

ELİF BERKTAŞ YÜKSEL

TÜRK HUKUKUNDA SAF İNANÇLI İŞLEMLER

Bilkent Üniversitesi 2020

TÜRK HUKUKUNDA SAF İNANÇLI İŞLEMLER
PURE FIDUCIARY TRANSACTIONS IN TURKISH LAW

Doktora Tezi

ELİF BERKTAŞ YÜKSEL

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Ekim 2020

TÜRK HUKUKUNDA SAF İNANÇLI İŞLEMLER
PURE FIDUCIARY TRANSACTIONS IN TURKISH LAW

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

ELİF BERKTAŞ YÜKSEL

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma Yükümlülüklerinin Bir
Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Ekim 2020

ÖZET

TÜRK HUKUKUNDA SAF İNANÇLI İŞLEMLER

Berktaş Yüksel, Elif

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar

Ekim 2020

Türk pozitif hukukunda inançlı işlemlerin hukuki sonuçlarını öngören ya da bunları yasaklayan herhangi bir düzenleme yoktur. Bu tür işlemlerin yapılması, TBK md. 26 hükmünde ifadesini bulan sözleşme özgürlüğü ilkesi nedeniyle, TBK md. 27 hükmünün çizdiği sınırlara riayet edilmesi şartıyla caizdir. Türk hukukunda çok sayıda Yargıtay kararına konu olan inançlı işlemler hakkında öğretide üzerinde uzlaşılmış olan bir tanım yoktur. Öğretideki tanımlardaki ortak nokta; inançlı işlemlerin, *inanç anlaşması* ile *inançlı devirden* meydana gelmesidir. Bu tezde inançlı işlemler bakımından kabul edilen temel şablon da budur. İnançlı işlemler, öğretide en fazla kabul gören ve ‘amaç’ ölçütüne göre yapılan sınıflandırma uyarınca, *saf inançlı işlemler* ve *karma inançlı işlemler* olmak üzere iki biçimde tezahür eder. Söz konusu ayrımı esas alan bu çalışma, özellikle saf inançlı işlemlerin

tanımlanması, bu işlemlere uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi ve bu uygulamanın nasıl olması gerektiği sorunlarına çözüm bulmayı amaçlamaktadır.

Bu çalışmanın birinci bölümünde genel olarak inançlı işlemler incelenecek ve bu işlemlerin benzer kurumlarla karşılaştırılması yapılacaktır. İnananın menfaati için yapılan saf inançlı işlemlere ayrılan ikinci bölümde ise; saf inançlı işlemlerde inanç anlaşması ve inançlı devir işlemi incelenecektir. Tarafların hakları ve borçları ile inananın üçüncü kişilere karşı korunması hususlarına yer verilecektir. Bu bölümde ayrıca, saf inançlı işlemlerin uygulamadaki görünümü ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda "inançlı mülkiyet" esasına dayalı olduğu belirtilen kurumların saf inançlı işlem olup olmadığı sorunu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnanç Anlaşması, İnançlı Devir, İnançlı Mülkiyet, Saf İnançlı İşlemler, Yatırım Fonları

ABSTRACT

PURE FIDUCIARY TRANSACTIONS IN TURKISH LAW

Berktaş Yüksel, Elif

Ph.D., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar

October 2020

There are no provisions in Turkish positive law that govern the legal implications of fiduciary transactions or that prohibit their use. Conducting such transactions is justified on the grounds of the freedom of contract enshrined under Article 26 of the Turkish Code of Obligations (TCO) to the extent that they adhere to the limits drawn by Article 27 of the TCO. There is no consensus in the legal doctrine as to how fiduciary transactions, which has been the subject of numerous decisions of the High Court of Appeals, should be defined. The common aspect of various different definitions suggested in the legal doctrine is that fiduciary transactions comprise of a *pactum fiduciae* (fiduciary agreement) and a fiduciary transfer. The same framework for fiduciary transactions is also accepted in this doctoral thesis. Per the classification based on the criterion of ‘purpose’, which is the most commonly accepted type of classification in the legal doctrine, fiduciary transactions may emerge in two forms;

pure fiduciary transactions and *mixed fiduciary transactions*. This thesis, which adopts the foregoing classification, aims to provide solutions to the problems associated with the definition of pure fiduciary transactions, identify the relevant provisions to be applied to such transactions and determine the way in which this application should take place.

In the first section of this thesis, fiduciary transactions will be examined in general and these transactions will be compared to other similar legal institutions. In the second section, which is reserved to pure fiduciary transactions that are conducted for the purpose of protecting the interests of the *trustor/fiduziant*, fiduciary agreement and a fiduciary transfer in pure fiduciary transactions will be examined. This section will address issues concerning the rights and obligations of the parties and the protection of the *trustor/fiduziant* vis-à-vis the third parties. This section will further examine the practical applications of pure fiduciary transactions and deal with the question as to whether legal institutions that are based on the principle of “fiduciary ownership” according to the Capital Markets Act constitute fiduciary transactions.

Keywords: Fiduciary Ownership, Fiduciary Transfer, Investment Funds, Pactum Fiduciae, Pure Fiduciary Transactions

TEŞEKKÜR

Türk Hukukunda Saf İnançlı İşlemler başlıklı bu doktora tezi, Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında, 12.10.2020 tarihinde, Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Prof. Dr. A. Lâle Sirmen, Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Prof. Dr. Çağlar Manavgat ve Doç. Dr. F. Tülay Karakaş'tan oluşan tez jürisi önünde savunulmuş ve oy birliği ile başarılı bulunmuştur. Tez çalışmam boyunca görüşlerini ve desteğini benden hiçbir zaman esirgemeyen, sonsuz özveriyle bir danışmanın ayırması gereken vakitten çok daha fazlasını çalışmama ayıran, yazdıklarımı sabırla defalarca okuyup düzeltten ve fikirlerimi cesurca ortaya koymaktan çekinmemem gerektiğini bana öğreten tez danışmanım ve saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar'a teşekkür ederim. Kendisinin bana ve tez çalışmama katkısı çok kıymetlidir.

Değerli vakitlerini ayırarak tezimi okuyan ve yapıcı eleştirileri ile tezimin son halini almasına katkıda bulunan tez jüri üyelerine de teşekkürlerimi sunarım. Sermaye piyasası kurumlarına ilişkin akademik bilgi ve görüşlerini paylaşarak tezime katkı sağlayan Hocam Sayın Prof. Dr. Çağlar Manavgat'a ayrıca teşekkür ederim. Bu süreçte sorularımı sabırla yanıtlayan ve İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk kürsüsündeki asistanlık dönemim boyunca, kürsülerinde çalışmaktan şeref duyduğum Hocalarım Sayın Prof. Dr. Erden Kuntalp'e ve Sayın Prof. Dr. A. Lâle Sirmen'e, bana sağladıkları akademik katkı için minnettarım.

Bu tezin kaynak araştırma çalışması, iki ay boyunca Zürih, Bern ve Cenevre Üniversitelerinde; üç ay boyunca ise Hamburg Üniversitesi ve Münster'de

Westfalische Wilhelms  niversitesinde gerçekleştirilmiştir. Bu kütüphanelerin olanaklarından faydalanmamı ve kaynaklara ulaşmamı sağlayan Hocalarım Sayın Dr. Paolo Michele Patochhi'ye ve Sayın Prof. Dr. Johann Kindl'a teşekkür ederim. Çalışmalarım sırasında bana manevi destek sağlayan ortağım ve dostum Dr. Zeynep Kılıçkaya'ya sabrı ve desteği için teşekkür ederim. Bu süreçte beni motive eden canım arkadaşlarım Doç. Dr. Ersin Erdoğan'a, Dr. Cemre Hazıroğlu'na, Dr. Emre Konuralp'e ve Dr. Ayşen Çilenti Konuralp'e dostlukları için teşekkür ederim. Çalışmalarım boyunca pek çok konuda bana büyük yardımı dokunan  . D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi asistanlarından Emir Göka'ya teşekkür ederim.

Doktora çalışmalarım süresince varlığından ve sevgisinden g   aldığım biricik eşim Barış Yüksel ve kendisi henüz farkında olmasa da bu süreçte bana manevi destek sağlayan oğlum Aral Yüksel benim için en büyük teşekkürü hak etmektedir. Aral'la ilgilenerek çalışmama olanak tanıyan fedak r annelerim Serpil Berktaş ve Ayşe Neşe Sayarı'ya, teyzem Sevgi Sakarya'ya, rahmetli anneannem Fatma Soyer'e, babaannem  fakat Berktaş'a, bu tezin yazımına vesile olan babam  brahim Berktaş'a, Salih Köksalan'a ve Engin Murat Yüksel'e çok teşekkür ederim. Son olarak, bu süreçte belki de başını en çok ağrıttığım ve ne zaman ihtiyaç duysam yanımda olacağını bildiğim güçlü ve sabırlı kardeşim Esra Berktaş'a, kurduğu empati ve manevi desteği için sonsuz teşekkür ederim.

Dr. Elif Berktaş Yüksel

Ankara 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	İİ
ABSTRACT	İV
TEŞEKKÜR	VI
KISALTMALAR CETVELİ	XII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK İNANÇLI İŞLEMLER	3
§1. İnançlı İşlemlerin Tarihi Gelişimi	3
I. Roma Hukukunda Ayni Güvence: <i>Fiducia</i> ve <i>Pignus-Hypotheca</i>	3
A. <i>Fiducia: Fiducia Cum Creditore</i> ve <i>Fiducia Cum Amico</i>	3
B. <i>Pignus - Hypotheca</i>	10
II. Cermen Hukuku'nda <i>Treuhand</i> ve Bu İşlemlerde Menfaat Dengesi	11
III. Alman Hukuku'nda İnançlı İşlemler	15
IV. İsviçre Hukuku'nda İnançlı İşlemler	17
§2. İnançlı İşlemin Tanımı ve Sınıflandırılması	19
I. İnançlı İşlemin Tanımı	19
II. İnançlı İşlemlerin Sınıflandırılması	23
A. İşlemden Yarar Sağlayanların Menfaatleri ve Bu Menfaatler Arasındaki İlişki Bakımından Yapılan Ayrım	23
B. Dış İlişki Bakımından Yapılan Ayrım	24
C. İşlemlerle Ulaşılmak İstenen Amaç Bakımından Yapılan Ayrım	25
1. Saf İnançlı İşlemler	26
2. Karma İnançlı İşlemler	27
§3. İnançlı İşlemin Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması.....	29
I. Temsil.....	29
A. Doğrudan Doğruya Temsil	29
B. Dolaylı Temsil ve Dolaylı Temsili İçeren Vekâlet İlişkileri	30
II. Muvazaalı İşlemler.....	39
III. Nam-ı Müstear	48
IV. Kanuna Karşı Hile	54
V. <i>Trust</i>	57
§4. İnançlı İşlemlerin Fonksiyonları.....	64

İKİNCİ BÖLÜM: İNANANIN MENFAATİ İÇİN YAPILAN İNANÇLI İŞLEMLER: SAF İNANÇLI İŞLEMLER 68

§5. Saf İnançlı İşlemlerde Borçlandırıcı İşlem: İnanç Anlaşması 68

- I. Tanımı, Tarafları ve İşlevleri 68
- II. Hukuki Niteliği 71
 - A. Kanunda Düzenlenmiş Bir Sözleşme Olup Olmadığı 71
 - B. Ön Sözleşme Olup Olmadığı 78
 - C. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olup Olmadığı 78
 - D. Sürekli Borç İlişkisi Kuran Sözleşme Olup Olmadığı 79
 - E. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Olup Olmadığı 83
- III. İnanç Anlaşmasının Şekle Tabi Olup Olmadığı Sorunu 85
- IV. İnanç Anlaşmasına Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesi 89

§6. Saf İnançlı İşlemlerde İnançlı Tasarruf İşlemi 93

- I. Genel Olarak 93
- II. İnançlı Tasarruf İşleminin Konusu 97
 - A. Aynı Haklar 98
 - B. Fikri Mülkiyet Hakları ve Sınai Haklar 100
 - C. Alacak Hakları 103
 - D. Yenilik Doğuran Haklar 105
 - E. Kaydi Sermaye Piyasası Araçları 106
- III. Özel Olarak: İnanç Konusu Hakkın Üçüncü Kişinin Tasarrufuyla Kazanılması 110
- IV. İnançlı Devir İşleminde *Causa* 112

§7. Saf İnançlı İşlemlerde Tarafların Hakları ve Borçları 116

- I. İnananın Hakları ve Borçları 116
- II. İnanılanın Hakları ve Borçları 117
- III. Yükümlülüklerin Yerine Getiril(e)memesi Durumunda Tarafların Başvuracağı İmkânlar 120

§8. İnananın Üçüncü Kişilere Karşı Korunması 120

- I. İnananın Korunmasına Yönelik Geliştirilen Teoriler 120
 - A. Bozucu Şarta Bağlı Kazandırma Teorisi 122
 - B. Birlikte Hak Sahipliği Teorisi 124
 - C. Nisbi Hukuki Durum Teorisi (*die Relativitätstheorie*) 125
 - D. Şekli Hak Sahipliği /Meşruiyet Teorisi 126
 - E. Yönetim Hakkı Teorisi 126
 - F. Şekli hukuki durum teorisi 127
 - G. *Rei vindicatio utilis* teorisi 128
- II. Pozitif Hukukun Sunduğu İmkânlar Çerçevesinde Değerlendirme 129
 - A. İİK md. 188 hükmü gereğince koruma 130
 - B. TBK md. 509 hükmünden yararlanma olanağına göre koruma 131
 - 1. İnananın TBK md. 509/I hükmünde öngörülen *kanuni temlikten* yararlanma olanağı 132

a. Genel Olarak	132
b. Hâkimin, TMK md. 1/II Hükmüne Dayanarak Hukuk Kuralı Yaratırken TBK md. 509/I Hükmünden Kıyasen Yararlanması	134
i. Genel Olarak	134
ii. TMK md. 1/II Kapsamında TBK md. 509/I Hükmüne Kıyasen Yaratılacak Hukuk Kuralı Önerisi	135
iii. TBK md. 509/I Hükmünde Öngörülen Kanuni Temlikin Kapsamına Giren Alacaklar	137
iv. Saf İnançlı İşlemlerde Alacak İntikalinin Üçüncü Kişiler Karşısındaki Etkisi	145
2. İnanılanın iflâsı halinde inananın TBK md. 509/III hükmünde öngörülen ayırma hakkından yararlanma olanağı	146
§9. Saf İnançlı İşlemlerin Uygulamadaki Görünümleri	148
I- Kıymetli Evraka Bağlanmamış Alacakların Tahsili Amacıyla Yapılan İnançlı Devirler	148
II- Emre Yazılı Senetlerin Tahsil Amacıyla İnançlı Ciro su	153
III. Yönetim Amacıyla Gerçekleştirilen Diğer İnançlı Devirler	156
§10. Sermaye Piyasası Kanunu’nda “İnançlı Mülkiyet” Esasına Dayalı Olduğu Belirtilen Kurumların Saf İnançlı İşlem Olup Olmadığı Sorunu.....	163
I. Yatırım Fonları	163
A. Mevzuat ve Tanım	163
B. Fonun ‘Tüzelkişiliği Haiz Addolunması’	165
C. Fonun Kuruluşu	169
D. Taraflar	170
1. Portföy Yönetim Şirketi	171
2. Portföy Saklayıcısı	172
3. Katılma Payı Sahibi/Yatırımcı	173
E. Kolektif Yatırım Sözleşmesi	174
1. Tanımı ve Kurulması	174
2. Konusu ve Hukuki Niteliği	177
3. Şemsiye Fon İçtüzüğü ve Aralarındaki Hukuki İlişki	178
4. Katılma Payı Sahiplerinin KYS’den Doğan Hakları ve Borcu	184
a. Geri Satım Hakkı	184
b. Kâr Payı ve Tasfiye Payı Alma Hakkı	186
c. Bilgi Alma Hakkı	187
d. Borcu	188
5. PYS’nin KYS’den Doğan Hakları ve Borçları	188
6. KYS’nin Sona Ermesi	189
F. Değerlendirme	191
1. İnançlı “Mülkiyet” Kavramının Yerinde Kullanılıp Kullanılmadığı	191
2. Yatırım Fonunu Oluşturan Malvarlığı Unsurları ve Bunlar Üzerindeki Haklar	193
3. Yatırım Fonlarının Saf İnançlı İşlem Niteliği	196

G. Yatırımcıların Menfaatini Korumaya Yönelik Düzenlemeler	198
II. Konut ve Varlık Finansmanı Fonu	200
A. Tanımı ve Tarafları	200
B. Fonun Saf İnançlı İşlem Niteliği	202
C. Yatırımcıların Menfaatini Korumaya Yönelik Düzenlemeler	204
III. Proje Finansmanı Fonu	205
A. Tanımı ve Tarafları	205
B. Fonun Saf İnançlı İşlem Niteliği	207
§11. Saf İnançlı İşlemlerin Sona Ermesi	208
SONUÇ	219
KAYNAKÇA	224

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
A.g.e	: Adı geçen eser
Art.	: Artikel
AAOIFI	: Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
Ed.	: Editör
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
ĞİŞ	: Genel İşlem Şartları
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hk.	: Hakkında
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Http	: Hypertext Transfer Protocol
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İDMK	: İpoteğe Dayalı Menkul Kıymet
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
KAP	: Kamuyu Aydınlatma Platformu
KAG	: Kollektivanlagengesetz
KFF	: Konut Finansmanı Fonu
KİS	: Katılma İntifa Senetleri
KST	: Kira Sertifikaları Tebliği (III-61.1)

KSÜİİBF	: Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
KYS	: Kolektif Yatırım Sözleşmesi
MKK	: Merkezi Kayıt Kuruluşu
M.Ö.	: Milattan Önce
Md.	: Madde
OR	: Obligationenrecht
PYŞ	: Portföy Yönetim Şirketi
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SPK	: 2399 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	: 2644 sayılı Tapu Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TST	: Tapu Sicili Tüzüğü
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UCITS	: Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities Directive
UTESAV	: Uluslararası Teknolojik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Vakfı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VDMK	: Varlığa Dayalı Menkul Kıymet
VFF	: Varlık Finansmanı Fonu
VİDMK	: Varlığa ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymet
İYFK	: İsviçre Yatırım Fonları Kanunu
VKŞ	: Varlık Kiralama Şirketi
PFF	: Proje Finansmanı Fonu
PYŞ	: Portföy Yönetim Şirketi
www.	: World Wide Web
Yarg.	: Yargıtay
YFET	: Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.1)
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

Türk hukukunda çok sayıda Yargıtay kararına konu olan inançlı işlemler hakkında bir terminoloji birliği bulunmadığı gibi bunlar hakkında üzerinde uzlaşılmış olan bir tanım da yoktur. İnançlı işlemlere ilişkin literatürdeki tanımlara bakıldığında, bunların hepsinde inançlı işlemin borçlandırııcı işlem niteliğindeki bir inanç anlaşması ile inançlı bir devirden meydana geldiğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu tezde, inançlı işlemler bakımından kabul edilen temel şablon da budur: İnançlı işlemler, inanan ile inanılan arasında yapılan ‘inanç anlaşması’ ve inananın bu anlaşmaya dayanan tasarruf işleminden (inanılana inanç konusunu devretmesi) meydana gelir. Bu şablon yalnızca *inanç konusunun inanan tarafından inanılana kazandırıldığı* (devredildiği, tesis edildiği) durumlar için geçerlidir; *inanç konusunun üçüncü kişiden iktisap edildiği* (üçüncü kişinin tasarrufuyla kazanıldığı) hallerde geçerli değildir.

