeki Görünümü”, TAAD, Y. 14, S. 56, Ekim 2023, ss. 497-510. (Gelecekteki Alacaklar)

Kocaman, Arif, Alacanın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara, 1989. (Üçlü İlişkiler)

Kocaman, Arif, Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Ankara, 1992. (Factoring)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014.

Koller, Alfred, Der Gute und Der Böse Glaube im Allgemeinen Schuldrecht, Freiburg, 1985. (Der Gute und Der Böse Glaube)

Koller, Alfred, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2023. (OR AT)

Konuralp, Orhan Emre, “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi”, DEUHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014, ss. 2855-2880.

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 2. Bası, 1982-1983.

Kötz, Hein, Europäisches Vertragsrecht, Europäisches Vertragsrecht, 2. aktualisierte und vervollständigte Auflage, Mohr Siebeck, 2015.

Koziol, Helmut, *“Sicherungszeession und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht”* Mobiliarsicherheiten Sicherungszeession und – übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht (Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Wiegand), Stämpfli Verlag AG Bern, 1998, ss. 19-42.

Kramer, Ernst A./Probst, Thomas, Obligationenrecht, 3. Auflage, Basel, 2018.

Kreße, Bernhard, §§398-413 BGB, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1 (Hrsgb: Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen), 4. Auflage, 2021

Kuhn, Hans, *“Die Modernisierung des schweizerischen Abtretungsrecht-Bemerkungen zum Zeessionsrecht im OR 2020”* SZW 2015, ss. 351-374.

Kuntalp, Erden, *“Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”*, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, ss. 263-299. (Teminat Türleri)

Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara, 2013. (Karışık)

Kurtulan-Güner, Gökçe Trust ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul, 2020.

Kuru, Baki, İcra İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013.

Lardelli, Flavio, *“Schuldnerschutz im Zeessionsrecht das Problem der Normenkonkurrenz bei Art. 167 und 169 OR”*, Festschrift für Heinrich Honsell, Dike Verlag, 2007. (Schuldnerschutz)

Lardelli, Flavio, Art. 164-183 OR, Kurzkomentar Obligationenrecht: Art. 1-1186 OR, (Hrsg: Heinrich Honsell), Helbing Lichtenhahn, 1. Auflage, 2014. (KUKO)

Lardelli, Flavio, Die Einreden des Schuldners bei der Zeession, Schulthess, 2008. (Einreden)

Lauko, Robert, Art 152 Abs. 3 OR und die aufschiebend bedingte Abtretung Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wirkungsweise von Verfügungen, Schulthess, 2012.

Maier, Philipp, SchKG Art. 287, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK- Schulthess Kommentar (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock), 4. Auflage, 2017.

Makaracı-Başak, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul, 2014.

Mansel, Heinz Peter, §139 BGB, Jauernig BGB Kommentar (Hrsg: Rolf Stürner), 19. Auflage, 2023.

Martens, Sebastian, §§398-413 BGB, Erman BGB Band I: §§ 1-597 BGB, Otto Schmidt, 17. Auflage, 2023.

Mitlehner, Stephan, Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, 3. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2012.

Mühl, Otto, “*Sicherungsübereignung, Sicherungsabrede und Sicherungszweck*”, Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag (Herausgeber: Ulrich Huber/Erik Jayme), Heidelberg, 1992, ss. 285-296

Neumayr, Matthias, “*Persönliche Sicherungsgeschäfte Abgrenzungs und Formfragen*”, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag (Hrsg: Friedrich Harrer/Wolfgang Portmann/Roger Zäch), Schulthess, 2002, ss. 481-502.

Nomer, Haluk Nami, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002. (Beklenen Haklar)

Nomer, Haluk, Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2024. (Borçlar)

Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul, 2019.

Oberlin, Beat, Die Globalzession in Theorie und Bankpraxis, Basel, 1989.

Oftinger, Karl/Bär, Rolf, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, ZK- Zürcher Kommentar (Hrsg: Peter Gauch/Jörg Schmid), Schulthess, 3. Auflage, 1981.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, 2023.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul, 2024.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2017.