İnançlı işlemde, inanan kendisinin veya bir üçüncü kişinin menfaatinin korunması veya bir işinin görülmesi yahut da inanılana teminat sağlanması için, bir malvarlığı hakkını inanılana devretme veya devrini sağlama borcu altına girer. İnanılan ise inananın inançlı devir yoluyla elde ettiği veya üçüncü bir kişiden devraldığı hakkı, inanç anlaşmasına ve inananın talimatlarına uygun bir şekilde, tarafların belirlediği amaç çerçevesinde kullanmayı, yönetmeyi veya elinde bulundurmayı taahhüt eder. İnanılanın bir diğer borcu, kendisine inançlı olarak devredilen hakkı, tarafların ulaşmak istedikleri amacın hasıl olması veya inanç ilişkisinin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda, inanan veya bir üçüncü kişiye devretmektir.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde “Genel Olarak İnançlı İşlemler” açıklanmış; inançlı işlemlerin tarihi gelişimi, tanımı ve sınıflandırılması, benzer kurumlarla karşılaştırılması ve fonksiyonları incelenmiştir. İkinci bölüm, (bu tezde inançlı işlemlere ilişkin kabul edilen sınıflandırma *saf* ve *karma* inançlı işlemler olduğundan, bu ayırım göz önüne alınarak) “Saf İnançlı İşlemler”e ayrılmıştır. İkinci bölümde inanç anlaşması, inançlı tasarruf işlemi, tarafların hakları ve borçları, inananın üçüncü kişilere karşı korunması konuları irdelenmiştir. Aynı bölümde saf inançlı işlemlerin uygulamadaki görünüşleri açıklanmıştır: 1. Kıymetli evraka bağlanmamış alacakların tahsili amacıyla yapılan inançlı devirler, 2. Emre yazılı senetlerin tahsil amacıyla inançlı cirosu, 3. Yönetim amacıyla gerçekleştirilen diğer inançlı devirler. Saf inançlı işlemlerin uygulamadaki görünüşleri açıklandıktan sonra, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda (SerPK) “inançlı mülkiyet” esasına dayalı olduğu belirtilen kurumların saf inançlı işlem olup olmadığı başlığı altında; yatırım fonları, konut ve varlık finansmanı fonları ve proje finansmanı fonları inceleme konusu yapılmıştır.

SerPK’ya dayanılarak çıkarılan Kira Sertifikaları Tebliği (III-61.1) md. 5 hükmünde düzenlenen ve saf inançlı işlem niteliğini haiz olduğunu savunduğum ‘Sahipliğe Dayalı Kira Sertifikaları’ ise (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği’nin 6.6. maddesi uyarınca, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılan “Türk Hukuku’nda Saf İnançlı İşlemler” başlıklı işbu doktora tezinden türetilen*) “Sahipliğe Dayalı Kira Sertifikaları ve Bunların Saf İnançlı İşlem Niteliği” başlıklı makalede inceleme konusu yapıldığından, bu işlemlere, bu tezde ayrı bir başlık altında yer verilmemiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK İNANÇLI İŞLEMLER

§1. İnançlı İşlemlerin Tarihi Gelişimi

I. Roma Hukukunda Ayni Güvence: *Fiducia* ve *Pignus-Hypotheca*

A. *Fiducia*: *Fiducia Cum Creditore* ve *Fiducia Cum Amico*

Roma hukukunda inançlı işlemler *fiducia* ismiyle anılıyordu¹. *Fiducia*, Latincede güvenilir anlamına gelen *fidus*'tan ve güvenmek, inanmak, itimat etmek anlamına gelen *fidere*'den türemiştir². Etimolojik açıdan *fiducia*; *fides*, *fidei*, *fidere* (sadakat, güven, inanç) kelimeleriyle aynı köke dayanır³.

Bir kimsenin, başkasına, *mancipatio* veya *in iure cessio* yoluyla inanç konusunu devretmesi esasına dayanan⁴ *fiducia* 'da, devir işleminin yanında ayrıca, inanç konusunun kullanılması ve inanana veya bir üçüncü kişiye iadesi hususlarını düzenleyen özel bir inanç anlaşması da yer almıştır⁵. İnanç konusunun devri işlemine

¹ Di Marzo, S.: Roma Hukuku (çev. Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959, s. 409 vd.; Koschaker, P./ Ayiter, K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. Bası, Ankara 1983, s. 177.

² Rado, T.: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 66; Lewis, Charlton T.: An Elementary Latin Dictionary, New York, Cincinnati, Chicago, American Book Company, 1890; Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953, C. 43.

³ Özsunar, E.: “Roma Hukukunda Rehin Hakkı (*Pignus – Hypotheca*)”, DEÜHFD, İzmir 2005, C. XII, S. 2, s. 137-163, s. 140 (Rehin Hakkı); Peter, H.: “Roma ve Pandekt Hukukunda *Fiducia* ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler”, çev. Özcan Karadeniz, AÜHFD, 1964, C. 21, S. 1-4, s. 529-539, s. 533.

⁴ Honig, R.: Roma Hukuku Dersleri (Çev. Şemseddin Talip), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1938, s. 212-213.

⁵ Oğuz, A.: “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, AÜHFD, Ankara 1989-1990, C. XLI, S. 1-4, s. 225-284, s.233 (Roma Hukuku). Farklı tanımlar için

eklenen ve devralanın devraldığı inanç konusu üzerindeki egemenliğinin sınırlarını çizen bir anlaşma olarak, *fiducia*, klasik hukuk (*principatus*) dönemine kadar, yalnızca devir işleminin hukuki sebebini oluşturan anlaşmayı, yani *pactum fiduciae*'yi ifade etmek üzere kullanılmıştır⁶. *Fiducia*, Roma hukukunun sözleşme tipleri arasında yer almamış; bir *contractus* olarak değil, şekle bağlı olmayan borç doğurucu sözleşme niteliğinde bir *pactum* olarak değerlendirilmiştir⁷. Klasik hukuk döneminin sonlarından itibaren ise *fiducia* kavramı, *pactum fiduciae* ve mülkiyetin devri işlemlerinin ikisini bir arada içeren tek bir işlem olarak anlaşılmaya başlanmıştır⁸.

Roma hukukunda aynı güvencenin işlevini ilk olarak *fiducia* kurumu yerine getirmiştir⁹. Günümüz hukuk sistemlerine paralel anlamda rehin hakkının ilk ortaya çıkış biçimi, alacaklı ile kararlaştırılmış yedieminlik kurumunu ifade eden *fiducia cum creditore*'dir. Bu kurum, sınırlı aynı hak kavramını oldukça geç benimsemiş olan Roma hukukunda, aynı güvence tanınması yöntemlerinden *pignus* ve *hypotheca*¹⁰ kurumlarından önceki aşamayı oluşturur¹¹. *Fiducia cum creditore*'de inanılana (alacaklı), alacağının güvencesi olarak en geniş kapsamlı aynı hak olan

bkz. Wälli, P.: Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Verlag Schulthess & Co. AG., Zürich 1969, s. 2; Keller, R.: Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1944, s. 1; Atila, P.: "Fiduciary Assignment", Trakia Journal of Sciences, 2009, C. 7, S. 3, s. 67-70, s. 67; Radu, Mihnea-Dan: "Fiducia: From Fides To Trust and the New Romanian Civil Code Regulation", Valahia University Law Study, 2012, C. 20, S. 2, s. 238-246, s. 238-239; Özsunay, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968, s. 9.

⁶ Buckland, W.W.: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Iustinian, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 1950, s. 431.

⁷ Kaser, M.: *Gnomon*, C. 17, S. 2, 1941, ss. 75–80, JSTOR, www.jstor.org/stable/27676695, erişim tarihi: 15.10.2018.

⁸ Buckland, s. 432.

⁹ Sayın Korkmaz, B.: Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum), Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 166; Özsunar (Rehin Hakkı), s. 137-164.

¹⁰ *Pignus* ve *hypotheca* kurumlarının ayrıntılı açıklaması için bkz. §1 I B.

¹¹ McCall, J. R.: "The Past as Prologue: A History of the Right to Repossess", Southern California Law Review, 1973, C. 47, S. 58, s. 65-66.

mülkiyet hakkı devredilmiştir¹². Ayrıca, tarafların anlaşmaları sonucunda inanan (borçlu), mülkiyeti karşı tarafa geçirdikten sonra inanılan bunu geri verme borcu altına girdiğinden, *fiducia* bir iyi niyet akdi olarak da nitelendirilmiştir¹³.

Fiducia cum creditore'de devredilen malın mülkiyeti, alacaklının alacağının teminatını oluşturmuştur. *Fiducia*'nın bu türü, taraflar eğer rehin veya ipoteğe başvurmuş olsalar idi alacaklının elde edebileceği yetkiden daha fazla yetkiyi alacaklıya tanıdığından, bu kurum Roma'da klasik dönemin sonlarına kadar uygulanmıştır¹⁴. *Fiducia cum creditore* öncelikle *res Mancipi*'ler için kullanılmış, daha sonra *res nec Mancipi*'ler bakımından da kullanılmaya başlanmıştır. Bir *res Mancipi*'nin mülkiyeti *Mancipatio* veya *in iure cessio* yoluyla, teminat isteyen alacaklıya devredilir ve bu işlemlerden önce taraflar arasında yapılan *pactum fiduciae* ile mülkiyetin devrinin yalnızca teminat amacıyla yapıldığı, alacağın ifası durumunda alacaklının inanç konusunu borçluya geri devredeceği konusunda anlaşma yapılmıştır¹⁵. Borcun ifa edilmemesi ihtimalinde ise inanç konusu, *lex commissoria*'nın henüz yasaklanmamış olması dolayısıyla, değeri dikkate alınmaksızın alacaklının mülkiyetinde kalmaya devam etmiştir. Bununla birlikte taraflar, inanç konusunun satılmasını ve alacağın satış bedelinden karşılanmasını da kararlaştırabilirlerdi¹⁶.

Fiducia cum amico (dostlarla yapılan inançlı işlem) ise, genellikle bir kişinin kendi malının daha güvencede olması veya daha iyi şekilde yönetilebilmesi için, güvendiği

¹² Karadeniz Çelebican, Ö.: Roma Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 298 (Roma Eşya).

¹³ Oğuz (Roma Hukuku), s. 235.

¹⁴ A.g.e., s. 235.

¹⁵ Garrigues, J.: "Law of Trusts", The American Journal of Comparative Law, 1953, C.II, S.1, s. 25-35, s. 5, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474199, erişim tarihi: 30.11.2017.

¹⁶ Peter, s. 532.

bir arkadaşına malın mülkiyetini devretmesi şeklinde uygulama alanı bulmuştur¹⁷. Dolayısıyla ortada yönetim amacıyla bir inanç ilişkisi söz konusudur. *Commodatum* (kullanım öduncü), *depositum* (vedia) ve *mandatum* (vekâlet) sözleşmelerinin henüz *Ius Civile* tarafından tanınmamış olduğu dönemlerde malını bir süre kullanması, saklaması, yönetmesi veya satması gibi amaçlarla güvendiği bir kişiye bırakmak isteyen kişi, *fiducia cum amico* yoluna başvururdu¹⁸. Malın mülkiyeti karşı tarafa geçer, mülkiyeti iktisap eden kişi de malı kullandıktan veya amaç gerçekleştikten sonra ya da devreden kişinin talep etmesi halinde mülkiyeti eski malike devretme yükümlülüğü altına girerdi¹⁹. Devir işlemi yine *mancipatio* veya *in iure cessio* yolları ile yapılır, mülkiyeti devralan da yine *pactum fiduciae* sınırları içerisinde hareket ederdi. *Fiducia cum amico* 'da inanç konusu genellikle idare, koruma, saklama, tevdi vb. amaçlarla, *depositum* veya *mandatum* akitlerindeki şekil şartlarına uyularak inanılana devredilirdi²⁰. Çok farklı amaçlar için kullanılmış olan *fiducia cum amico*'nun en sık ortaya çıkan uygulama örnekleri olarak şunlar zikredilmektedir²¹: Bir şeyin saklanması için *fiducia*, ariyet amacı için *fiducia*, yedimeine tevdi konusunda *fiducia*, vekâlet amacıyla *fiducia*, *mancipatio* veya *in iure cessio* yollarıyla devretmek üzere satış için tevdi *fiducia*'sı, dava takibi için *fiducia*, bağışlama amacıyla *fiducia*²².

¹⁷ Rado, s. 89.

¹⁸ Buckland, s. 428-429.

¹⁹ Di Marzo, s. 410.

²⁰ Öztürk, s. 25. Umur, işlemin dostça bir muamele (*cum amico*) olup; ariyet veya vedia yerine geçtiğini veya başkaca çeşitli sebeplerle de kullanıldığını; örneğin bir köle azad ettirmek için yapılabildiğini belirtmektedir, Umur, Z.: Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2010, s. 348.

²¹ Özsunay, s. 10. Adı geçen yazar, 9'ncu dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: Oertmann, P.: Die Fiducia im Römischen Privatrecht, 1980, s. 223 vd. Roma Hukuku'ndaki diğer *fiducia cum amico* çeşitleri için bkz. Kreller, H.: "Walter Erbe, Die Fiduzia im römischen Recht", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, C. 61, S. 1, s. 465 (dn. 17).

²² Roma hukukunda *fiducia* olarak adlandırılan ve yukarıda sayılanlardan nitelik olarak çok daha değişik (ve çeşitli) ihtiyaçlara cevap veren başka uygulamalar da mevcuttu. Roma hukuku yazınında, kölelerin serbest bırakılması (*emancipatio*), kadınlara vasiyet ehliyetinin sağlanması (*coemptio*

Roma hukukunda *fiducia* 'nın tüm çeşitlerinde, inanç konusunun inanılana devri neticesinde, inanılan, inanç konusuna, hiçbir ayni sınırlamaya tabi olmaksızın sahip oluyor; inanan ise, inanılanın bu kuvvetli hukuki durumu karşısında kendisi lehine denge sağlayabilecek güçte bir hukuki imkana sahip kılınıyordu. Gerçekten inanan, inanılanın, inanç ilişkisi sona erinceye kadar inanç konusunu bir üçüncü kişiye satmayacağı ve alacağına kavuştuğunda da inanç konusunu aynı şekil şartlarına uyarak geri devredeceği şeklindeki sözünden ve iyi niyetinden (*fides*) başka bir güvenceye sahip değildi. İnanılanın vadeden önce inanç konusunu bir üçüncü kişiye satması ve inanç anlaşmasına aykırı hareket etmesi ihtimalinde, ondan yalnızca tazminat talep edebilme imkânı bulunan inanan ne inanılana ne de inanç konusunu iktisap eden üçüncü kişiye karşı istihkak davası (*actio rei vindicatio*) açabilirdi²³.

Fiducia cum creditore özelinde, borcunu ödeyinceye kadar malını kullanmayacak olan (inanan) borçlunun zarara uğramasını engellemek amacıyla, şeyin zilyetliğinin onda bırakılması düşünülmüş; ancak bu durumda da, *bona fides* (iyiniyet) ve *titulus* (geçerli hukuki sebep) bulunmadığı halde borçlunun, mülkiyeti *fiducia* olarak (inanılan) alacaklıya devredilmiş olan eşyanın taşınmaz ya da taşınır olduğuna bakılmaksızın, bir yıl sonunda kazandırıcı zamanaşımı (*usureceptio*) ile yeniden maliki olması sakıncası ortaya çıkmıştır²⁴. Bu sakıncaya karşı bir çözüm olarak, *fiducia* anlaşmasında, malın borçluda kira veya *precarium* temelinde bırakıldığı

fiduciae causa), aileye yabancı olanların evlat edinmek suretiyle aile içine alınarak “aile evladı” sıfatını kazanması (*adoptio*), bir kadının evlenmediği halde bir *coemptio* yaparak üçüncü bir kişinin *manus*’u altına girmesi ve bu üçüncü kişinin de kadını güvendiği birisine *mancipatio* ile devretmesi sonucunda kadının azat edilmesi işlemi (*tutela fiduciaria*), bu *fiducia* türlerine örnek olarak zikredilmektedir, bkz. Oğuz (Roma Hukuku), s. 234 (dn. 9,10,11,12).

²³ Honig, s. 212-213; Burdick, W. L.: The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, The Lawbook Exchange Ltd., 2004, s. 380. Öğretide başka bir görüş, *fiducia*’da teminat konusu eşyanın asıl malikinin, üçüncü kişiye karşı mülkiyet hakkından doğan istihkak davasını açabildiğini savunmaktadır, bkz. Goebel, R.: “Reconstructing the Roman Law of Real Security”, Tulare Law Review, 1961-1962, C. XXXVI, s. 29-66, s. 34.

²⁴ Di Marzo, s. 410.

konusunda tarafların açıkça anlaşması yoluna gidilmiştir²⁵. Böylece, vazıüyed (*detentor*) veya fer'i zilyet olan borçlunun özel bir kazandırıcı zamanaşımı türü olan *usureceptio*'dan yararlanma sakıncası da bertaraf edilmiştir²⁶.

Gaius'un *Institutiones*'inde karşılaşılan ve günümüzdeki "saf (yönetim amaçlı) inançlı işlemler" ve "karma (teminat amaçlı) inançlı işlemler"²⁷ ayrımının temelini oluşturan *fiducia cum amico* ve *fiducia cum creditore*'nin²⁸ her ikisi de klasik hukuk döneminin başlarında, inanana, inanılana karşı dava açma imkânı vermezken²⁹; Cumhuriyet'in sonlarına doğru *pactum fiduciae*'den iki ayrı dava çıkarılmıştır. Şahsi alacak davası niteliğindeki bu davalarda³⁰, mülkiyet kendiliğinden inanana dönmez, inanan mülkiyeti ancak inanılanın, inanç konusunu *mancipatio* veya *in iure cessio* yolları ile kendisine devretmesi halinde geri kazanabilirdi³¹.

Birinci dava *actio fiducia directa*'dır ve bu dava, inanç anlaşmasının ihlali halinde inanan tarafından inanılan aleyhine açılmakla birlikte, inanç konusunun inanana iadesini sağlamazdı³². İnanç konusu üçüncü kişiye satılmışsa, davalı inanılan *infamis*

²⁵ Gaius. *Institutiones*. II. 60, bkz. Poste, E./ Whittuck, E. A./ Greenidge, A.H.J.: *Gai Institutiones or, Institutes of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1904, s. 185, erişim: <https://oll.libertyfund.org/titles/1154>, erişim tarihi: 27.06.2020. *Fiducia cum amico*'da böyle bir durum olmazdı; zira bu takdirde şeyin *fiducia* alan nezdinde kalması *fiducia* verenin menfaatine idi, bkz. Di Marzo, s. 410 (dn.3).

²⁶ Günel, A. N.: "Roma Hukuku'nda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi", AÜHFD, Ankara 1998, C. XLVII, S. 1-4, s. 119-136, s. 123; Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 300.

²⁷ Bkz. § 2, II, C 2.

²⁸ Gordon W. M./Robinson O. F.: *The Institutes Of Gaius*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1988, s. 149.

²⁹ *Fiducia*'da alacaklının, kendisine tanınan mülkiyet hakkını, borçlu ile aralarındaki anlaşmaya aykırı olarak kullanması durumunda, başlangıçta hiçbir hukuki yaptırım öngörülmemiş; daha sonra ise alacaklının, borçlunun güvenini sarsarak malı başkasına satması vb. durumda, bu fiil haksız fiil sayılarak ceza davası konusu yapılmıştır, bkz. Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 298.

³⁰ A.g.e., s. 299.

³¹ Rado, s. 67.

³² Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 299.

(şerefsiz)³³ sayılır ve inanan lehine tazminata hükmedilirdi³⁴. Bir başka ifadeyle, yalnızca ahlakî değere dayanan bu dava, bir iyi niyet davası (*actio bonae fidei*) idi³⁵. Dolayısıyla bu dava inanan için tam bir hukuki koruma sağlamamış; inananın inanılan karşısındaki zayıf durumu güçlendirilememiştir³⁶.

İkinci dava türü *actio fiduciae contraria*'dır ve inanılana tanınmıştır. Bu dava, inanılana, zilyetliğin kendisinde kaldığı durumlarda, koruma ve paraya çevirme gibi devir konusuna ilişkin masraflarını inananan talep edebilme imkânı verirdi³⁷. Bir başka ifadeyle, inanç konusu kendisine güvenilerek devredilen inanılan, inanç konusu için yaptığı giderler ve mal dolayısıyla uğradığı zararlar için, inanan karşısında bu davayı açma hakkına sahipti.

Fiducia'da inananın mülkiyeti devretmiş olmasından kaynaklanan zayıf durumunun sınırlı da olsa güçlendirilebilmesi için Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru ortaya çıkmış olan bu davalar, tarafların menfaatleri arasındaki dengesizliği ortadan kaldırmaya yeterli olmamıştır. Günümüz hukukundaki inançlı işlemlerin temelini oluşturan *fiducia*, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarında önemini kaybetmeye başlamış; *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun geçerliliğini yitirmesiyle tümüyle uygulamadan kalkmıştır³⁸.

³³ Roma hukukunda *infamis* (şerefsizlik) bir kişinin toplum içindeki itibarını kaybetmesi anlamına gelirdi, Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 166-167.

³⁴ Gaius. Institutiones. 4, 182, bkz. Poste/Whittuck/Greenidge, s. 185.

³⁵ Radu, s. 239.

³⁶ Özsunay, s.13.

³⁷ Erdoğan, B.: "Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bir Bakış", Ümit Yasar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, C.1, s. 255-274, s. 262.

³⁸ Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 300-301.; McCall, s. 66.

B. *Pignus - Hypotheca*

Fiducia'nın yalnızca Roma vatandaşlarına tanınmış olması ve karışık yapısı sebebiyle pratik ihtiyaçlara cevap verememesi³⁹, başka bir aynı teminat kurumu olan *pignus*'un doğumuna sebep olmuştur. Öğretide *fiducia*'nın, *pignus*'un devreye girmesiyle yok olmadığı ve kendine has avantajları ile devam ettiği savunulsa da⁴⁰, *Corpus Iuris Civilis*'te *fiducia* sözcüğüne rastlanmadığı gibi *Corpus Iuris Civilis* içeriğinde yapılan *interpolatio*'lar sonrasında Klasik hukukçuların da eserlerindeki *fiducia* ifadelerinin *pignus* olarak değiştirildiği belirtilmektedir⁴¹. Günümüz hukukundaki rehin hakkının kökeninde de *pignus* yatar.

Pignus sözcüğü etimolojik olarak Latince *pugnus* (yumruk) anlamına gelir⁴². Öte yandan *pignus*'un *pangere* (sağlamlaştırmak) kökünden geldiği de ileri sürülmüştür⁴³. M.Ö. 3. yüzyılda var olduğu görülen *pignus*'ta teminat amacıyla mülkiyetin değil, yalnızca zilyetliğin devri yoluna gidilmiştir⁴⁴. Roma hukukunun ilk dönemlerinde *pignus*, borç yerine verilen ve asıl edimin yerini tutan geçici bir edim biçiminde görülmüştür⁴⁵. Önceleri, alacaklının mallar üzerinde, sadece fiili egemenlik olarak görülen tasarruf yetkisi, zamanla *Praetor* tarafından *Interdictum* ile korunan zilyetliğe dönüşmüştür⁴⁶.

³⁹ Koschaker/Ayiter, s.178.

⁴⁰ Buckland, s. 474.

⁴¹ Peter, s. 301.

⁴² Gaius. D. 50, 16, 238, 2.

⁴³ Kaser, M./Knütel, R.: Römisches Privatrecht, 17. Auflage, München 2003, s.187.

⁴⁴ Erbe, W.: Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar, Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, 1940, s. 2 vd.; Watson, A.: The Spirit of Roman Law, The University of Georgia Press, Athens 1995, s. 19.

⁴⁵ Koschaker/Ayiter, s.175.

⁴⁶ Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 301.

Roma hukukunda rehni ifade etmek üzere *hypotheca* terimi de kullanılmıştır.⁴⁷ *Pignus*'un, zilyetliği içeren rehni (TMK md. 939 hükmündeki “teslime bağlı rehin” gibidir), *hypotheca*'nın ise şekle bağlı olmayan bir rehin anlaşmasına (*pactum hypothecate*) dayanan zilyetsiz rehni ifade ettiği belirtilmektedir⁴⁸. *Pignus*'tan sonra ortaya çıkan *hypotheca*'da borçlu, rehin konusu eşyanın zilyetliğini elinde tutmaya devam ederdi⁴⁹. Bir başka ifadeyle, *hypotheca* ile rehin konusu eşyanın alacaklıya teslimine gerek kalmaksızın rehin geçerli olarak kurulabilmektedir⁵⁰. Öğretide, *pignus* ve *hypotheca*'nın hukuki sonuçlarının aynı olduğu, aralarında yalnızca isim farkı bulunduğu, hatta iki terimin birbiri yerine dahi kullanıldığı⁵¹ görüşü de savunulmuştur⁵².

Klasik Hukuk Dönemi'nde rehin hakkının kuruluşu iki farklı biçimde olmuştur. Bunlardan ilki olan *pignus datum*'un geçerli olabilmesi için rehin sözleşmesinin yanında eşyanın zilyetliğinin de alacaklıya geçirilmesi gerekirken; *pignus conventum*'da alacaklı ve borçlu arasında yapılan şekle bağlı olmayan anlaşma, eşyanın zilyetliğinin devrine gerek olmaksızın alacaklı lehine rehin hakkı doğurmuştur⁵³.

II. Cermen Hukuku'nda *Treuhand* ve Bu İşlemlerde Menfaat Dengesi

⁴⁷ Roma hukukunda her iki kurum da hem taşınır hem taşınmazlar için uygulanabilmektedir, bkz. Burdick, s. 382.

⁴⁸ Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 303. Yazar ayrıca, öğretide çoğunlukla kabul edilen bu görüşün aksine *pignus*'un kaynaklarda bazen zilyetsiz rehni ifade etmek için de kullanıldığının görüldüğünü belirtmektedir.

⁴⁹ Burdick, s. 381.

⁵⁰ Zimmermann, R.: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996, s. 221.

⁵¹ Hausmaninger, H./Gamauf, R.: A Casebook on Roman Property Law (çev. Sheets, George A.), Oxford University Press, 2012, s. 339.

⁵² Watson, s. 19; Di Marzo, s. 287. Yazar, gerçek anlamıyla *pignus*'un bir malın alacaklıya nakledilmesi; *hypotheca*'nın ise *Ius Civile* gereğince ne mülkiyetin ne de zilyetliğin nakledilmesi anlamına geldiğini belirtmektedir, bkz. Di Marzo, s. 322, dn. 16.

⁵³ Karadeniz Çelebican (Roma Eşya), s. 303-304.

Treuhand, inançlı işlemlerin Cermen hukukundaki en eski görünümüdür⁵⁴. *Treuhand* kurumunda *Treugeber* olarak anılan inanan, inanç konusunu (*Treugut, Salgut*) *Treuhänder* olarak anılan inanılana devrederdi⁵⁵. Burada *Treuhänder*, kendisine devrolunan inanç konusu üzerinde kendi adına, ancak her zaman başkasının menfaatine hareket ederdi⁵⁶. *Treuhänder*'in inanç konusu üzerinde sahip olduğu hukuki iktidar alanı, *fiducia* kurumundaki gibi bir *pactum fiduciae* ile değil, *Treugeber*'in inanç konusu üzerindeki mülkiyet hakkı ile sınırlandırılırdı⁵⁷.

Başlangıçta *Treuhänder*, bir taşınırın ve/veya taşınmazın alım satımında alıcı ile satıcı arasında bir aracı (*Zwischenmann*) görevine sahipti⁵⁸. Sonraları, miras hukukuna ilişkin birçok kurumun Cermen hukukuna yabancı olması sebebiyle, *Treuhänder*'e miras hukuku alanında da önemli roller verildi⁵⁹. Mirasçıları bulunmaması sebebiyle mallarının halk tarafından belirlenen kişilere geçmesini istemeyen kişiler, *Treuhand* yöntemine başvurarak, *Treugeber* sıfatıyla, malvarlığının bir kısmını veya tamamını, kendisinin belirlediği bir üçüncü kişiye ölümünden sonra devretmesi koşuluyla, *Treuhänder*'e bırakır; *Treuhänder* ise, inanç konusunu *Treugeber*'in ölümünden sonra bu üçüncü kişiye (*Begünstigter*⁶⁰) devretmekle yükümlü olurdu⁶¹.

⁵⁴ Gerstle, L.: Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1917, s. 6; Ammann, F.: Treuhand und Grundbuch, Zürich, Buchdruckerei Dr. J. Weiss, 1946, s. 18.

⁵⁵ Ammann, s. 18 vd.; Gerstle, s. 6 vd.; Keller § 1 II.

⁵⁶ Schumacher, A.: Treuhand und Reichsgericht, Köln, Druck von M. Scharmitzel, 1931, s. 4.

⁵⁷ Straub, H.: Über das Treuhandrecht unter besonderer Berücksichtigung des liechtensteinischen Gesetzes betr. Treuunternehmungen, J. Kündig, Buchdr, Bern 1940, s. 10; Siebert, W.: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Ein Dogmatischer und Rechtsvergleichender Beitrag zum Allgemeinen Treuhandproblem, Marburg in Hessen 1933, s. 49.

⁵⁸ Coing, H.: Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973, s. 14-15.

⁵⁹ Özsunay, s. 14.

⁶⁰ Ammann, s. 5.

⁶¹ Gerstle, s. 6.

Treuhand, ayrıca gizleme fonksiyonu ile de kullanılmış; vatandaş olmadıkları için taşınmaz iktisabı yasaklanmış olan kişiler, *Salmann* 'lara başvurarak bu yasağı aşmışlardır⁶². Taşınmazlar *Salmann* 'lar tarafından satın ve mülkiyeti devir alınmakta ve taşınmazı esas iktisap etmek isteyen yabancı kişi vatandaşlık alıncaya kadar, taşınmaz *Salmann* tarafından o kişi hesabına yönetilmektedir⁶³.

Treuhand'ın uygulandığı başka bir alan ise usul hukuku idi. Taraflar arasında ilgili şey üzerinde bir ihtilaf olduğunda, o şeyin ihtilaf sonuna kadar yed-i emîne (*Sequester*) bırakılmasında sıklıkla *Treuhand*'dan yararlanılırdı⁶⁴.

Cermen hukukunda *Treuhand*, başlardaki basit şekliyle, Roma hukukundaki *fiducia* kavramına benziyordu. *Treuhänder* inanç konusu üzerindeki mülkiyeti, aynı *fiducia*'da olduğu gibi herhangi bir ayni sınırlama olmaksızın devralır; inanılanın devraldığı inanç konusu, *pactum fiduciae*'de olduğu gibi yalnızca nisbi yönden sınırlanır; kendi adına fakat başkasının yararına hareket eden *Treuhänder*, gerek Yönetim *Treuhand*'ında (*Verwaltungstreuhand*) gerekse Teminat Amaçlı *Treuhand*'da (*Sicherungstreuhand*) daima tarafların iktisadi amaçlarının zorunlu kıldığından daha fazla bir kudrete sahip olurdu⁶⁵. Zamanla, bu sınırlama yalnızca nisbi olarak değil, ayni olarak da kendini göstermeye başlamış; *Treuhänder*'in inanç konusu üzerinde sahip olduğu hukuki iktidar alanının çerçevesi, inanan ile inanılan arasındaki bir borç sözleşmesi ile değil, doğrudan inananın (*Treugeber*) veya

⁶² Özsunay, s. 15.

⁶³ Ammann, s. 19; Özsunay, s. 15.

⁶⁴ Mitteis, H.: Deutsches Privatrecht, 2. Auflage, München/Berlin 1953., Kap. 8 II, 1.

⁶⁵ Özsunay, s. 16. Adı geçen yazar 37'nci dipnotta şu esere atıf yapmaktadır: Beyerle: Die Treuhand, s. 26 vd. Burada bütün olarak iktisap ile, devrin "tam-hak iktisabı teorisi" (*Theorie des Vollenrechtserwerb*) kapsamında yapıldığı kastedilmektedir, bkz. Özsunay, s. 16. Ayrıca yazar, *treuhand*'ın bu gelişim safhalarını, böyle kesin sınırlarla birbirinden ayırmanın imkânsız olduğunu, her safhanın başında ve sonunda *Treuhänder*'in hukuki durumu hakkında kesin bir şey söyleyemeyecek iç içe girme durumlarının göze çarptığını da özellikle vurgulamaktadır, a.g.e., s. 17, dn. 38.

yararlananın (*Begünstigter*) inanç konusu üzerinde sahip olduğu aynı hakkın tahdidi suretiyle çizilmiştir⁶⁶. Bu aynı etkili sınırlama iki şekilde yapılmıştır:

İlkinde, *Treuhänder*'in inanç konusunu iktisabının 'aynı etkili bir bozucu şart'a bağlı olduğu kabul edilir; inançlı işlem ile güdülen amaç gerçekleşirse veya ortadan kalkarsa, başkaca bir tasarruf işlemine gerek kalmaksızın inanç konusu kendiliğinden inanana veya yararlanana dönerdi⁶⁷. İkincisinde ise, Roma hukukunda kabul edilmeyen, ancak Cermen hukukunda mevcut olan 'bölünmüş hak sahipliği (*geteilte Rechtszuständigkeit, geteiltes Eigentum*)' kurumundan yararlanılmıştır. Bu durumda, inanç konusu üzerindeki hak sahipliği *Treuhänder* ile *Treugeber* arasında veya *Treuhänder* ile *Begünstigter* arasında bölünürdü⁶⁸. Dolayısıyla *Treuhänder*, *Treugeber* ve *Begünstigter*, aynı anda ve aynı mal üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen bir hakka sahip olur; inanan ve yararlanan bir şey üzerinde aynı anda mülkiyet hakkına sahip olurken, *Treuhänder* de amaçla sınırlandırılmış aynı tasarruf yetkisini (*zweckgebundene dingliche Dispositionsgewalt*) elde ederdi⁶⁹. Böylece,

⁶⁶ Keller, s. 5

⁶⁷ Ammann, s. 20.

⁶⁸ Kötz, H.: Trust und Treuhand, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht Verlag, 1963, s. 125.

⁶⁹ Schumacher, s. 6. Burada, Cermen Hukukundaki *Gewere* kavramının, Roma Hukukundaki zilyetlik kavramından farklı olduğunu vurgulamak gerekir. Zira Cermen *Gewere*'sinde önemli olan, bir kimsenin bir şeyi fiili iktidarı altında bulundurmasından ziyade, o şeyden iktisaden yararlanabilmesidir (şeyin kullanılması, semerelerinin alınması, kira bedellerinin toplanması vb.). *Gewere*'nin bu özelliği, aynı şeyden birden fazla kimsenin aynı anda faydalanmasını da mümkün kılar. Bu sebeple de Cermen Hukukunda, bazıları diğerlerine tabi olan muhtelif dereceli zilyetlikler kabul edilmiştir. Özsunay, s. 18. *Gewere*, sahibinin hukuki durum ve yetkisini içeren bir fiili hakimiyet ve aynı zamanda buna uyan aynı hakkın vurgulanmasıdır, Burcuoğlu, H.: "Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Menkul Davasının Hukuki Dayanağı, Zilyetliğe Bağlı Hak Karinelerinin Menkul Davasında Uygulanıp Uygulanamayacağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2011, C.45, S.1-4, s. 493-535, s. 508-509. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Huber, E.: Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht, 1894, s. 18, 22, 46, 47. Yazara göre *Gewere*, bir aynı hakkın giysisidir ve *Gewere*'nin bütün hükümlerinin temelinde, aynı hakların hayatta yer almak için *Gewere*'yi kuşandığı düşüncesi vardır. *Gewere*, bir zilyetliğe hak veya bir aynı hak değildir; var olduğu ileri sürülen hakkın dışı aksetmesidir. Burcuoğlu, Huber'in açıklamalarından, onun *Gewere*'yi bir hak karinesi olarak düşündüğü sonucunu çıkarmaktadır, Burcuoğlu, s. 509). Gierke de *Gewere*'nin Eşya Hukukunda giysi olduğu tanımından hareket etmekte ve *Gewere*'nin, arkasında bir hakkın gizlendiği dış görünüş anlamına geldiğini belirtmektedir, Burcuoğlu, s. 509. Yazar bu görüş için şu esere atıf yapmaktadır: Gierke, O.: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1897, s. 2.

mülkiyet hakkının alt-üst mülkiyet (*Unter- und Obereigentum*) şeklinde bölünmesi suretiyle, *Treuhänder*'in sahip olduğu hakkın inanç amacıyla aynı olarak sınırlanması mümkün olabilirdi⁷⁰.

İnanılanın inanç anlaşmasına aykırı davranması durumunda, inanan ve yararlananın ilgili üçüncü kişilere karşı yukarıda açıklanan aynı sınırlandırmaları ileri sürebilmelerini sağlayan aleniyet, yalnızca taşınmaz mülkiyeti bakımından sağlanabilmiş ve *Treuhänder*'in belli başlı uygulama alanları daha ziyade taşınmaz hukukunda gelişmiştir⁷¹. Taşınırlarda ise aleniyet vasıtalarının eksikliği sebebiyle *Treuhänder*, yukarıda açıklanan gelişim sürecinde ikinci aşamaya geçememiş ve Roma hukukundaki *fiducia*'ya benzerlik gösterecek şekilde uygulanmaya devam etmiştir⁷².

III. Alman Hukuku'nda İnançlı İşlemler

Roma hukukunun tanıdığı inançlı işlemin muvazaalı olduğu düşüncesi ile, 19. yüzyılın ortalarına kadar, Alman içtihat ve doktrininde bu işlemlerin geçerliliğine şüphe ile yaklaşılmış; sonraları bunlar ilk kez *Jhering* tarafından muvazaalı işlemlerden ayırılarak, muteber bağımsız işlemler olarak kabul edilmiştir⁷³. *Jhering*'den sonra, muvazaalı işlemlerin geçerli olmamasına karşılık örtülü muamelelerin (*verdeckte Geschäfte*) tarafların gerçek iradelerine uygun olması sebebiyle geçerli olduğunu savunan *Kohler* de, örtülü işlemleri yeni bir hukuki işlem kategorisi olarak kabul etmiş ve bunlara karakteristik bir örnek olarak “tahsil amacı

⁷⁰ Schultze, s. 80 vd; Kötz, s. 125.

⁷¹ Ammann, s. 21.

⁷² Schultze, s. 88 vd.

⁷³ Bkz. Özsunay, s. 20. Adı geçen yazar, 51 ve 52'nci dipnotlarında şu eserlere atıf yapmaktadır: Von Jhering, Rudolf: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, C. II, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1866, § 46, s. 513 vd., III, §57, §58, s. 264.

ile ciro”yu göstermiştir⁷⁴. *Kohler*’den sonra, Roma hukukundaki *fiducia* teriminden etkilenerek inançlı işlemleri ifade etmek üzere *fiduziarisches Geschäft* terimini ilk kez kullanan *Regelsberger*⁷⁵, inançlı devirlerde inanç konusu hakka tamamıyla inanılanın sahip kılındığı görüşünü (*Vollrechtsübertragung*) savunmuştur⁷⁶.

Alman hukukunda gerek taşınır gerekse taşınmaz mülkiyetinin intikalinin sebepten soyut olduğunun kabul edilmesiyle birlikte inançlı devirler bu hukuk sisteminde önemli bir yer edinmiştir. BGB §1205 uyarınca taşınır rehninin ancak teslimle (aleniyet kazanarak) kurulabilmesi (ve bunun iktisadi ihtiyaçları karşılamaktan uzak olması) nedeniyle, Alman hukukunda yeni bir teminat şekli olan, mülkiyet hakkının teminat maksadıyla devri (*Sicherungsübereignung*) kurumu kullanılmaya başlanmıştır⁷⁷. Kredi alan bir kimsenin, eşyasını rehnetmek yerine alacaklıya onun mülkiyetini hükmen teslim yoluyla geçirmesi ve ariyet alan ya da kiracı sıfatıyla o şeyi alıkoymaya devam etmesi şeklinde gerçekleşen bu işlem, rehnin temel düşüncesine aykırı olmasına karşın, piyasalardaki iktisadi gerekliliği karşıladığından gelişmiş ve geniş uygulama alanı bulmuştur⁷⁸. Bunda, mülkiyeti teminat amacıyla devralanın iflâs etmesi halinde, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin inanana, teminat konusunu iflâs masasından çıkarma hakkı (*Aussonderungsrecht*) tanınması da önemli bir rol oynamıştır⁷⁹. Alman hukuk uygulamasında, ayrıca, Cermen

⁷⁴ Bkz. Özsunay, s. 20. Adı geçen yazar, 53, 55 ve 57’nci dipnotlarında şu eserlere atıf yapmaktadır: Kohler, J.: Studien über Mentalreservation und Simulation, JheringJ. 16, (1877), s. 91/158; Kohler, J.: Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, JheringJ. 16, (1877), s. 325 vd.; Kohler, J.: Über den Willen im Privatrecht, JheringsJ. 28 (1889), s. 166 vd.