Oktay-Özdemir, Saibe, “*İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*”, İÜHFM, Yıl 1996, Cilt: 55 Sayı: 1-2, ss. 263 – 296. (İsimsiz)

Oktay-Özdemir, Saibe, “*Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri*”, İÜHFM, Y. 1999, C.57 S. 1-2, ss. 265 – 300. (Teminat)

Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015. (Kişiler)

Önay, Işık, Medeni Hukukta İkame ve Kaim Değer Kavramları, İstanbul, 2022.

Öz, Turgut, “*Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, 2010, ss. 1425-1444. (Trust)

Öz, Turgut, TBK m. 183-194, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 2-3: m. 83-206, İstanbul, 2019. (İstanbul Şerhi)

Ozanemre-Yayla, H. Tolunay, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği), Ankara, 2019. (Alacağın Devri)

Ozanemre-Yayla, Tolunay, “*Gabinin Şartları*”, Çankaya University Journal of Law, 7/2 (Şubat 2011), ss. 195–217.

Özbilen, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2016.

Özen, Burak, “*İpotekle Teminat Altına Alınan Alacağın Belirliliği Sorunu*”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2019. (İpotek)

Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi İstanbul, 2017. (Kefalet)

Özen, Burak, Kredi Açma Sözleşmeler, İstanbul, 2017. (Kredi Açma)

Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, İflas Hukukunda Takas, İstanbul, 2013.

Özsunay, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul, 1968,

Öztürk, Gülay, İnançlı İşlemler, Ankara 1998.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin-Özkan, Meral/ Özkes, Muhammet, İcra İflas Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 7. Baskı, 2018.

Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul, 2018.

Reetz, Peter, “*Die Anwendbarkeit von 152 Abs.3 im Rahmen der Sicherungszession*”, recht 2006, ss. 233-246. (Art. 152 Abs. 3)

Reetz, Peter, “*Die Form der Sicherungszession*”, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Alfred Koller/Jörg Schmid/Hubert Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, ss. 553–561. (Form)

Reetz, Peter, Sicherungszession von Forderungen, Schulthess Juristische Medien AG, 2006. (Diss.)

Reetz, Peter/Burri, Christof, OR Art. 164-183, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg:Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), 3. Auflage, 2016.

Reinicke, Dietrich/Tiedtke,Klaus, Kreditsicherung, Luchterhand, 5. Auflage, 2006.

Reymond, Claude, “*L’arrêt Feras Anstalt et consorts c. Vallugano SA et l’évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l’acte fiduciaire*”, JdT, 1974.

Reymond, Claude, Essai sur la nature et les limites de l’acte fiduciaire Lausanne, 1948.

Rohner, Max, Die Sicherungsabtretung von Buchforderungen, St. Gallen, 1937.

Şafak, Ali, “*Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*”, Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri (Ed. Av. Ali Şafak), 2. Baskı, Ankara, 2021, ss. 93-156. (Özel Görünüş)

Şafak, Ali, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Teminat Amacıyla Alacağın Temliki, Ankara, 2017. (İnançlı)

Şahiniz, Salih, “*Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) Yasakları*”, EÜHFD, C. X, S. 3-4, 2006, ss. 495-520.

Salomons, Arthur, “*Deformalisation of Assignment Law and the Position of the Debtor in European Property Law*”, European Review of Private Law, 5, 2007, ss. 639-657.

Sarıkaya, Murat, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul, 2019.

Sayım, Berduhan Hüseyin, “*Alacağın Teminat Amaçlı Temliki*”, İBD, C. 94, S. 6, Y. 2020, ss. 202-218.

Schanbacher, Dietmar, § 28 Sicherungszession, (Teil von) Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht (Ed: Peter Derleder/Kai Oliver Knops/ Heinz George Bamberger), Springer-Verlag, 2. Auflage, 2009, ss.887-908.

Schaufelberger, Peter C./Keller, Katrin, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK –Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, Orell Füssli, 3. Auflage, 2016.

Schmid, Jean-Daniel, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, (Herausgeber: Peter Forstmoser), Dike Verlag AG, 2014.