⁷⁵ Oppenheimer, A.: Die fiduziarische Eigentumsübertragung, insbesondere das Aussonderungsrecht an den zu fiduziarischem Eigentum übertragenen Gegenständen, Wiesbaden 1903, s. 9.

⁷⁶ Regelsberger, F.: “Zwei Beiträge zu der Lehre von der Cession”, Archiv für die civilistische Praxis, Mohr Siebeck GmbH&Co. KG, C. 63, S. 2, 1880, s. 157 vd.

⁷⁷ Blass, J.: Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht: Ein Beitrag zur Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer 1953, §3 I, II; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht, §§ 1204 – 1296 §§ 1-84 Schiffs RG, Sellier-de Gruyter, Berlin 2002, § 1205, N 31.

⁷⁸ Özsunay, s. 25.

⁷⁹ Blass, § 11 I A b, s. 154-155.

hukukundaki *Treuhand* kurumundan etkilenmiş inançlı işlem benzeri (*Quasitreuhand*) işlemlere de rastlanmaktadır⁸⁰.

IV. İsviçre Hukuku'nda İnançlı İşlemler

İsviçre hukukunda inançlı işlemlere ilişkin hukuki belirsizliği gidermek için yapılan önerilerden biri, Alman hukuku uygulamasının İsviçre hukukunda da aynen kabul edilmesi iken⁸¹; bir diğeri de *Common Law* sistemine özgü *trust*⁸² kurumunun İsviçre hukukuna aktarılması olmuştur. Ancak, tahmin edileceği üzere, *trust* kurumunun tarihi gelişimi ve hukuki yapısı bakımından İsviçre hukukunda uygulanmasının mümkün olmadığı da öne sürülmüştür⁸³. Gerçekten, *trust* kurumundaki mülkiyet hakkının 'iktisadi-maddi' ve 'hukuki-şekli' biçimindeki ikileşmesi (*Duplizität*) yaklaşımı *Kıta Avrupası* hukuk sistemine yabancısıdır ve

⁸⁰ Schumacher, s. 13. *Treuhand*'ın etkisinin görüldüğü inançlı işlemler, bir inanç ilişkisinde taraflarca üzerinde anlaşılan inanç amacının devredilen hak üzerinde inanılanın sahip olduğu yetkilere getirdiği sınırlamanın üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesinin mümkün olduğu işlemlerdir. Ne var ki, BGB § 137 hak sahibinin hak üzerindeki tasarruf yetkisinin borçlandırıcı bir işlemlerle sınırlandırılmasını açıkça yasaklamaktadır. Dolayısıyla bu tür bir sınırlandırma ancak kanunla yaratılabilir ki bu da, doktrinde *kanunen düzenlenmiş Treuhand halleri (gesetzlich geregelte Treuhandfälle)* kavramının kullanılmasına yol açmıştır (Coing, s. 17). Vasiyeti yerine getirme görevlisi (BGB §§ 2197 vd.), art mirasçı atanması (BGB §§ 2100 vd.) ve vakıf kurma (BGB §§ 80 vd.), kanunla yaratılan inançlı işlem benzeri *Treuhand* hallerinin en önemli örnekleridir (Coing, s. 17 vd; Güvenç, s. 55-56).

⁸¹ Bkz. Özsunay, s. 247. Adı geçen yazar, burada şu esere atıf yapmaktadır: Stauffacher, s. 25.

⁸² *Trust* kurumu hk. ayrıntılı bilgi için bkz. §3 V.

⁸³ Bkz. Özsunay, s. 247. Adı geçen yazar 4'ncü dipnotunda şu eserlere atıf yapmaktadır: Wyler, SJZ (1935/36), s. 29; Wyler, ZS 56 (1937). *Trust* kurumunun iktibasına gerek olmadığı görüşüne katılan Peter da bu konuda şu ifadeleri kullanmıştır: “..İngiliz ve Amerikan hukukunun <trust> müessesesinin kıt'a hususi hukukuna ithali teşvik edilmiştir ancak hususi hukukumuzda mevcut temel kuralların, İngiliz <trust> hukukunun iktibasını önleyeceği haklı gerekçesiyle bu fikre itiraz edilmiş; bugünkü itimada dayanan hukuki münasebetlerin düzenlenmesinde, örneklerin başka tarihi hukuk düzenlerinde aranması gereği savunulmuştur”, Peter, s. 529. *Trust* kelimesinin Almanca *Treuhand*, Fransızca *fiducie* ve İtalyanca *fiducia* olarak ifade edildiğini belirten Huber, bu kurumların *Trust* ile farklılıklar içerdiğini kabul etse de *Trust* kurumuna benzer kurumların Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynı işlevi görebileceğini savunmuştur, Huber, E.: “Karşılaştırmalı Hukuk: İsviçre Hukuku'nda *Trust* ve *Treuhand* (Çeviri)”, çev. Eylem Apaydın, Küresel Bakış, 2012, C. 6, S. 2, s.1-3, s.1). Meyer bu fikre karşı çıkarak İsviçre Hukuku'nda *trust*'ın olmadığını söylemiştir (Meyer, H.H.: “Trusts and Swiss Law”, International and Comparative Law Quarterly, 1952, C.1, s. 378-381, s. 378-381). Karayalçın ise Kıta Avrupası'nda mevcut hukuki kurumların çağın inançlı işlemler konusundaki ihtiyaç ve beklentilerini karşılayamadığı oranda, *Common Law* sisteminde *trust* alanında benimsenen çözümlerden yararlanılabileceğini belirtmiştir (Karayalçın, Y.: “İngiliz Hukukunda ‘Trust’ Kavramı ve Avrupa Hukuku” (Ali Bozer’e Armağan), BTHAE, Türkiye İş Bankası Hukuk Fakültesi; Ankara 1998, s. 662).

İsviçre hukukunda, inançlı devir ile inanç konusu hakka yalnızca inanılanın sahip kılınması ilkesi (*tam hak devri ilkesi*) kabul edilmiştir⁸⁴.

Öte yandan, *Kıta Avrupası* hukuk sisteminde kullanılan inançlı işlemlerdeki uygulama sorunları *trust* kurumuna ilgi uyandırmış; *trust*'ın, başta İngiltere ve ABD olmak üzere, Avustralya, Yeni Zelanda ve Hindistan gibi *Common Law* hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde yoğun olarak uygulanması, *Kıta Avrupası* ülkelerinde de *trust*'ın benimsenmesini sağlamıştır⁸⁵.

İsviçre hukukunda *trust* kurumunun benimsenip benimsenemeyeceği konusunda yapılan önemli çalışmalardan biri olan “*Trusts in Switzerland*” isimli kitapta *Thèvenoz*, inançlı işlemlerin halihazırdaki durumunu inceleyerek ‘Trust’a Uygulanacak Hukuk ve Trust’ın Tanınmasına Dair Lahey Konvansiyonu’nun⁸⁶ kabulü için yapılması gereken değişiklikleri tespit etmiş ve öneriler sunmuştur⁸⁷. Bu çalışmadan sonra 2007 yılında Lahey Konvansiyonu’nun İsviçre’de onaylanarak yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu ülke hukukunda, inanılanın belirlediği mallarının yönetilebilmesi amacıyla *trust* kurulabilmesine imkân tanınmıştır⁸⁸. Buna rağmen İsviçre hukukunda hala özgün bir *trust* hukukunun mevcudiyetinden

⁸⁴ BGE 109 II 242. *Tam hak devri ilkesinin* kabulü için ayrıca bkz. Gautschi, G.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/4, Das Obligationenrecht: Der Einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1971, N. 6d; Kramer E.A./Schmidlin, B.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1, Das Obligationenrecht: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-18 OR), Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1986, N. 119; Gauch, P./Schluep, W.R./Schmid, J.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 2008, N. 1029; Jäggi, P./Gauch, P.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VIb, Art. 18 OR, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, N. 188 vd.

⁸⁵ Apaydın, E.: “Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler”, Legal Hukuk Dergisi, 2016, C.14, S. 160, s. 1791-1838, s. 1802.

⁸⁶ 1 Temmuz 1985 tarihli ‘Trust’a Uygulanacak Hukuk ve Trust’ın Tanınmasına Dair Lahey Konvansiyonu’, bu konvansiyonun kapsamına giren *trust* işlemlerinin geçerliliğinin taraf ülkelere tanınmasını amaçlamaktadır. 1.1.1992 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu konvansiyonun kapsamına, yalnızca yazılı şekilde yapılan iradi trust işlemleri girmektedir (md. 3). Konvansiyon metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59>, erişim tarihi: 2.7.2020.

⁸⁷ Thevenoz, L.: Trusts in Switzerland, Schulthess, Zurich 2001, s. 331.

⁸⁸ Apaydın, s. 1811.

bahsedilemeyecek olsa dahi⁸⁹, iç hukukun konvansiyonla uyumlu hale getirilmesi için *trust* alanında gerçekleştirilen gelişmeler, İsviçre hukukunda inançlı işlemler bakımından da önem teşkil eder⁹⁰.

§2. İnançlı İşlemin Tanımı ve Sınıflandırılması

I. İnançlı İşlemin Tanımı

Türk pozitif hukukunda inançlı işlemlerin hukuki sonuçlarını öngören ya da bunları yasaklayan herhangi bir düzenleme yoktur⁹¹. Bu tür işlemlerin yapılması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 26 hükmünde ifadesini bulan sözleşme özgürlüğü ilkesi nedeniyle, aynı Kanun'un md. 27 hükmünün çizdiği sınırlara riayet edilmesi şartıyla caizdir.

Türkiye’de çok sayıda Yargıtay kararına⁹² konu olan inançlı işlemler hakkında bir terminoloji birliği bulunmadığı gibi bunlar hakkında üzerinde uzlaşılmış olan bir tanım da yoktur. İnançlı işlemlerin en önemli özelliği, hakkı bu yolla devralana, taraflarca erişilmek istenen fiili ve ekonomik sonuçların ötesine geçen hukuki bir iktidarın sağlanmasıdır⁹³. Bir alacağın tahsili amacıyla bir kişiye temsil yetkisi vermek yerine, alacağın ona devredilmesi, izlenen nihai ekonomik amacı aşan bir

⁸⁹ A.g.e., s. 1813. Adı geçen yazar 92’nci dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: Niederer, C.: “Switzerland: Trust in the Law”, Legalweek, 2008, s. 1-4, erişim: <http://www.legalweek.com/legal-week/analysis/1156427/switzerland-Trust-law.>, erişim tarihi: 12.08.2018.

⁹⁰ Güvenç, s. 62.

⁹¹ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Yatırım fonları” başlıklı 52. maddesi, “Konut ve varlık finansmanı fonları” başlıklı 58. maddesi ve “Proje finansmanı, proje finansman fonu ve projeye dayalı menkul kıymet” başlıklı 61/B maddesi, söz konusu fonların inançlı mülkiyet esasına göre kurulduğunu ifade etmektedir. Ancak inançlı mülkiyet (*fiduziarisches Eigentum*) de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 683 hükmündeki mülkiyet hakkı olduğu için, anılan hükümlerin varlığı, inançlı işlemlerin Türk pozitif hukukunda düzenlendiğini söylemek için yeterli değildir.

⁹² Bkz. dn. 97 ve dn. 597’deki Yargıtay kararları.

⁹³ Fellmann, W.: Berner Kommentar, Band VI/2, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992; Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası’dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 364.

hukuki iktidar devrinin, uygulamada rastlanan tipik bir örneğidir. Bir başka örnek ise, bir alacağın ödenmesini aynı teminat altına almak üzere, sınırlı bir aynı hak olan rehin hakkına başvurmak yerine, alacaklıya, teminat konusu yapılacak eşya üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesidir⁹⁴.

İnançlı işlem ile inanılana kazandırılan hak, taraflar arasındaki *borç ilişkisi* ile nisbi bir kayıt (sınır) altına alınır⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde sınırlı aynı haklardaki *numerus clausus* ilkesi sebebiyle, inancılı işlemlerdeki içeriğe sahip bir aynı sınırlandırma (örneğin, mülkiyet hakkının bu içerikteki bir aynı hakla sınırlandırılması) mümkün olmadığından, inancılı olarak devredilen hak, inanana tanınan ve ihlâli halinde borca aykırılık hükümlerine tabi olacak bir alacak hakkıyla sınırlandırılır ve kuşkusuz, bu sınırlandırma da üçüncü kişilere karşı etkili değildir (yani nisbidir). Gerçekten inanılan, elde ettiği hakkı, tarafların aralarında kararlaştırdıkları bu sınırlamalara uygun biçimde kullanmayı ve amaç gerçekleşince veya inanç ilişkisi herhangi bir sebeple sona erince inanana iade etmeyi taahhüt eder. Geçirilen hakkın özü sınırlanmış değildir; getirilen sınırlama, inanılanın inanana karşı üzerine aldığı bazı borçlardan ibarettir⁹⁶. İnanılan inanç konusu üzerinde her istediğini yapmaya muktedir olmakla birlikte, sadece inanan karşısında -ve kendi taahhüdü temelinde- buna mezun değildir⁹⁷.

⁹⁴ A.g.e., s. 364.

⁹⁵ Zobl, D. / Thurnherr, C.: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht, Band IV, 2. Abteilung Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband Das Fahrnispfand 1. Unterteilband Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, s. 449-450.

⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 364.

⁹⁷ v. Tuhr: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen, 1924, §77, I.; Honsell, H. / Vogt, N. P. / Wiegand, W.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, (Art. 1-529 OR), 3. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2003, s. 176.

Öte yandan, inançlı işlemlerin doktrindeki tanımlarına bakıldığında⁹⁸, bunların hepsinde inançlı işlemin borçlandırıcı işlem niteliğindeki bir inanç anlaşması ile inançlı bir devirden meydana geldiğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu tezde, inançlı işlemler bakımından kabul edilen temel şablon da budur. Kanımca inançlı işlemler, inanan ile inanılan arasında yapılan ‘inanç anlaşması’ ve inananın bu anlaşmaya dayanan tasarruf işleminden (inanılana inanç konusunu devretmesi) meydana gelir. Bu şablon yalnızca *inanç konusunun inanan tarafından inanılana kazandırıldığı* (devredildiği, tesis edildiği) durumlar için geçerlidir; *inanç konusunun üçüncü kişiden iktisap edildiği* (üçüncü kişinin tasarrufuyla kazanıldığı) hallerde geçerli değildir. Aşağıda⁹⁹ örneklerini açıkladığım bu istisnai hallerde, üçüncü

⁹⁸ Tanımlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 363; Oğuzman, M. K. / Öz, T. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Eylül 2017, s. 141; Ögüz, T.: “İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi”, İKÜHFD, Aralık 2005, İstanbul, s. 119-133, s. 121.; Keller, s. 1; Wälli, P.: Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Verlag Schulthess & Co. AG., Zürich 1969, s. 11; Gerstle, s. 34; Aydıncık, Ş.: “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, İÜHFM, İstanbul 2006, C. LXIV, S.1, s. 131-194, s. 131.; Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 543 (Borçlar Özel); Tandoğan, H.: “İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK. md. 393’ten Yararlanma Olanakları”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977, s. 73 (İnananın Korunması); Oğuz (Roma Hukuku), s. 239.; Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 242; Özsunay, E.: “Saf İnançlı Muamelelerde Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977, s. 99-125 (Saf İnançlı Muameleler); Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 365 (Borçlar Genel); Oktay Özdemir, S.: “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, MHB, İstanbul 1999-2000, s. 657-683, s. 658.; Uygur, A.B.: “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, GÜHFD, Ankara 2006, C. X, S. 1-2, s. 171-195, s. 172-173.; Öztürk, G.: İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 21. Yargıtay ise inançlı işlemleri, “..inananın (itimat edenin) bir hakkını belirli bir süre veya amaçla inanılana (mutemede) geçirmeyi, inanılanın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hakkı tekrar inananı devretmeyi yüklediği sözleşmeler” olarak ifade etmekteyken (bkz. Yarg. 1. HD., 06.04.2004, E. 2004/933, K. 2004/3860, Yarg. 1. HD., 30.10.2000, E. 2000/2988, K. 2000/13223.; Yarg. HGK, E. 2011/13-14, K. 2011/189, T. 15.4.2011; Yarg. HGK, E. 2011/2-515, K. 2011/605, T. 12.10.2011; Yarg. 13. HD., E. 2014/39590, K. 2015/11888, T. 13.4.2015), daha yakın tarihli kararlarında bu tanımını aşağıdaki şekilde genişletmiştir: “İnançlı işlemde inanılan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inananı (veya onun gösterdiği üçüncü kişiye) devretmeyi yüklenmektedir. İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inananı belirli şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir”, bkz. Yarg. 14 HD., 28.11.2017, 2016/17872 E., 2017/8895 K.; Yarg. 14 HD., 21.11.2017, 2017/4217 E., 2017/8687 K. (erişim: kazancı içtihat bilgi bankası).

⁹⁹ İnanç konusu hakkın üçüncü kişinin tasarrufuyla kazanılması hakkındaki açıklamalar ve örnekler için aşağıda bkz. §6 III.

kişinin tasarruf işleminin dayandığı borçlandırııcı işlem, inanan ile inanılan arasında yapılan inanç anlaşması değil, farklı bir borçlandırııcı işlemdir.

İnançlı işlemin bugün neyi ifade ettiği, tek (ve fakat uzun) bir cümle ile tanıma başvurmak yerine -ve böylece, hukuki niteliğine ilişkin olarak ileride ayrı bir başlık altında açıklanacak olan özelliklerini de zikretmeye gerek duymaksızın-, aşağıdaki şekilde açıklanabilir:

(i) İnançlı işlemde, inanan kendisinin veya bir üçüncü kişinin menfaatinin korunması veya bir işinin görülmesi yahut da inanılana teminat sağlanması için¹⁰⁰, bir malvarlığı hakkını inanılana devretme veya devrini sağlama borcu altına girer. (ii) İnanılan ise inananın inançlı devir yoluyla elde ettiği veya üçüncü bir kişiden¹⁰¹ devraldığı hakkı, inanç anlaşmasına¹⁰² ve inananın talimatlarına uygun bir şekilde¹⁰³, tarafların belirlediği amaç çerçevesinde kullanmayı, yönetmeyi veya elinde bulundurmayı taahhüt eder¹⁰⁴. İnanılanın bir diğer borcu, kendisine inançlı olarak devredilen hakkı, tarafların ulaşmak istedikleri amacın hasıl olması veya inanç ilişkisinin herhangi bir şekilde sona ermesi¹⁰⁵ durumunda, inanan veya bir üçüncü kişiye¹⁰⁶ devretmektir¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Merz, H.: Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1975, s. 451 (Legalzession); Tandoğan (Borçlar Özel C.II), s. 543; Tandoğan (İnananın Korunması), s. 73; İnan, A. N. /Yücel, Ö.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler - TBK'ya Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014, s. 291; Eren (Borçlar Genel), s. 381; Ammann, s. 3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da inançlı işlemlere ilişkin yaptığı tanımında, bu unsurları kabul etmiştir, bkz. Yarg. HGK, 17.5.2000, E. 2000/2-888, K. 2000/885 (erişim: kazancı içtihat bilgi bankası).

¹⁰¹ Gerstle, s. 41; Keller, § 2 V 2. İnanç konusunun üçüncü kişinin tasarrufuyla kazanılması (*Erwerb des Treugutes vom Dritten*) hakkındaki açıklamalar için bkz. §6 III.

¹⁰² Kocayusufpaşaoğlu, s. 363; Kılıçoğlu, s. 242.

¹⁰³ Merz (Legalzession), s. 451; Tandoğan (Borçlar Özel, C. II), s. 543; İnan/Yücel: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, TBK'ya göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 291.

¹⁰⁴ Oğuzman/ Öz (Bo467rçlar Genel), s. 133; Eren (Borçlar Genel), s. 381

¹⁰⁵ Özsunay, s. 1.

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 133; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Eşya Hukuku), s. 413-414.

¹⁰⁷ Huguenin, C./Müller-Chen, M.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft 3. Auflage (CHK – Gehrler Cordey, C.

II. İnançlı İşlemlerin Sınıflandırılması

A. İşlemden Yarar Sağlayanların Menfaatleri ve Bu Menfaatler Arasındaki İlişki Bakımından Yapılan Ayrım

İnançlı işlemde yararlananların menfaatleri ve hukuki konumları arasında nasıl bir ilişki olduğuna göre Alman hukukunda yapılan bu sınıflandırma¹⁰⁸, İsviçre doktrininde de benimsenmiştir¹⁰⁹.

İnançlı işlemlerde inanç konusundan yararlanan yalnızca bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kişi de olabilir. Bu ölçüt çerçevesinde, yararlananların birden fazla olması ve bu kişilerin de farklı hukuki konumlarda bulunmaları olasılığından yola çıkılarak, *tek taraflı* ve *çok taraflı* inançlı işlemler şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır¹¹⁰. İnançlı işlemde yararlanan kişiler arasında herhangi bir menfaat çatışması yaratabilecek hukuki ilişki bulunmuyorsa, *tek taraflı*; farklılaşan hukuki konum ve menfaatler söz konusuysa, *çok taraflı* inançlı işlemlerin varlığından söz edilmektedir¹¹¹. Bir başka anlatımla, inanılan, her zaman bir kişi veya menfaatleri aynı istikamete yönelmiş birden fazla yararlanan için değil; menfaatleri az çok birbirinden farklı, hatta birbirine karşıt olan bir yararlanan grubu için de inanç konusunu elinde bulunduruyor olabilir¹¹². Mesela, ipotekli borç senedi ve irat

/ Giger, G.), Schulthess, Basel, 2016, Art 394, s. 452; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 18, s. 176; Fellmann (Berner Kommentar), s. 91.

¹⁰⁸ Siebert, s. 101 vd.

¹⁰⁹ Ammann, s. 10.

¹¹⁰ Siebert, s. 101 vd; Ammann, s. 10, Wälli, s. 20. Söz konusu ayrım inançlı işlemde menfaatin kime ait olduğuna göre değil ve fakat menfaat sahipleri arasında nasıl bir ilişki bulunduğuna göre yapıldığından, ayrımın *tek-çok taraflı inançlı işlemler* yerine *tek-çok yönlü inançlı işlemler* şeklinde yapılması gerektiği yönünde eleştiri için bkz. Güvenç, s. 71.

¹¹¹ Doktrinde inançlı işlemlerin, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasındaki menfaate göre üçlü bir ayrıma tabi tutulduğu da görülmektedir: Terminat Amaçlı Treuhand (*die Sicherungstreuhand*), Yönetim Amaçlı Treuhand (*die Verwaltungstreuhand*) ve İki Taraflı Treuhand (*die doppelseitige Treuhand*), bkz. Schulte – Bunert, K.: “Das Vertragsstatut der Treuhand im Internationalen Privatrecht”, Peter Lang, Häftad, Tyska 2005, s. 43 vd.

¹¹² Schless, s. 59 vd.

senetlerinde alacaklının, borçlunun ve malikin menfaatlerini korumak, tebligatı ve ödemeleri kabul etmek, ödemede bulunmak ve teminatı elinde bulundurmak amacıyla tayin edilen bir vekil, *çok taraflı bir inançlı işlemdeki inanılan* konumundadır¹¹³.

B. Dış İlişki Bakımından Yapılan Ayrım

İnançlı işlemlerde, tarafların inanç anlaşmasıyla kendi aralarında kurduğu ilişki *iç ilişki*, üçüncü kişiler ile taraflar arasındaki ilişki ise *dış ilişki* olarak adlandırılır.

Taraflar iç ilişkide yapmış oldukları inanç anlaşmasını birtakım nedenlerle üçüncü kişilere karşı gizlemek isteyebilirler. Doktrinde ‘gizlilik’ ölçüt olarak kabul edildiğinde, iç ilişkinin üçüncü kişilerce bilinip bilinmemesine göre yapılan bir ayrıma göre; taraflar arasındaki iç ilişki, herhangi bir şekilde üçüncü kişiler tarafından bilinmekte ise *açık inançlı işlemlerden*; buna karşılık iç ilişki üçüncü kişilerce bilinmiyorsa *örtülü inançlı işlemlerden* bahsedilir¹¹⁴. Taraflar arasındaki ilişkinin üçüncü kişilerce bilinip bilinmemesine göre, inançlı işlemlerin açık ve örtülü olarak kategorilere ayrılmasına ilişkin Alman doktrini, İsviçre’de de kendisine taraftar bulmuştur¹¹⁵.

¹¹³ Özsunay, s. 40.

¹¹⁴ Ammann, s. 10; Wälli, s. 20 vd.; Gerstle, s. 18 vd.; Schless, s. 59 vd.

¹¹⁵ İsviçre Hukukunda bu ayrımı benimseyen görüş için bkz. Gerstle, s. 18 vd. Bu ayrımı genişleten yazar, inançlı işlemleri, ‘açık inançlı işlemler’ (*offene Treuhandtschaft*), ‘örtülü inançlı işlemler’ (*verdeckte Treuhandtschaft*) ve ‘üçüncü kişi lehine inançlı işlemler’ (*Treuhand zugunsten Dritter*) olmak üzere üç kategoriye ayırmaktadır.

C. İşlemle Ulaşılmak İstenen Amaç Bakımından Yapılan Ayrım¹¹⁶

Doktrinde en fazla kabul gören sınıflandırma olan saf inançlı işlemler (*reine fiduziarische Rechtsgeschäfte*) ve karma inançlı işlemler (*gemischte fiduziarische Rechtsgeschäfte*) ayrımı¹¹⁷ amaç ölçütüne dayanır. Roma hukukunun *fiducia cum amico* ve *fiducia cum creditore* kurumlarına kadar gitmekle birlikte Cermen hukukunun *Treuhand* kurumunun da etkisi altında gelişmiş olan bu sınıflandırmada yapılan adlandırmanın tarafların amaçlarını yeterli olarak yansıtmadığı düşüncesiyle, *yönetim amacıyla yapılan inançlı işlemler (Verwaltungstreuhand)* ve *teminat amacıyla yapılan inançlı işlemler (Sicherungstreuhand)* terimlerini tercih edenler de vardır¹¹⁸. Keza, ayrımın *gerçek (echt)*¹¹⁹ ve *gerçek olmayan (unecht)* inançlı işlemler şeklinde adlandırılması da önerilmiş¹²⁰ ise de bu öneri, gerçek olmayan inançlı işlemlerin esasen inançlı işlem niteliğinde olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²¹. Nihayet, amaç ölçütü esas alınarak yapılan ayrım için kullanılan bir diğer adlandırma, *inanmanın menfaati için* ve *(kısmen ya da tamamen) inanılanın menfaati için* yapılan inançlı işlem kavramlarını esas alır¹²².

¹¹⁶ İnançlı işlemlerin yapılış amaçlarına ve bunlarda kimin menfaatinin ön planda tutulduğuna yönelik yapılan ayrım iki farklı tür inançlı işlemde bahsetmektedir: Saf inançlı işlemler ve karma inançlı işlemler, Zobl/Thurnherr, s. 448; Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 120.

¹¹⁷ Bu ayrımı kabul eden belli başlı yazarlar: Schultze, s. 2; Keller, s. 46 vd.; Gerstle, s. 10; Ammann, s. 9-10; Wälli, s. 19 vd.; Schless, s. 56-57; Kocayusufoğlu, s. 366; Özsunay, s. 44-45; Esener, T.: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1956, s. 146 (Muvazaalı Muameleler); Eren, s. 366; Altaş/Kurt, s. 7-9.

¹¹⁸ Ammann, s. 9 vd.; Gubler, F. T.: Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht, Aarau, Verlag H. R. Sauerländer, 1940, s. 132; Schulte-Bunert, s. 43 vd.

¹¹⁹ Yönetim amacıyla yapılan inançlı işlemler için doktrinde gerçek (*echte*) terimi yerine, saf (*reine*) veya inanmanın lehine (*uneigennützig*) gibi başka terimler de kullanılmaktadır, bkz. Zobl/Thurnherr, s. 448.

¹²⁰ Schöny, A.: Treuhandgeschäfte, Freiburg 1908, s. 38 vd.

¹²¹ Schless, s. 56 vd.

¹²² Siebert, s. 101; Emmerich, H.: Die Sanierung, I. Teil (Mannheim-Berlin-Leipzig) 1930, s. 154 vd.; Rumpf, M.: "Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte", Archiv für die civilistische Praxis, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Y. 1921, C. 119, S. 1, s.133 vd.

Modern hukuktaki en önemli ayrım amaç ölçütüne göre yapılan ayrımdır. Bu ayrımda *inananın menfaati için yapılan inançlı işlem* ve (*kısmen veya tamamen*) *inanılanın menfaati için yapılan inançlı işlem* şeklindeki adlandırmadan birincisi *saf inançlı işlemleri*, ikincisi ise *karma inançlı işlemleri* işaret etmektedir¹²³.

Bu tezde esas alınan ayrım da, saf ve karma inançlı işlemler ayrımıdır.

1. Saf İnançlı İşlemler

Bu tezin konusunu oluşturan ve uygulamadaki görünümleri ileride (ikinci bölümde) açıklanıp, tartışılacak olan *saf inançlı işlemlerde*¹²⁴, inanılan, inanç konusu üzerindeki hakka, inananın bizzat kendisinin veya onun belirlediği bir üçüncü kişinin (yararlanan) yararına olmak üzere sahip kılınır¹²⁵. İnanılan elinde bulundurduğu inanç konusunu ya doğrudan doğruya inananın ya da yararlananın emir ve talimatlarına uygun olarak kullanır¹²⁶. İşleme saflık niteliğini kazandıran, inanılanın başkasının menfaati için hareket etmesi, inananın ya da onun belirlediği bir üçüncü kişinin menfaatinin ön planda tutulması, böylece işlemin amacı kapsamına giren menfaatin birden çok kişiye bölünmeksizin tek bir kişiye ait olmasıdır.

Saf inançlı işlemler esas olarak yönetim amacıyla gerçekleştirilir. İnanılan inanç konusunu, taraflar arasındaki inanç anlaşmasına uygun şekilde muhafaza etmek, yönetmek ve inanç ilişkisi bittiğinde, inananı geri devretmekle yükümlüdür. İnanılan

¹²³ Özsunay, s. 44-45. “Menfaat” ölçütünden hareket ederek, inananın lehine yapılan inançlı işlemleri *Verwaltungstreuhand*; inanılanın lehine olanları ise *Sicherungstreuhand* şeklinde ifade eden görüş için ayrıca bkz. Schwenzer, I.: Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Sechste, überarbeitete Auflage, Stampfli Verlag AG, Bern 2012, s. 230, § 30.10.

¹²⁴ ‘Saf inançlı işlemler’ yerine ‘Olağan inançlı işlemler’ kullanımı için bkz. Oğuz (Roma Hukuku), s. 241 vd.

¹²⁵ Zobl/Thurnherr, s. 448.

¹²⁶ Keller, s. 47 vd.; Özsunay, s. 45.; Oğuz (Roma Hukuku), s. 241; Merz (Legalzession), s. 451; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 543; İnan/Yücel, s. 291.

inanç konusunu yönetirken, onu yönetimin gerektirdiği amaçlar için kullanabilir ve onun üzerinde tasarruf edebilir. Böylece, inanılan, inanç konusunu tahsil etme, saklama, koruma, üçüncü bir kişiye devretme, paraya çevirme vb. hususlarda yetkili kılınabilir¹²⁷.

2. Karma İnançlı İşlemler

Karma inançlı işlemler, çoğunlukla, inanılanın alacağına teminat oluşturmak için kurulur. Bu işlemlerde inanılan inanç konusu üzerindeki hakka, doğrudan doğruya kendi yararına olacak şekilde sahip kılınır¹²⁸.

Bu işlemde, inanılanın alacak hakkı, inananın malvarlığında bulunan bir hakkın inanılana devri suretiyle teminat altına alınmaktadır. İnanılan, kendi alacağını elde edememe riskine karşı, inanç konusu olan eşyanın maliki veya inananın başkasından olan alacağının alacaklısı ya da inananın ait diğer bir malvarlığı hakkının sahibi kılınmaktadır. Bu inançlı işlem türünün doğrudan doğruya inanılan yararına yapılması ve inanılanın, inanç konusu üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, inanan ve inanılan arasındaki akdi borç ilişkisiyle sınırlandırılır. Örneğin, inananın bir alacağının inanılana olan bir borcuna teminat teşkil etmek üzere inançlı olarak inanılana devredilmesi halinde, inanılan, teminat alacağı üzerinde tasarruf ederken teminat veren inananın menfaatlerini de gözetmek zorundadır¹²⁹. Özellikle de teminat alacağının paraya çevrilmesi halinde, elde edilen meblağın, teminat altına alınan ana alaktan fazla olan kısmı üzerinde inanılanın artık başkası yararına inanılan (*uneigennütziger Fiduziar*) sıfatıyla hareket etmesi gerekir¹³⁰. Teminat altına

¹²⁷ Ammann, s. 9-10; Güvenç, s. 68.

¹²⁸ Keller, s. 48-49; Wälli, s. 19; Ammann, s. 10.

¹²⁹ Özsunay, s. 56-57.

¹³⁰ Bergmaier, s. 31-32; Siebert, s. 100.

alınan alacağın inanan tarafından ödenmesi halinde ise artık inanılan inanç konusunu kendi yararına elinde bulundurma durumundan çıkar ve inanç konusu alacağı inanana devredene kadar inanan yararına idare ve muhafaza etmek zorunda kalır¹³¹. Bu işlemlerin karma inançlı işlemler olarak nitelendirilmesinin nedeni de teminat altına alınan alacak henüz inanan tarafından ödenmeden önce inanılanın menfaati ön plandayken, alacak ödendikten sonra inananın menfaatinin öne çıkmasıdır (yani işlemde her iki tarafın da menfaatinin mevcut olmasıdır)¹³².

Taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin teminat sağlamak amacıyla devredilmesi, alacaklı olan inanılanı diğer teminat türlerinde olduğundan daha güçlü bir konuma getirmektedir¹³³. Örneğin rehin alacağa bağlı (feri) bir hak iken, inançlı mülkiyet bağımsız bir haktır; inançlı mülkiyette inanılan alacağını bir üçüncü kişiye devrederse, rehindekine aksine inançlı mülkiyet üçüncü kişiye geçmez. Ancak bu farklılıklar, karma inançlı işlemlere, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde, taşınır ve taşınmaz rehni hükümlerinin (vekâlet sözleşmesi hükümleriyle birlikte) kıyasen uygulanacağını kabul edilmesine engel değildir¹³⁴.

Nihayet, saf inançlı işlemlerde, inanan, inanılana inanç anlaşması çerçevesinde emir ve talimat verme (nisbi) hakkına sahip olduğu halde; karma inançlı işlemlerde inananın böyle bir hakkı yoktur¹³⁵.

¹³¹ Schless, s. 58; Bergmaier, §3 II.

¹³² Keller, s. 49.

¹³³ ; Altaş/Kurt, s. 8; Özsunay, s. 75. Adı geçen yazar 156'ncı dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: Oftinger, Systematischer Teil. N. 239; Aeby, ZSR. 31, s. 184.

¹³⁴ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 545-546; Özsunay (Saf İnançlı Muameleler), s. 117.

¹³⁵ Keller, §3 I 2.

§3. İnançlı İşlemin Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

I. Temsil

A. Doğrudan Doğruya Temsil

Kural olarak, bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, ancak o hukuki işlemi yapan kişinin hukuki sahasında meydana gelir. Hukuki işlemde doğan hak ve borçlar yine bu kişinin şahsında doğar. Ancak, hukuki işlemlerin temsil yoluyla yapılabilmesi de mümkündür. Eğer temsilcinin işlemi, kendisinin hukuki sahasına uğramaksızın, doğrudan doğruya temsil olunan kişinin hukuki sahasında hüküm ve sonuç (hak ve borçlar) doğuruyorsa, *doğrudan doğruya temsil*; ilk önce temsilcinin hukuki sahasında doğup, sonradan temsil olunana devrediliyorsa *dolaylı temsil* söz konusu olur¹³⁶.

TBK md. 40 vd. ve OR Art. 32 vd. hükümleri ile düzenlenmiş olan doğrudan doğruya temsilde (*unmittelbare, direkte, offene, echte Stellvertretung*), temsil olunan tarafından temsilciye tek taraflı işlemle ‘temsil yetkisi’ verilir. Bu temsil yetkisi sayesinde, temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmenin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunan ile üçüncü kişi arasında doğar. Doğrudan doğruya temsilde durum bu iken, saf inancılı işlemlerde, inanılan, inanç konusu hakkı devraldıktan sonra, bununla ilgili işlemleri o hakkın sahibi sıfatıyla, kendi adına yapar ve inanandan temsil yetkisi almasına da gerek kalmaz.

¹³⁶ “Dolaylı temsili, temsil kurumunun bir alt türü olarak ele alan”, “dolaylı ve doğrudan temsil ayrımını kabul etmeyen; ancak temsil kavramına her ikisini de kapsayacak şekilde anlam veren” ve “dolaylı temsili temsilden (doğrudan temsil) ayrı bir kurum olarak inceleyen” şeklindeki üç farklı görüş ve bu görüşleri savunan yazarların verdikleri farklı tanımlar için bkz. Yavuz, C.: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s. 16 vd (Dolaylı Temsil).

B. Dolaylı Temsil ve Dolaylı Temsili İçeren Vekâlet İlişkileri

İnançlı işlem, doktrinde, dolaylı temsil ile de karşılaştırılmaktadır. Esasen, dolaylı temsil başlı başına bir işlem (sözleşme) türü teşkil etmez. Bu nedenle, doktrinde bu konuda yapılan karşılaştırmaların, saf inancılı işlem ile, TBK’da dolaylı temsili içeren türleri bakımından özel hükümlere tabi olan vekâlet ilişkileri arasındaki farklılık ve/veya ilişki hakkında yapılan bir izahat şeklinde değerlendirilmesi yerinde olur¹³⁷. Söz konusu karşılaştırma, özellikle TBK md. 509 hükmünün saf inancılı işlemlerde uygulanma yeteneğine sahip olup olmayacağı sorusu bakımından önem taşır.

Dolaylı temsil ve inancılı işlem karşılaştırması ve/veya ilişkisine ayrıntılı olarak girmeden önce, dolaylı temsil hakkında aşağıdaki hatırlatmaları yapmak yararlı olacaktır.

Dolaylı temsili, temsil müessesesinin bir alt türü olarak ele alan yazarlar¹³⁸ olduğu gibi; dolaylı – doğrudan temsil ayrımını kabul etmeyen, temsil kavramına her ikisini de kapsayacak şekilde anlam veren yazarlar¹³⁹ da mevcuttur. Öte yandan, dolaylı temsili, temsilden tamamen ayrı bir müessese olarak inceleyen yazarlar da vardır¹⁴⁰.

¹³⁷ İnançlı işlemlerle dolaylı temsil arasında bir karşılaştırma yapmanın gerçekçi olmadığı; zira inancılı işlem bir hukuki işlem iken, dolaylı temsilin, amaçlanan hukuki sonuca ulaşabilmek için başvuru bir araç olduğu yönünde bkz. Güvenç, s. 111. Adı geçen yazar 130’uncu dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: Gremmels, H.: Treuhand und Mittelbare Stellvertretung, Düsseldorf, Diss. Verlag, 1936, s. 1.

¹³⁸ v. Tuhr, s. 334; Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 16-17. Adı geçen yazar 4’ncü ve 5’nci dipnotlarda şu eserlere atıf yapmaktadır: Oser, H./Schönenberger, W.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, 2. Auflage, 1. Halbband, Zurich, 1929; 2. Halbband, Zurich, 1936, m. 32-40, n. 4; Becker, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung, Bern, 1934, m. 32-40, n. 4.