Schmidt, Karsten, , “*Zur Akzessorietätsdiskussion bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung*”, Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag (Herausgeber: Ulrich Huber/Erik Jayme), Heidelberg, 1992, ss. 329-350.

Schulin, Hermann/Vogt, Nedim Peter, “*Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerisches Vertrags-und Erbrecht*”, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag (Hrsg: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf), Stmpfli Verlag AG Bern, 2007, ss. 609-623.

Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern, 2012.

Serick, Rolf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Band I, Heidelberg, 1963.

Serozan, Rona, “*Ayni Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminde Bağımsızlığı İlkesi ve Ayni Teminat Haklarının Fer’iliği (Bağımsızlığı) Ayrığı*”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul, Beta, 2008, ss. 361-368. (Akıntürk’e Armağan)

Serozan, Rona, “*Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçiminde İzlenecek Yol İlginç Bir Paradigma: Üstüne Denklik Parası Ödenerek Eski Aracın Yenisiyle Trampası*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul, Beta, 2002, ss.1223-1232. (Atipik)

Serozan, Rona, “*Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arasındaki Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi – Kronolojik Açıdan Ayrımlı Olguları Ortak Bir Rejime Bağlama Derecesi*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000, ss. 1013-1030. (Dengesizlik)

Serozan, Rona, “*Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik*”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı”, İstanbul, Beta, 2001, ss. 987-1014. (TEMTEM)

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016. (İfa Engelleri)

Serozan, Rona, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen, 1968. (Die Überwindung)

Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul, 2018. (Medeni)

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, 2010. (Dönme)

Serozan, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul, 2007. (Taşınır)

Sirmen, Lale, Alacak Rehni, Ankara, 1990. (Alacak Rehni)

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2019. (Eşya)

Sirmen, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992. (Şart)

Spirig, Eugen, “*Zur Kausalität der Abtretung*”, Schweizerische Juristen-Zeitung 96/2000, ss. 7-9.

Spirig, Eugen, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k (Herausgeber: Peter Gauch) , Schulthess, 3. Auflage, 1993. (ZK)

Staudinger/Busche, § 398-413 BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), (Hrsg: Volker Rieble/Jan Busche/Dirk Looschelders/Manfred Löwisch), Otto Schmidt - De Gruyter, 2022

Stiefel, Mirko, “*Die Übersicherung des Kreditgebers im Schweizer Recht*”, AJP, Heft 1, Dike Verlag AG, 2017, ss. 16-25.

Stürner, Rolf, §§398-413 BGB, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, (Hrsg: Rolf Stürner), CH Beck, 19. Auflage, 2023.

Sungurbey, İsmet, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul, 1957.

Şener, Oruç Hami, “*Bankanın Rehinli Alacaklı Sıfatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehninde Rehnin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları*”, DEÜHFD, 2009, Cilt 11, Sayı 2, ss. 195-250.

Şensöz, Ebru/Özbilen, Arif Barış/Savaş, Burcu, “*Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 4, S. 8, Güz 2005/2, ss. 233-252.

Tandoğan, Haluk “*İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK m. 393’ten Yararlanma Olasılığı*”, Temsil ve Vekalet İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 1977, ss. 73-97. (İnançlı)

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri C. I/1, İstanbul, 2008. (Özel)

Taşatan, Caner, Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, 2021.

Taşkın, Zeynep Damla, Mevduat Rehni Özelinde Alacak Rehni, İstanbul, 2023. (Mevduat)

Taşkın, Zeynep Damla, Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, 2020. (Kurulma)

Teckener, Hans-Arnold, Die Sicherungsabtretung, Wuppertal-Elberfeld, 1932.

Tekinay, Sulhi Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıparmak, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020.

Theo, Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Schulthess, Zürich, 2000.

Tiryaki, Betül, “*Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.8, S. 2, 2006, ss.189-214.

Tuncer-Kazancı, İdil, “*İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflas ve İflasın İnnacı İşleme Etkisi*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Hakan Pekcanitez’e Armağan, ss. 2811-2834.

Tunç-Yücel, Müjgan, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul, 2020.

Turan-Fühner, Ezgi, Alacağın Teminat Amaçlı Temliki, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2016.