¹³⁹ Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 19-20. Adı geçen yazar, 18, 19, 21 ve 22’nci dipnotlarda şu eserlere atıf yapmaktadır: Starck, s. 157; Lerebours-Pigeonnière, Paul, Du prête-nom mandataire ou gérant d’affaires agissant en nom propre, th. Paris 1898, s. 17; Schlossmann, S.; Die Lehre von Stellvertretung, c. 2, Leipzig, 1902, s. 296 vd.; Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung entwickelt der Interessenlage, Berlin, 1905, s. 39 vd.

¹⁴⁰ Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 21. Adı geçen yazar 25 ve 26’nci dipnotlarda şu eserlere atıf yapmaktadır: Droin, s. 56; Gausch, P./Schluep, Walter R./ Tercier, Pierre; Partie générale du Droit des

Dolaylı temsilde (*mittelbare, indirekte veya verdeckte Stellvertretung*) hukuki işlemin tarafı, kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket eden temsilcidir. TBK'nın tanıdığı anlamda temsil kavramından (doğrudan temsil) farklılaşan dolaylı temsil, doktrinde gerçek olmayan temsil (*unechte Stellvertretung*) olarak da isimlendirilir¹⁴¹. Zira, dolaylı temsilci, temsil olunan adına işlem yapmak ve temsil olunanı yaptığı borç ilişkisinin tarafı durumuna getirmek imkân ve kudretine sahip değildir¹⁴². Dolaylı temsilci temsil olunan adına değil, bizzat kendi adına hareket ettiğinden, hukuki ilişki üçüncü kişi ile dolaylı temsilci arasında kurulur. Bunun doğal sonucu olarak bu ilişkiden doğan hak ve borçlar da dolaylı temsilciye ait olur. Dolaylı temsilci daha sonra, temsil olunan ile aralarındaki temel (iç) ilişki uyarınca, elde ettiği hakları temsil olunana devretmekle yükümlüdür. Hukuki işlemde doğan borçların dolaylı temsil olunana intikali ise TBK 196 vd. hükümlerine tabidir.

Türk Borçlar Kanunu vekâlet ve temsil kurumlarını bir tutmamış olduğu gibi; doğrudan temsili md. 40 vd. hükümlerinde açıkça düzenlemiş, dolaylı temsile ise genel hükümlerinde yer vermemiştir. Bir kurum olarak dolaylı temsil ile kendisine bağlanan hukuki sonuçlar, çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümlerde yer almaktadır. Yukarıda andığımız ve ileride özel olarak incelenecek olan¹⁴³ TBK md. 509 (BK md. 393) hükmü de bu hükümlerden biridir¹⁴⁴.

obligations, t. 1, Zurich, 1980; t. 2, Zurich, 1979, n. 815; Flattet, s. 201 vd.

¹⁴¹ Schwenger, s. 308, § 40.04.

¹⁴² Kocayusufpaşaoğlu, s. 630.

¹⁴³ Bkz. §8 II B.

¹⁴⁴ Belirtilen hükme ek olarak, TBK md. 40/III hükmünün de dolaylı temsile değindiği, bu nedenle Türk hukukunun dolaylı temsile tamamen yabancı olmadığı görüşü için bkz. Eren (Borçlar Hukuku), s. 430. Doktrinde, dolaylı temsilin uygulanması niteliğindeki hükümlere verilen bazı örnekler şu şekildedir: TBK md. 40 f. 3 (BK md. 32 f. 3), TBK md. 509 (BK md. 393), TBK md. 637 (BK md. 533), vekâletsiz iş görme – TBK md. 526 (BK md. 410 vd.), komisyon sözleşmesi – TBK md. 532 (BK md. 416 vd.), adi ortaklık sözleşmesi – TBK md. 620 vd. (BK md. 520 vd.), başkası hesabına poliçe keşide edilmesi (TK md. 585.) ve diğer hükümler, bkz. Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 124 vd. Bununla birlikte yazar, yukarıda sözü geçen kanun hükümleriyle bazı hukuki işlemlerde dolaylı temsilin kurum olarak yer aldığını belirlerken, yalnızca dolaylı temsilin hukukumuzda benimsenmiş

Dolaylı temsili içeren vekâlet sözleşmesi ile inançlı işlem şu açıdan birbirine benzer:

Yapılan hukuki işlem sonucunda haklar ve borçlar, ilk önce, dolaylı temsilcide (dolaylı temsil) ve inanılarda (inançlı işlem) doğar¹⁴⁵; daha sonra temsil olunana veya inanana devredilir. Özellikle saf inançlı işlemlerde, inanılan, yönetim faaliyeti sırasında başvuracağı hukuki işlemleri inanan hesabına yapmak durumundadır. Bir başka ifadeyle, saf inançlı işlemlerde, belirli bir işin görülmesi ve/veya yönetim amacının ön plana çıkması, bu tip işlemleri vekâlet sözleşmesine yakınlaştırırken dolaylı temsile de yol açmaktadır. Diğer bir deyişle, dolaylı temsil, saf inançlı işlemlerde, inanılanın yönetim faaliyetinde kendini gösterir. Saf inançlı işlemlerde inanç konusunun üçüncü kişilerden elde edildiği durumlarda iki kurum arasındaki benzerlik daha da belirginleşmekte; iki kurumu birbirinden ayırmak güçleşmektedir. Gerçekten, anılan durumlarda, yönetim faaliyetinin yanı sıra, inanılanın inanç konusunu üçüncü bir kişiden kendi adına ancak inanan hesabına elde etmesi, inanılanın dolaylı temsilciden farkını iyice belirsiz hale getirmektedir¹⁴⁶.

Dolaylı temsilde, dolaylı temsilciyle temsil edilen arasında temel ilişkiyi kuran hukuki işlemin (sözleşmenin) yanısıra, ayrıca bir de “dolaylı temsil yetkisi” verildiğinden bahsetmek isabetsizdir; eğer böyle, teknik anlamda kullanılmayan bir “yetki”den mutlaka söz etmek gerekiyorsa, bu zaten, doğrudan doğruya temel ilişkide içkindir¹⁴⁷. Gerçekten, dolaylı temsilcinin dolaylı temsil “yetki”sinin kaynağı, ayrı

bir pozitif hukuk müessesesi olma özelliğini ortaya çıkarma amacı güttüğünü belirtmekte ve bir hukuki işlemin dolaylı temsilde temel ilişkiyi teşkil edebilmesi için mutlaka bir kanun hükmüyle o hukuki işleme bu niteliğin verilmiş olmasının gerekli olmadığını da ifade etmektedir, a.g.e., s. 140-141.

¹⁴⁵ Ammann, s. 73; Wälli, s. 37.

¹⁴⁶ Keller, s. 21. İnanılanın, kendi adına inanan hesabına üçüncü kişiden bir hak iktisap etmek suretiyle dolaylı temsilci olarak hareket ettiğine ilişkin bkz. Yarg. 14. H.D., E. 1985/5103, K. 1986/1412, T. 4.3.1986 (erişim: kazancı içtihat bilgi bankası).

¹⁴⁷ Gauch/Schluep/Schmid, N. 1428; Merz (Legalzession), s. 458-459.

bir yetki verme işlemi değil, temel ilişkinin bizzat kendisidir ve bu temel ilişki çoğunlukla vekâlet sözleşmesi olarak karşımıza çıkar¹⁴⁸.

İnançlı işlem ve dolaylı temsil arasındaki farklılık ve/veya ilişki konusuna olumsuz yaklaşan görüşler ile bu görüşlerin değerlendirilmesine gelince:

Öğretide bir görüşe göre, aktif olarak faaliyette bulunmaya (*Handeln*) dayanan dolaylı temsilcilik kurumu karşısında inançlı işlemler, hakkı elinde bulundurma (*Innehaben*) esasına dayanmaktadır¹⁴⁹. Buna göre, dolaylı temsilde başkası hesabına hareket etme, inançlı işlemde ise başkası menfaatine hakları elinde bulundurma söz konusudur¹⁵⁰. Bu görüş, iki kurumu birbirinden ayırmak için yeterli olmadığı gibi saf inançlı işlemlerin çoğunluğu bakımından doğru da değildir. Saf inançlı işlemlerde inanılanın asli edim yükümlülüğü, inanç konusu malvarlığı unsurunun yönetilmesi için gerekli faaliyetlerde bulunmaktır. Dolayısıyla taraflar, inanılanın söz konusu malvarlığı unsuru üzerinde hak sahibi kılınması konusunda anlaşır; aynı zamanda inanılanın hak sahibi kılındığı bu malvarlığı unsurunun inananın menfaatine

¹⁴⁸ Kocayusufoğlu, s. 631. Doğrudan doğruya temsilde olduğu gibi dolaylı temsilcinin de temel ilişki dışında ayrıca tek taraflı ve bağımsız bir hukuki işlemle yetkilendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 23 vd. Yazar burada ayrıca, dolaylı temsil yetkisinin, hiçbir temel ilişkiye dayanmadan da verilebileceğini belirtmektedir. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Kocayusufoğlu, s. 631-632 (dn 46). Dolaylı temsilin ayrı bir yetkilendirmeye dayanmadığı ve yalnızca doğrudan temsil yetkisinin bulunmadığını tespit etmeye yaradığı görüşü için ise bkz. Bucher, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 1988, s. 598.

¹⁴⁹ Wälli, s. 41. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Droin, J.: “Acte Fiduciaire et Représentation Indirecte”, SJZ, S. 55, Zurich, 1959, s. 139.

¹⁵⁰ A.g.e., s. 41. Droin’in yaptığı bu ayırmadan çıkardığı bir başka sonuç ise inanç konusu şeylerin inanılanın eline geçmediği sürece inançlı işlemin mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği; öte yandan dolaylı temsilcinin henüz temsil olunandan herhangi bir şey almadan yalnızca temel ilişkinin (vekâletin) kabulü ile dolaylı temsilci sıfatını kazanacağı şeklindedir. Tandoğan, Droin’in bu görüşünün yalnızca üçüncü kişilerin yapacağı kazandırıcı işlemle inanılanın inanç konusunu elde edemeyeceği yönündeki kabul ile açıklanabileceğini; oysa hâkim görüşün inanılanın üçüncü kişiden de inanç konusu hakkı veya şeyi elde edebileceği yönünde olduğunu belirterek, Droin’in görüşünü eleştirmiştir, bkz. Tandoğan (İnananın Korunması), s. 90. Bu konuda Tandoğan’ın görüşüne katılmaktayım; zira kazandırmanın üçüncü kişinin malvarlığından yapıldığı ihtimallerde, inanılanın inanç konusunu üçüncü kişiden devralmasına ilişkin dolaylı temsil yetkisi inanç anlaşmasının kurulmasıyla birlikte kendiliğinden doğar.

yönetilmesi hususunda da uzlaşırlar. Özetle, inanılanın, inanç konusu hakları gerektiğinde inananın menfaatine hareket etmek için de elinde tutabilmesi mümkün olduğundan, dolaylı temsil ile inançlı işlem arasındaki farklılığın böyle bir ölçüte dayandırılması isabetli değildir¹⁵¹.

Bu görüşe göre bir diğer farklılık ise, dolaylı temsilin temsil olunanın sonradan icazet verdiği bir vekâletsiz iş görmeden doğabilecek olmasına karşılık, inançlı işlemin, doğası gereği, vekâletsiz iş görmeden doğmasının mümkün olmadığıdır¹⁵². Kanımca, bu da dolaylı temsili içeren vekâlet sözleşmelerini inançlı işlemlerden kesin olarak ayırdetmeye yarayacak (ve bu arada TBK md. 509'un inançlı işlemlere de en azından kıyasen uygulanabilmesine engel olacak) bir kriter değildir. Yazarın bu tespiti, yalnızca iki kurum arasındaki bir farkı ortaya koymaktadır. Yoksa bu kriter, tek başına, iki işlemin birbirinden tamamen yabancı olduğunu ve dolayısıyla TBK md. 509'un inançlı işlemlere kıyasen dahi uygulanamayacağını ortaya koymaya yarayan bir kriter değildir. Gerçekten, bir inançlı işlem (vekaletsiz iş görmeden doğmamış olsa dahi), doğası gereği, dolaylı temsil unsurunu içinde barındırabilir.

Diğer bir görüş, inanılanın inanç konusu üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olduğunu ve yönetim faaliyetlerini bu hakkın sahibi sıfatı ile gerçekleştirdiğini; oysa dolaylı temsilci konumundaki vekilin, vekâletin ifasını gerçekleştirirken iktisap ettiği şeyde kendisine ait hakka değil, temsil kudretine dayanarak tasarruf ettiğini, dolayısıyla sadece zilyet sıfatını taşıdığını ileri sürmektedir¹⁵³. Yani, bu görüşe göre, inanılan “hak-taşıyıcısı” (*Rechtsträger*) iken, dolaylı temsilci “yetki-taşıyıcısı”dır

¹⁵¹ Wälli, s. 41.

¹⁵² Tandoğan (İnananın Korunması), s. 86. Wälli, s. 41. Adı geçen yazar şu esere de atıf yapmaktadır: Droin, s. 138-139.

¹⁵³ Keller, s. 21 vd.; Gubler, s. 262a.

(*Vollmachtträger*). Bu görüş, özellikle taşınmazlar bakımından yetersiz kalması gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁴. Zira bu görüşe göre, dolaylı temsilci sıfatı taşıyan vekil, üçüncü kişiden temsil olunan hesabına taşınmaz elde ederken, tapu kütüğündeki tescil ilk önce dolaylı temsilcinin adına gerçekleştirilmek zorunda olduğu için, artık tapu sicilinde açıkça malik olarak görünen dolaylı temsilcinin bir *yetki taşıyıcısı* olduğundan bahsetmek mümkün değildir. İnanılanın hak taşıyıcısı, dolaylı temsilcinin ise yalnızca yetki taşıyıcısı olduğu görüşü, pozitif hukukta hiçbir temele dayandırılmaz, bu kavramlar Türk hukukuna yabancıdır¹⁵⁵.

Üçüncü bir görüş ise inançlı işlemlerin “uzun süreli”, dolaylı temsili gerektiren vekâletin ise “geçici” nitelik taşıdığı kabulüne dayanmaktadır¹⁵⁶. Buna göre inançlı işlemlerde inanç konusu uzun süreli olarak inananda; dolaylı temsilde dolaylı temsilcinin temsil olunan hesabına elde ettiği şey ise geçici olarak temsilde kalmaktadır¹⁵⁷. Bu ayrım, uzun süreli dolaylı temsil halleri olduğu gibi kısa süreli inançlı işlemler¹⁵⁸ de bulunduğu gerekçesiyle, haklı olarak eleştirilmiştir¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Tandoğan (İnananın Korunması), s. 86.; Wälli, s. 37. Bu görüşe karşı Merz de dolaylı temsilcinin üçüncü kişi ile yapacağı hukuki işlemlerde ayrıca herhangi bir yetkiye ihtiyacı olmadığını, dolaylı temsil yetkisinin temel ilişkiden doğduğunu, vekâlet ile temsil yetkisinin birbirinden açıkça ayırılması gerektiğinin gözden kaçırıldığını hem dolaylı temsilcinin hem de inanılanın hak taşıyıcısı olduğunu belirtmiştir, bkz. Merz (Legalzession), s. 453.

¹⁵⁵ Bahsedilen görüşü, Tandoğan da şu şekilde eleştirmektedir: “*Dolaylı temsilcinin herhangi bir yetkiye ihtiyacı yoktur; o, vekâlet gereği olarak kendi adına hareket eder ve dışarıya karşı, tıpkı inanılan gibi tam hak taşıyıcısı olarak ortaya çıkar. Eleştirilen tezin temsilcileri, vekâlet ile temsil yetkisinin birbirinden açıkça ayırılması gerektiğini gözden kaçırmaktadırlar. Vekâlet müvekkille vekil arasındaki iç ilişkiyi düzenler ve bu bakımdan inanç anlaşmasının karşısıdır. Temsil yetkisi temsilciyi dış ilişkide üçüncü kişilere karşı yetkili kılar. Temsilcinin temsil olunan adına değil, kendi adına ortaya çıkması gerekiyorsa onun herhangi bir yetkiye ihtiyacı yoktur. Bu yüzden onu, “yetki taşıyıcısı” olarak, “hak taşıyıcısı” diye nitelendirilen inanılardan ayırdetmek mümkün değildir; her ikisi de hak taşıyıcısıdır*”, Tandoğan (Borçlar Özel), s. 555.

¹⁵⁶ Gubler, s. 262a; Özsunay, s. 236-237; Bär, R.: Zum Gesetzentwurf über die Anlagefonds, ZbJV, 1962, C. 98, s. 296-297.

¹⁵⁷ Bir üstteki dipnotta belirtilen yazarlar ve ayrıca Wälli, s. 41.

¹⁵⁸ Uzun süreli dolaylı temsil haline örnek olarak, bir adi ortaklık hesabına dolaylı temsilci olarak sürekli olarak işlemler yapan ortağın durumu gösterilebilirken; satış komisyoncusunun durumu da kısa süreli inançlı işlem niteliğindedir, Tandoğan (Borçlar Özel), s. 555.

¹⁵⁹ Gautschi, G.: “Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragungen”, SJZ, S.55, Zürich, 1958, s. 245 vd. Bu eleştiriler karşısında Wälli, saf inançlı işlemler ile dolaylı temsili gerektiren vekâlet sözleşmeleri

İnanç konusu hakkın yalnızca inanılandan kazanılabileceği kabulüne dayanarak ileri sürülen dördüncü bir görüş, inançlı işlemlerde, borçlandırıcı işlem olan inanç anlaşması ile tasarruf işlemi niteliğindeki devir işleminin tarafları aynı iki kişi iken¹⁶⁰, dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet ilişkisinde üç kişinin katılımının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir¹⁶¹. Oysa, inanç konusunun üçüncü kişilerden elde edildiği ihtimallerde de inanç anlaşması ile devir işleminin tarafları farklılaşır ve üç kişinin katılımı söz konusu olur. Bu şekildeki bir ayırım, inançlı kazandırmanın üçüncü bir kişinin malvarlığından yapılabileceği yolundaki Türk ve İsviçre doktrinlerindeki baskın görüşün¹⁶² dışına çıkmaktadır¹⁶³. Türk ve İsviçre doktrinlerindeki hâkim görüş gibi, inanılanın, inanç konusunu üçüncü kişiden kazanabileceği görüşündeyim¹⁶⁴.

Sonuç olarak, inançlı işlemler ile vekilin iş görme borcunun ifası için dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet sözleşmeleri arasındaki farklar bakımından sergilenen yukarıdaki görüşlerde ileri sürülen gerekçelerin sağlam bir temele dayandığı söylenemez.

arasındaki farkın, inananla inanılan ve dolaylı temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkilerin süresi bakımından değil; fakat elde edilen hakkın *kendi hakkı gibi kullanılma* süresi bakımından mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Bir başka deyişle Wälli, *hak sahipliğine dayalı süre* ölçütünü esas almıştır. Yazara göre iki kurumun ayırılmasında, tarafların sözleşmeyi kurarken inanılan veya dolaylı temsilcinin, inanan veya müvekkil menfaatine elde ettiklerini kendi hakkına konu olarak uzun süre alıkoymasını arzu edip etmediklerine bakılmalıdır. Vekil dolaylı temsile dayanarak elde ettiği hakkı vekâlet verene derhal devretmekle yükümlü iken, inanılan inanç konusunu inananı geçirmeden önce belirli bir süre yönetmek amacıyla elinde bulundurmaktadır, bkz. Wälli, s. 43. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi, hukuki ilişkinin “süre”sinin, inançlı işlemlere İBK md. 401’in uygulanma kabiliyetini bertaraf edecek bir ölçüt olmadığını, inançlı işlemlerin de kısa süreli olabileceği, hatta mali piyasadaki değişikliklere bağlı olan menfaatler durumundaki çabuk değişimlerin süre kısalığını zorunlu da kılabilceği içtihadında bulunmuştur, Tandoğan (Borçlar Özel), s. 557. Adı geçen yazar 655’nci dipnotta şu karara atıf yapmaktadır: BGE 99 II 393 cons. 6, JdT, 1974, s. 592-593.

¹⁶⁰ Hatemi, s. 131-132.

¹⁶¹ Tandoğan (İnananın Korunması), s. 41. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Droin, s. 138-139.

¹⁶² Wälli, s. 56 vd.; Ammann, s. 52 vd.; Keller, s. 28; Özsunay, s. 109 vd.; BGE 85 II 99.

¹⁶³ Tandoğan (İnananın Korunması), s. 89.

¹⁶⁴ İnanç konusunun üçüncü kişiden kazanılması konusuna ilişkin açıklamalar için bkz. §6 III. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. E.2000/2-888, K. 2000/885, T.17.5.2000.

Öte yandan inançlı işlemleri, dolaylı temsili gerektiren vekâlet sözleşmeleri ile tamamen bir tutmak da mümkün değildir. Her ne kadar dolaylı temsilde dolaylı temsilci tarafından iktisap olunan hakkın temsil olunana devredildiği ana kadar, dolaylı temsilcinin durumu inanılanın durumuna benzetilebilirse de böyle bir benzetme bile ancak kısmen isabetli olur. Zira iktisap edilen hakları muhafaza etmek ve uyushulan belirli bir çerçeve dahilinde kullanmak, dolaylı temsilciye ait bir görev değildir; onun görevi, az çok bir süreyle sınırlıdır; o, hakları iktisap edecek ve inanılanın aksine, yönetim faaliyetini gerçekleştirmesine gerekli ve yeterli uzunlukta bir süre söz konusu olmaksızın temsil olunana iade edecektir¹⁶⁵.

Ayrıca, saf inançlı işlemlerde, inanılanın inanç konusu üzerinde bağımsız karar alabilme yeterliliğine kavuşturulması, ona ciddi bir hareket alanı tanınması ve onun, inanç konusunu, yönetim faaliyetini gerçekleştirmesine yetecek uzunlukta bir süre, hak sahibi sıfatıyla elinde bulundurması gerekmekte iken; dolaylı temsili içeren vekâlet sözleşmeleri bakımından böyle bir gereklilik yoktur. İnanç konusunun üçüncü kişilerden elde edilerek temsil olunana devredilmesi esasına dayanan dolaylı temsili içeren vekâlet ilişkileri, “yönetim faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesini sağlayan bağımsız hareket yeterliliği” ve bunun için gerekli olan “yeterli uzunlukta süre”¹⁶⁶ ölçütlerini taşımadığından, inançlı işlemde ayrılmalıdır¹⁶⁷.

Sonuç olarak, tüm saf inançlı işlemlerin dolaylı temsil unsurunu içinde barındırdığını; ancak her dolaylı temsil ilişkisinin inançlı işlem niteliği taşımadığını

¹⁶⁵ Ammann, s. 6; Özsunay, s. 236-237. Yazar 3’ncü dipnotunda şu eserlere atıf yapmaktadır:

Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 32/40. N. 6; Dernburg, Das bürg. R I § 172 II.

¹⁶⁶ “...tarihli anlaşma uyarınca *az çok uzun bir süreyle* yine kendisi muhafaza ve idare edecek ve ilk talepte davacıya devredecek olması hususu, taraflar arasında inançlı işlemin varlığını gösterir”, bkz. Yarg. HGK. E.2000/2-888, K. 2000/885, T.17.5.2000 (kazancı içtihat bilgi bankası).

¹⁶⁷ BGE 85 II 101.

söylemek mümkündür¹⁶⁸. Vekilin iş görme borcunu ifa etmesi için dolaylı temsili gerektiren vekâlet sözleşmesinde nasıl ki dolaylı temsil bu temel ilişkiden doğmaktaysa; inançlı işlemde de dolaylı temsil inanç anlaşmasından doğmaktadır¹⁶⁹. Bu durumda, inançlı işlemin, dolaylı temsili içeren bir vekâlet sözleşmesi teşkil etmediğini; bununla birlikte iki sözleşme arasında büyük bir benzerlik bulunduğunu tespit etmiş oluyoruz. Bu tespit elbette ki inançlı işlemin hukuki niteliği ile bu bölüm başında sözünü ettiğimiz TBK md. 509 hükmünün saf inançlı işlemlere uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun cevabı bakımından önem taşımaktadır. Aşağıda¹⁷⁰ gerekçelerini açıklayacağımız üzere, inançlı işlem *sui generis* bir sözleşmedir ve dolaylı temsili içeren vekâlet ilişkilerine olan (bu bölümde açıkladığım) büyük benzerliği nedeniyle de TBK md. 509 hükmünün kıyasen uygulama alanına girer. Bu uygulamanın nasıl yapılacağı konusu ise, aşağıda¹⁷¹ ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

¹⁶⁸ Aynı düşüncede bkz. Güvenç, s. 117. Yazar ayrıca, inançlı işlemlerde inanç konusunun, yönetim veya teminat amacına hizmet etmesi için inanılanın mülkiyetine dahil edilerek bu amaçlardan birine özgülendiğini, yani mülkiyetin devrinin *amaç* değil, tarafların iadeleriyle üstünlük kazandırdıkları farklı bir amaca ulaşılmasında bir tür *araç* niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Dolaylı temsili gerekli kılan vekâlette ise görülmesi taahhüt edilen işin amacının, inanç konusunun üçüncü kişiden alınması olduğunu, bunun ötesinde ayrı bir amacın söz konusu olmadığını, dolayısıyla da inançlı işlemlerdeki “*belirli bir amaca özgülenme*” unsurunun, dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet ilişkilerine yabancı olduğunu, haklı olarak savunmaktadır, bkz. s. 116-117.

¹⁶⁹ Yavuz’a göre, “*dolaylı temsile göre vekâlet sözleşmesinin durumu ne ise, inançlı muamelelerin de durumunun öyle olması gerekir; yani inanç sözleşmesi, inanılan ile inanan arasındaki iç ilişkiyi teşkil eder. Bu nedenle inanç sözleşmesinin konusunun, bir üçüncü kişiden hak iktisabı veya bir üçüncü kişiye hak kazandırmanın olmasının mümkün görüldüğü durumlarda; inanılan, söz konusu muameleleri yaptığında dolaylı temsilci durumundadır ve inanç sözleşmesi de, inanan dolaylı temsil olunan ile inanılan dolaylı temsilci arasındaki temel ilişkiyi teşkil eder. Yeter ki inanılanın başkası (inanan) hesabına hukuki muamele yaptığı kabul edilsin... Aksi çözümün (yani inanılanın yaptığı hukuki muamelelerde sadece kendi adına ve hesabına hareket ettiğinin) mümkün görülmesi halinde dolaylı temsil yolu ile ifa edilen bir vekâlet sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerekecek ve böylece bu görüş çerçevesinde inançlı muamelelerin dolaylı temsilde temel ilişkiyi oluşturmaları mümkün olmayacaktır*”, Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 141-142 (dn 6).

¹⁷⁰ Aşağıda bkz. §5 II A.

¹⁷¹ Aşağıda bkz. §8 II B.

II. Muvazaalı İşlemler

Muvazaa, çeşitli saiklerle (örneğin mirastan mal kaçırmak veya alacaklılardan mal kaçırmak için)¹⁷², tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmaları¹⁷³, yani bilerek ve isteyerek gerçek müşterek iradelerine uymayan¹⁷⁴ beyanlarda bulunmalarıdır¹⁷⁵. Muvazaalı bir işlem ile taraflar, gerçekte istedikleri hukuki işlemden farklı bir hukuki görünüş meydana getirirler¹⁷⁶. Yani, açığa vurulan hukuki işlemin hükümleri, taraflar arasında gizli kalan başka bir işlem ile değiştirilmiş veya ortadan kaldırılmışsa, muvazaa söz konusu olur¹⁷⁷. Taraflar arasında gerçekleştirilen görünüşteki hukuki işlemin arkasında gizlenen başka herhangi bir işlem yoksa basit (mutlak)¹⁷⁸ muvazaadan; görünüşteki işlemin arkasında (taraflarca gerçekten istenen) başka gizli bir işlem yer alıyorsa nitelikli (nisbi) muvazaadan söz edilir¹⁷⁹. Gerek basit gerekse nitelikli muvazaada, taraflarca

¹⁷² Yarg. 21. H.D., 2006/3906 E., 2007/546 K., 25.01.2007 T. Muvazaada ‘üçüncü kişileri aldatmak’ unsurunu da içeren görüşler için bkz. Wiegand, N. 126 vd.; Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 104, N. 105; Gauch/Schluep/Schmid, I. N. 1013, 1015; Jäggi/Gauch, Art. 18, N.95; Eren, s. 366; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 25; Yarg. HGK., 6.11.1996 T., 1996/737 K.; BGE 97 II 201, BGE 96 II 323, BGE 123 IV 68. Öte yandan, üçüncü kişileri aldatma kastının muvazaanın şartı olmadığı görüşünde olan yazarlar için, bkz. Aday, N.: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992, s. 9; Karayalçın, Y.: Muvazaa (Danışık)-Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası (Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan), İstanbul 1999, s. 33 vd.

¹⁷³ Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 99 (Borçlar Genel); Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 7; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 407 vd.

¹⁷⁴ Eren (Borçlar Genel), s. 365.

¹⁷⁵ Wiegand, Art. 18, N. 50; Kramer/Schmidlin, N. 104, 105; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 87; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1014; Kocayusufoğlu, s. 345; Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 291; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 7; BGE 97 II 201; BGE 96 II 383, Kocayusufoğlu, s. 345; Yarg. 1. HD., E. 8043, K. 10713, T. 25.9.1992.

¹⁷⁶ Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 115.

¹⁷⁷ A.g.e., s. 115.

¹⁷⁸ Mutlak muvazaaya, doktrinde adi muvazaa (*reine Simulation*) da denilmektedir, bkz. Kramer/Schmidlin, Art. 18 N.110; Gauch/Schluep/Schmid, I. N. 1015; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 106; Wiegand, Art. 18, N. 50; Tercier, P./ Pichonnaz, P./ Develioğlu, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2016, s. 182; Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 136; İnan/ Yücel, s. 276; Antalya, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Ekim 2015, s. 282; Aday, s. 4.

¹⁷⁹ Wiegand, Art. 18, N. 50; Jäggi/Gauch, Art. 18 N. 95; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 409; Tercier /Pichonnaz/Develioğlu, s. 182; Eren, s. 369 vd.; İnan/ Yücel, s. 276 vd.; Oğuzman/Öz (Borçlar

görünüşteki işlemin hiçbir hukuki sonuç meydana getirmemesinin kararlaştırıldığı şekle bağlı olmayan anlaşmaya muvazaa anlaşması denir ve bu muvazaanın varlığı için gerekli bir şarttır¹⁸⁰. Nitelikli muvazaa, sözleşmenin niteliğinde muvazaa, kısmi muvazaa ve tarafta muvazaa¹⁸¹ şeklinde görülür. Muvazaanın hukuki sonucu, TBK md. 19/1 hükmü tarafların gerçek müşterek iradelerinin esas alınacağını öngördüğü için, muvazaalı sözleşmenin (ki bu, nitelikli muvazaada görünürdeki işlemidir) kesin hükümsüz olmasıdır¹⁸². Çünkü muvazaalı sözleşmelerde, tarafların sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceği konusunda uzlaşmış oldukları bir muvazaa anlaşması vardır ve tarafların gerçek iradelerini yansıtan da bu muvazaa anlaşmasıdır.

Tarafta muvazaa, aşağıda ‘§3 III. Nam-ı Müstear’ başlığı altında incelenmektedir.

İnançlı işlemler ile muvazaa karşılaştırması yapılırken aşağıda dikkate alınan işlemler, esas itibarıyla muvazaalı devirlerdir.

Doktrinde, muvazaa gibi inancılı işlemlerin de bir *görünüş* meydana getirdiği ve her iki işlemde de söz konusu görünüşü meydana getiren irade beyanlarının tezahür şeklinin birbirinden farklı olmadığı¹⁸³; her iki işlemde de hakkı iktisap eden kişinin dış ilişki bakımından malik sıfatıyla sınırsız bir tasarruf yetkisini haiz olduğu¹⁸⁴; muvazaalı devir ile hakkı (sözde) devralan kişinin, bir hakkı inancılı olarak iktisap eden inanılan gibi, görünüşte sahip olduğu hak üzerinde tahdidi bazı taahhütler altına

Genel), s. 136-137; Antalya, s. 282 vd.; Kılıçoğlu, s. 235 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 345 vd.; Nomer (Borçlar Genel), s. 101.

¹⁸⁰ Wiegand, Art. 18, N. 51; Jäggi/Gauch, Art. 18 N. 92; BGE 112 II 343.

¹⁸¹ Tarafta muvazaa şeklinde özel bir muvazaa türü olmadığı düşüncesi için bkz. Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 129. Aksi görüşte bkz. Yarg. 4 HD., 20.9.1978 T., 11544/10138 K. (kazancı içtihat bilgi bankası).

¹⁸² Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 109-110; Kılıçoğlu, s. 191; Nomer (Borçlar Genel), s. 99; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 50 vd.; von Tuhr, A./Peter, H.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, C. I, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979, s. 294.

¹⁸³ Reymond, s. 79.

¹⁸⁴ Yung, s. 141-142.

girdiği¹⁸⁵ ve, son olarak, hem muvazaada hem de inançlı işlemde devir işleminin hukuki hüküm ve sonuçlarını sınırlayan bir anlaşmanın (muvazaa anlaşması ve inanç anlaşması) mevcut olduğu belirtilerek, muvazaa ile inançlı işlemler arasında yakın bir benzerliğin bulunduğu ifade edilmektedir¹⁸⁶.

Ancak muvazaa ile inançlı işlem arasında benzerlikler bulunduğundan bahisle, inançlı işlemleri muvazaanın hukuki sonucu olan kesin hükümsüzlüğe tabi tutmak doğru olmaz. İnançlı işlem ile muvazaa arasında mevcut olan ve aşağıda açıklanan farklar¹⁸⁷ bu işlemler arasındaki benzerliklerden çok daha önemlidir:

İnançlı işlemlerde inanç anlaşması ile inançlı devir işlemi arasındaki ilişki ile muvazaalı işlemlerde muvazaa anlaşması ile muvazaalı devir işlemi arasındaki ilişki aynı değildir. İnanç anlaşması ile muvazaa anlaşmasının konuları çok farklıdır: İlki yalnızca devredilen inanç konusunun kullanılma şartlarını ve inanılanın yükümlülüklerini belirlerken; ikincisi, yapılan devir işleminin sonuç doğurmayacağı konusunda yapılır¹⁸⁸. İnançlı işlemlerde, inançlı devir ile inanç anlaşması arasındaki - ikincisinin, birincisinin sonuçlarını sınırlandırıyor olması nedeniyle, bir çelişki içeriyormuş gibi görünen¹⁸⁹ ilişki aslında bir çelişki içermez ve bir “tezat” meydana getirmez. İnançlı devir işlemi, inanç konusu hakkın devrine (mutlak bir hukuki duruma), bunu sınırlayan inanç anlaşmasından doğan haklar ise şahsi, nisbi bir duruma ilişkindir: Uyumsuzluğun “tezat”a dönüşme ihtimali, borçlandırıcı işlem ile

¹⁸⁵ Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 153. Adı geçen yazar 28’nci dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: Ehrenzeller, s. 45.

¹⁸⁶ Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 152 vd.

¹⁸⁷ Doktrinde muvazaa ve inançlı işlemler arasındaki farkları anlatmak üzere birçok ölçüt tespit edilmiş olsa da (söz konusu ölçütler için bkz. İnan/Yücel, s. 296-297; Kılıçoğlu, s. 245, Eren, s. 381 vd., Antalya, s. 300-301), bu ölçütlerden yalnızca, somut olayda işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesine doğrudan katkı sağlayacağını düşündüğümüz iki temel ölçütü esas alacağız: “tasarruf işlemi ile taahhüt işlemi arasındaki tezatlık” ve “ tarafların gerçek arzuları”.

¹⁸⁸ Keller, § 2 IV 2.

¹⁸⁹ Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 154; Özsunay, s. 224.

tasarruf işlemi arasında yapılan ayırım ile ortadan kaldırılmıştır¹⁹⁰. Oysa, muvazaalı devirde *uyumsuzluk/çelişki*, bizzat tasarruf işleminde yer alan ve “tezat”a dönüşen, böyle olduğu için de devri hükümsüz kılan bir çelişkidir¹⁹¹. Çünkü muvazaada gizli muvazaa anlaşması, açığa vurulan kazandırıcı işlemin hükümlerini bertaraf eder. İnançlı işlemde ise inanç anlaşması, aksine hakkın inançlı devri işleminin hukuki sebebidir¹⁹².

Muvazaalı devirde taraflar, devrin hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşılır; inançlı işlemlerde ise taraflar devrin gerçekleşmesini isterler¹⁹³. İnançlı devirde tarafların gerçek iradeleriyle beyanları birbirine uygundur ve bu da hakkın devredilmesidir¹⁹⁴. Yargıtay da muvazaalı işlemlerden farklı olarak, inançlı işlemlerin, tarafların gerçek niyetlerine uygun ve bu sebeple geçerli olan işlemler olduğunu; bu işlemlerde inanç konusu hakkın geçerli olarak karşı tarafa intikal ettiğini kabul etmektedir¹⁹⁵. İsviçre ve Türk hukuklarında baskın olan görüşe göre, inançlı işlem inanılana inanç konusu üzerinde tam bir hak kazandırır¹⁹⁶; inanç konusunun inanılana intikal ettirilmesi ile inanç anlaşması arasında tam bir uyum vardır¹⁹⁷. Azınlıkta kalan diğer bir görüş ise, inançlı işlemlerde tarafların gerçek maksatlarının, hakkın karşı tarafa devredildiği hususunda bir görünüş yaratmak

¹⁹⁰ Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 154; Özsunay, s. 224.

¹⁹¹ Yung, s. 148; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 154.

¹⁹² Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 154. Yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Aeby, ZSR. 31 s. 161, 162.

¹⁹³ Reymond, s. 79; Gerstle, s. 163; Blass, s. 148; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 153, Postacıoğlu (Nam-ı Müstear Meselesi), s. 1024; Kocayusufpaşaoğlu, s. 365; Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 134; İnan/Yücel, s. 296; Eren, s. 386; Keller, s. 19; BGE 71 II 101; 106 II 141.

¹⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 365; Kılıçoğlu, s. 245; Antalya, s. 300-301; Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 134; Eren, s. 386.

¹⁹⁵ Bkz. Yarg. HGK T. 14.11.2007, K. 2007/848 ve Yarg. 1. HD 30.10.2000, K. 2000/13223 (kazancı içti hat bilgi bankası).

¹⁹⁶ Keller, s. 57 vd.; Wälli, s. 31 vd.; Özsunay, s. 114 vd.; Reymond, s. 37; Merz (Legalzession), s. 453; BGE 85 II 99; 78 II 451; 72 II 282; 31 II 109; 43 III 346.

¹⁹⁷ Yukarıda sayılan yazarlara ek olarak bkz. Tandoğan (Borçlar Özel), s. 546-547; Honsell /Vogt / Wiegand, Art.18 s. 176.; Huguenin/MüllerChen, Art. 394 s. 452; Kramer/Schmidlin, N. 128; Gauch/ Schlupe/ Schmid, N. 1031; Bucher, s. 148; Merz (Legalzession), s. 453; BGE 117 II 430; BGE 123 III 63.

olduğunu ileri sürmekte (muvazaa teorisi) ve inançlı işlemlerin aslında muvazaanın bir alt türü olduğunu savunmaktadır¹⁹⁸. Bu görüş doktrinde, tarafların gerçek iradelerinin göz ardı edildiği ve iki işlem arasındaki farklılıkları açıklamakta yetersiz kaldığı şeklinde haklı olarak eleştirilmiştir¹⁹⁹. Hâkim görüş gibi ben de salt bir işlemin inançlı olmasının bir geçersizlik sebebi olmadığı ve inançlı işlemlerin muvazaa ile bir tutulamayacağı fikrindeyim. Muvazaa ve inançlı işlem birbirinden farklı işlemler oldukları için, somut bir ihtilafta, taraflarınca “inançlı” olarak nitelendirilen bir işlemin muvazaalı olduğunu iddia eden kişi, bu iddiasını ispatla yükümlü tutulmalıdır (HMK md. 190/1)²⁰⁰; çünkü, asıl olan, bir işlemin, tarafların gerçek iradelerini yansıtır olmasıdır²⁰¹.