Türel, Ege, Kazandırmanın Hukuki Sebebi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019.

Uhlmann, Christian, §§ 398-413 BGB, German Civil Code Article by Article Commentary, Vol. I, Books 1-3, §§1-1296 (Hrsg: Gerhard Dannemann/Reiner Schulze), Beck, 2020.

Ülgen, Hüseyin/Helvaci, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer-Ertan, Fusun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.

Uzun-Kazmacı, Özge, Faktoring Sözleşmesi, İstanbul, 2014.

Vardar-Hamamcıoğlu, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014.

von Bar, Christian/Clive, Eric, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Volume 2, Munich, 2009.

von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich, 1964.

von der Crone, Hans Carpar, “Zession: kausal oder abstrakt?”, SJZ 93/1997, ss. 249-260.

von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: 1-2, Ankara, 1983. (Borçlar)

von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Band II, Verlag von Duncker & Humblot, Berlin, 1957. (Allg. Teil)

von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich, 1974. (Obligationen)

Walter, Hans Peter, “Die Sicherungszession im schweizerischen Recht”, Mobiliarsicherheiten Sicherungszession und –übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht (Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Wiegand), Stämpfli Verlag AG Bern, 1998, ss. 43-74.

Wehrli, Thomas, Die Vertragliche Abtretung von Forderungen, insbesondere Voraus- und Globalzession und deren Behandlung bei Konkurs des Zedenten, Stämpfli, 1993.

Weitnauer, Hermann, “Betrachtungen zur causa der Sicherungsübertragung”, Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag (Herausgeber: Ulrich Huber/Erik Jayme), Heidelberg, 1992, ss. 389-402.

Wiegand, Wolfgang, “*Fiduziarische Sicherungsgeschäfte*” Zeitschrift des Bernischen Juristvereins, Band 116, Dezember, 1980, ss. 537-567. (Fiduziarische)

Wiegand, Wolfgang, “*Kreditsicherung und Rechtsdogmatik*”, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (Hrsg: Eugen Bucher/Peter Saladin), ss. 283-308. (Kreditsicherung)

Wiegand, Wolfgang/ Brunner, Christoph, “*Übersicherung und Freigabeanspruch*”, NJW, 1995, ss. 2513 ff.

Würdinger, Hans, “*The German Trust*” (1951) Journal of Comparative Legislation and International Law Third Series, Vol. 33, No. 3-4, ss. 31-40.

Yavaş, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bunların İstisnaları, 2. Baskı, Ankara, 2020.

Yıldız, Hilal Rabia, “*Alacak ve Diğer Hak Teminatları*”, Teminat Hukuku (Ed. Bilgehan Çetiner/Abdullah Furkan Korkmaz), Ankara, 2023, ss. 591-660.

Yüce, Ahmet, Rehnin Özel Yoldan Paraya Çevrilmesi, İstanbul, 2023.

Yüksel-Orhun, Mercan, “*Haczin Tasarruf Yetkisine Etkisi*”, MÜHF- HAD, Y. 2016, C. 22 S. 3, (Cevdet Yavuz’ a Armağan), ss. 2079-2104. (Armağan)

Yüksel-Orhun, Mercan, Teminat Amacıyla Alacağın Devri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2017. (Teminat)

Zobl, Dieter, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, BK- Berner Kommentar, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 1996.

Zobl, Dieter, “*Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung- eine Standortbestimmung*”, SJZ, Heft 21, 1989, ss. 349-359.

Zobl, Dieter/Thurnherr, Christoph, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, BK Berner Kommentar, Band IV/2/5/1, (Hrsg: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter), Stämpfli, 3. Auflage, 2010.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Simge SARAÇOĞLU
Tez Başlığı : Teminat Amacıyla Alacağın Devri
Savunma Tarihi : 14/01/2025
Danışman : Prof. Dr. Mehmet ERDEM

JÜRI ÜYELERİ:

Unvan, Ad-SOYADI

İmza

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

Prof. Dr. Burak ÖZEN

Prof. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ

Prof. Dr. Ulun Akturan
Enstitü Müdürü