Esasen taraflar bir kazandırmayı gerçekten istemiş, ancak bunun hüküm ve sonuçlarını nisbi olarak sınırlandırmışlarsa, burada muvazaa yoktur. Buna karşın, taraflarca yapılan bir devir sözleşmesinde hakkın devri aslında arzu edilmemiş (yani devrin hüküm ve sonuç doğurmayacağı, hakkın el değiştirmeyeceği konusunda taraflar uzlaşmış) ise muvazaadan bahsedilir²⁰². Bu, TBK md. 19/I hükmünün gereğidir. Bununla birlikte, işlemin muvazaalı bir işlem mi yoksa inançlı bir işlem mi olduğunun tespitinin her olayda kolay olacağı anlamına gelmediğini bilmek gerekir. Doktrinde bir görüş, bu tespiti yaparken hâkimin, sözleşmeyi yorumlarken, taraflarca kullanılan terim ve şartlar arasında bir hiyerarşi kurulması gerektiğini belirtmektedir²⁰³. Bu görüşe göre devredilen hakkın devralan tarafından

¹⁹⁸ Schönle, s. 39 vd.; Antalya, s. 300. Adı geçen yazar 68’nci dipnotta şu eserlere atıf yapmaktadır: von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1964, s. 174; Wiegand, ZBJV, 1980, s. 565; Reetz, Die Sicherungszession von Forderung, Zurich 2006, s. 281 ff.

¹⁹⁹ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 546 vd.; Jäggi/Gauch, Art. 18 N. 204 vd.; Kramer/Schmidlin, N. 129 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1031; Merz (Legalzession), s. 464.

²⁰⁰ Jäggi/Gauch, Art. 18 N. 204 vd.

²⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 366; v. Tuhr, s. 276.

²⁰² Kramer/Schmidlin, N. 128; Gauch/Schlupe/Schmid, I, N. 1031; Seiler, M.: Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich, 2005, s. 53; Merz (Legalzession), s. 453; İnan/Yücel, s. 296.

²⁰³ Yung, s. 151-152.

kullanılmasına, yönetilmesine, işletilmesine, (şirketlerde) oy hakkının kullanılmasına ve özellikle karar alma yetkisine ilişkin şartlar; devrolunan haktan elde edilen kazanç ve gelirlere, zarar ve değer azalmalarına ilişkin şartlara nazaran daha önemlidir.

Benzer şekilde devralanı, kendisine devredilen hakkı devredenin menfaatlerine uygun olarak kullanmakla yükümlü kılan müsbet borçlara; inanç konusu hakkı sınırlayan ve hatta ortadan kaldıran menfi borçlara ilişkin şartlara nazaran daha az önem verilmelidir. Sonuç olarak devralan, devredildiği sözleşmede belirtilmiş olan hak üzerinde kendi iradesine göre serbestçe tasarruf edebiliyorsa ve karar alma yetkisine sahipse, devir inançlı bir devirdir²⁰⁴. Öte yandan devralan, gerçek bir hak sahibi olarak hareket edemiyorsa, inanç konusu hakkında karar alma yetkisini tek başına bizzat kendi irade ve takdirine göre kullanamıyorsa, hiçbir bağımsızlığa sahip değilse, o, inanç konusu hakkın sahibi değil, adeta devredenin *pasif taşıyıcısı* niteliğindedir²⁰⁵. Bu takdirde devir muvazaalıdır.

Kanımca, devrin sonuç doğurmasının (inanç konusu hakkın el değiştirmesinin) taraflarca istenip istenmediği konusunda tarafların gerçek iradelerinin -TMK md. 19 hükmüne göre- ya da farazi iradelerinin -TMK md. 2 hükmüne dayandırılan güven teorisine göre- tespitine çalışılırken, hakkı devralan kişinin o hak üzerinde malik sıfatıyla serbestçe tasarruf edip edemediği ve bağımsız karar alma yetkisini haiz olup olmadığı hususları belirleyici rol oynar. Konuyu aydınlatmaya elverişli olduğu düşünülen aşağıdaki örneklerde yalnızca (bu Tez'in konusunu oluşturan) saf inançlı işlemler dikkate alınmıştır:

²⁰⁴ A.g.e., s. 152.

²⁰⁵ Özsunay, s. 227. Aynı görüşte olan Esener, "*pasif taşıyıcı*" terimi yerine "*alet*" ifadesini tercih etmiştir, bkz. Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 171.

Saf inançlı işlemlerin Türk Hukukundaki başlıca örneği olan ‘tahsil amacıyla yapılan alacağın devri’ işlemlerinde, alacaklı, inandığı bir kişiye tahsil için vekâlet yetkisi (*Inkassovollmacht*) vereceği yerde, ona daha geniş bir yetki sağlayabilmek amacıyla, alacak hakkını devreder. İnanılan, inanan ile yapmış olduğu inanç sözleşmesi çerçevesinde ve yalnızca inananın talimatları ile hareket eder. Tahsil amacıyla yapılan bir devrin muvazaalı mı yoksa inançlı mı olduğu konusunda doktrindeki hâkim görüş, bunların inançlı işlem olduğu, geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurduğu yönündedir²⁰⁶. Gerçekten de bu tür işlemlerin muvazaalı addedilmesi hatalı olur. Zira, kendisine alacak devredilen kişinin, alacağı tahsil ettikten sonra, tahsil edileni eski alacaklıya ödeme borcunun olması, başlı başına, aralarında yapılan devir işleminin muvazaalı addolunmasını hiç kuşku yok ki gerektirmez²⁰⁷. Muvazaalı devirde, “devir” konusu hakkın sahibi değişmezken; alacağın tahsil amacıyla inançlı olarak devrinde, alacak hakkı devredenden devralana intikal eder²⁰⁸; çünkü taraflar bu ihtimalde, alacağın devrinin sonuç doğurmasını istemişlerdir. Alacağı iktisap eden

²⁰⁶ Maday, s. 111; Yung, s. 146; Schwarz, A.B.: “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku” (çev. Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.3-4, S.11, s. 180-202, s. 298; Postacıoğlu, s. 1030; Gönensay, s. 91; Arsebük, s. 393; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 167.

²⁰⁷ Postacıoğlu (Nam-ı Müstear Meselesi), s. 1030.

²⁰⁸ Postacıoğlu, a.g.e., s. 1030-1031. Yazara göre; “klasik misal alacağın tahsili için vekâlet verilecek yerde doğrudan doğruya matlubu devrine tevessül olunması halinde, devredilen kimsenin matlubu tahsil ettikten sonra, devreden kimseye hesap verip ona tahsilatını devretmesi aralarında yapılan temliği matlub muamelesinin muvazaalı addolunmasını icap ettirmez. Çünkü muvazaalı temlikte devredenle devralanın karşılıklı durumlarında bilfiil hiçbir değişiklik husule gelmiyor. Salahiyetler bakımından hakiki bir intikal keyfiyeti görülüyordu. Tahsil için temlikte ise taraflar arasındaki matlubu tahsil etmek salahiyeti devredenden alınıp devralana verilmekte ve bu suretle devir keyfiyeti tarafeynin karşılıklı münasebetlerine müspet bir şekilde tesir icra etmektedir. Bu duruma kıyasen bilfarz şu veya bu sebepler tahtında bir apartmanın kiraya verilmesi ve kiralarının tahsili için vekâletname verecek yerde, sahibi itimat ettiği bir şahsa doğrudan doğruya ferağ yaparsa bunun itimat mukavelesine müstenit fiduciaire bir ferağ olduğunu kabul gerekecektir. Çünkü taraflar mülkiyet hakkının bir vehçesini teşkil eden gayrimenkulü idare salahiyetinin mefrûgunlehe intikalini hakikaten istemiş olduğundan bu maksatla yapmış oldukları devir muamelesini de bittahi cidden arzu etmiş bulunmaktadır. Halbuki bu maksatla yapılmış bir devri mefrûgunlehin fariğesi hesap vermek mecburiyetinden bahisle muvazaalı bir ferağ sayarsanız üçüncü şahısların muvazaaya istinatla mefrûgunlehe münasebete girişmekten imtina edebileceklerini ve ezcümle onunla mukavele aktinden ihtirazla kiralari kendisine vermekten çekinebileceklerini kabul etmeniz gerekir; bu netice ise elbette ki tarafların iradesine tevafuk etmez. Bilakis tarafların müşterek maksadı kiralari mefrûgunlehe tarafından bu sufatla tahsili olmuştur. Demek ki fiducie mefhumunu pozitif hukuka ithal etmekle irade serbestisine daha geniş bir riayet temin edilmektedir.”

inanılanın, inananın menfaatine uygun şekilde, onun talimatlarına uygun olarak hareket etmesi de devrin taraflarca istenmiş olduğu sonucuna varılmasına engel değildir. İnanç konusu alacağı devralan inanılan bu sıfatla, alacak üzerinde tasarruf yetkisine ve bağımsız hareket edebilme kudretine kavuşmaktadır. Özetle, fikrimce (de) alacağın tahsil amacıyla devri (yani, tarafların müşterek iradelerinin *devrin tahsil amacıyla yapıldığı* yönünde olduğunun sabit olduğu bir işlem) muvazaalı değil, inançlı işlemdir.

Tahsil amacıyla yapılan alacağın devrinden başka, işlemin muvazaalı veya inançlı olup olmadığının tespitinin daha büyük zorluk arzettiği bir saf inançlı işlem örneği; *mali durumu bozuk olan ve alacaklılardan mal kaçırmak isteyen* bir kimsenin, (mesela) bir taşınmazını güvendiği bir dostuna satarak mülkiyetini ona devretmesidir. Örneğin, (A) ile (D), resmi senede yansıyan satış sözleşmesinin yanında, ayrı bir anlaşma metni imzalayarak, (D)'nin taşınmazı tamamen (A)'nın emir ve talimatına uygun olarak kullanabileceği, taşınmazla ilgili tüm masraf ve giderlere (A)'nın katlanacağı ve belirli bir süre sonra (D)'nin taşınmazın mülkiyetini (A)'ya iade edeceği konularında da uzlaşmış olabilirler. Bu örnek için, *von Tuhr*, tarafların devrin gerçekleşmesini istediklerini, onların ancak ciddi şekilde yapılacak bir devir ile amaçlarına ulaşabileceklerini, dolayısıyla malı alacaklıların takibinden kaçırmayı istihdaf eden kazandırıcı işlemin kural olarak muvazaalı değil, inançlı bir işlem olduğunu belirtmektedir²⁰⁹. Bu örnekteki hukuki işlemde ilgililer arasında bir hukuki ihtilaf doğduğunda, taşınmazın alacaklılardan korunmak için satış ve devir işlemine konu yapıldığı, resmi senede yansıtılmamış olan diğer anlaşmanın hükümleriyle birlikte ispatlanırsa, elbette ki hâkimin, tarafların iradelerinin satış ve

²⁰⁹ Von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1,2, (çev. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No: 15, s. 276.

devir işleminin hüküm ve sonuç doğurması yönünde olduğuna (yani satış ve devrin muvazaalı olduğuna) karar vermesi daha doğru olur.²¹⁰ Bu, taraflar arasındaki (resmi senede yansıtılmamış olan) yazılı anlaşmanın, hâkim tarafından, *inançlı işlem* olarak değil, *muvazaa anlaşması* olarak nitelendirilmesi demektir ve hal böyle olunca, bu örnekte, kanımca, satış ve devir işleminin hükümsüzlüğü *muvazaa nedenine* dayandırılmalıdır²¹¹. Ancak, taraflarca resmi senede yansıtılmamış olan diğer anlaşmanın hükümlerinin de değerlendirilmesi neticesinde taşınmazın alacaklılardan korunmak için satış ve devir işlemine konu yapıp yapılmadığı ispatlanamadığı (şüpheyeye düşüldüğü) takdirde, kanımca, işlemin karineten *inançlı işlem* olduğu kabul edilmelidir.

Özetle, somut olayda *inançlı* bir işlemin muvazaadan ayırdedilebilmesi için, tarafların işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını arzu edip etmedikleri tespit edilirken; devralan kişinin, tasarruf yetkisinin ve *inanç* konusu hakkında bağımsız karar alabilme yetkisinin taraflarca ne dereceye kadar sınırlanmak istendiğinin tespiti önemli ve belirleyici bir kriterdir. Tespit yapılırken şüpheyeye düşüldüğü durumlarda,

²¹⁰ Aynı yönde bkz. Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 169-170.

²¹¹ Böyle bir örnekte, taraflar arasındaki yazılı anlaşma ‘*inanç anlaşması*’ olarak nitelendirildiği takdirde ne olacağına gelince; bir görüşe göre (Kocayusufoğlu, s. 373), resmi senetteki satış sözleşmesi ‘*nitelikli muvazaa*’ sebebiyle geçersiz olur; çünkü tapuda düzenlenen resmi senet saf bir satış sözleşmesini içerirken, taraflarca gizlenen satış sözleşmesi bir *inanç anlaşması* da ihtiva etmektedir. *İnanç anlaşması* içeren gizli satış sözleşmesi ise resmi şekle uygun olarak yapılmadığı için geçersiz olur. Yani taşınmaz devrini tamamlayan tescilin hukuki sebebi resmi senette gösterilmediğinden (yolsuz tescil) *inanç anlaşması* da geçersiz olacaktır, a.g.e., s. 373. *İnanç* konusunun üçüncü kişiden elde edildiği (dolaylı temsili içinde barındıran) ihtimalde, *inanç anlaşmasının* vekâlet olduğunu (*inançlı vekâlet*) savunan bir görüş ise, hem resmi senede dercedilmeksizin yapılan sözleşmenin (resmi şekle aykırı olmayacağı için), hem de tapuda gerçekleştirilen satışın (muvazaalı sayılmayacağı için) geçerli olacağını belirtmektedir. Bu görüşe göre, vekalet sözleşmeleri için getirilen TBK md. 508 hükmü *inanç anlaşmasına* da uygulanmalı ve *inanç anlaşmasının* resmi şekle tabi olmadığı sonucuna varılmalıdır, Ammann, s. 77-78; Tandoğan (Borçlar Özel C. II) s. 496. Bu durumda, *inanç anlaşmasının* TMK md. 2/II hükmüne göre, *inançlı devir sözleşmesi* yapma hakkının kötüye kullanılmış olması sebebiyle hukuki himaye görmemesi ve hüküm doğurmaması gündeme gelebilecektir. Kanuna karşı hile konusuna aşağıda ayrıca değinilmiştir, bkz. §3, IV. Kuşkusuz, İİK’nın tasarrufun iptaline ilişkin hükümleri saklıdır. Ancak, bu hususlar, herhangi bir işlemin muvazaa anlaşması mı *inançlı işlem* mi olduğunun somut olayda tespiti (işlemin hukuki niteliğinin tarafların gerçek iradeleri dikkate alınarak belirlenmesi) konusunun dışındadır.

kimi yazarlar²¹², işlemin karineten muvazaalı kabul edilmesini gerektiğini savunurken, diğer bazı yazarlar²¹³ ise bunların karineten inançlı işlem olduğunu savunmaktadır. Böyle bir ihtimalde, evvelce de belirtildiği üzere, inançlı işlem karinesini savunan yazarlar gibi ve işlemin ayakta tutulmasının esas olduğunu da göz önüne alarak, işlemin inançlı bir işlem olarak geçerli olduğuna karar verilmelisi gerektiği düşüncesindeyim.

III. Nam-ı Müstear

Türk Hukukuna ilk olarak Mecelle ile dahil olan nam-ı müstear²¹⁴, ismini gizleyerek, kendi adına ancak bir başkası hesabına hareket eden kimsedir²¹⁵. Fransız hukukunda

²¹² Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 154, dn. 31; Postacıoğlu, s. 1029.

²¹³ Keller, s. 19; v. Tuhr, s. 276. Yazar, üçüncü kişileri aldatmak için yapılan tasarruf işlemlerinde, tasarrufun muvazaalı veya inançlı olup olmadığının tespitinde, ikinci ihtimalin seçilmesi gerektiğini savunmakta ve tarafların, muvazaalı bir sözleşmeden ziyade inançlı bir tasarruf ile amaçlarına daha iyi erişebileceklerini belirtmekte ve şu örneği vermektedir: “...Alacaklı alacağın tahsili için X’e vekâlet vereceği yerde bunu kendisine temlik ederse, temlik taraflarca hakikaten arzu edilmiştir, çünkü temlik X’i vekâlet akdini ifa hususunda, bir vekâletten daha müsait bir vaziyete koyar (hatta bunun içindir ki tevkili ciro yerine temlik ciro yapılır). Alacaklının talimatına göre alacakta tasarruf etmeye mecbur olan X, alacaklının bu hususta itimada müstenit (inançlı) vekilidir, fakat bu keyfiyet, temlik muvazaalı bir muamele saymak için bir sebep teşkil etmez. Keza, mamelekteki bir malı alacaklıların takibinden kaçırmayı istihdaf eden faydalandırıcı muamele dahi kaideten muvazaalı değil, itimada müstenittir. Faydalandırıcı muameleyi yapan kimsenin hile kasdı ne kadar fazla ise bahis mevzuu şeyi de hakikaten devir ve ferağ etmeyi o nisbette istemiş olduğunu kabul etmek lazımdır, bu kimse gayeyi arzu etmiş ise vasıtayı da arzu etmiştir”. İsviçre doktrininde, hâkimin kesin olarak işlemin muvazaalı olduğuna kanaat getirememesi ihtimalinde işlemin geçerli olacağını kabul eden söz konusu görüşlerin aksine Esener, bu fikrin bir karine olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır, bkz. Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 154, dn. 31.

²¹⁴ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin 1592. hükmü, “Bir kimse bâ sened yedinde olan bir mülk dükkân hakkında bu dükkân filân kimsenindir, benim alâkam yoktur ve senesinde muharrer ismim müsteârdır deyip yahut bâ senet ahârdan satın aldığı bir mülk dükkân için, bu dükkâânı filân kimse için almıştım, semen olarak verdiğim akçe dahi anın malındadır ve senesinde ismim müstear olarak kaydolunmuştur dese, ol dükkân nefis-ül-emirde ol kimsenin mülkü olduğunu ikrar etmiş olur” demekle, nam-ı müstear aracılığıyla yapılan hukuki işlemlerin geçerli olduğunu kabul etmiştir.

²¹⁵ Postacıoğlu, s. 1011. Bir başkası hesabına ve fakat kendi adına hareket eden bir vekil niteliğindeki nam-ı müstear, esasen araya giren kişileri açıklamaktadır. Nam-ı müstear terimi yerine Alman-İsviçre hukuklarında olduğu gibi “araya sokulan kişi” veya “kukla adam” (*Strohman, homme de paille*) terimlerinin kullanılmasının daha yerinde olacağı görüşünde, bkz. Kocayusufoğlu, s. 377. Doktrindeki benzer tanımlar için ayrıca bkz. Sungurbey, İ.: “İğreti Ad (Nam-ı Müstear) Sorunu”, (Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 155 vd.; Sirmen, A. L.: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 357 vd., Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir (Eşya Hukuku), s. 388 vd.; Ayan, M.: “Nam-ı Müstear Kavramı ve Hukuki Niteliği”, DÜHFD, 1984, C.2, S. 2, s. 377-393, s. 379 vd.; Eren, s. 386 vd.; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 174 vd.; Özsunay, s. 228 vd. Yargıtay da bir İçtihadı Birleştirme kararında nam-ı müstearı tanımlamak üzere şu ifadeleri kullanmıştır: “...salahiyetli memur huzurunda

prête-nom (iğreti ad) teriminin karşılığı olarak kullanılan nam-ı müstear, kendi ismi arkasında, ismini sakladığı kişiyi gizleyen bir perdeden ibarettir²¹⁶. Çoğunlukla hukuki işlemin veya hukuki işlemi gerçekleştirecek olan tarafların kimliklerinin üçüncü kişilerden gizlenmesi amacıyla başvuru nam-ı müstear, pozitif hukukta yer almayan, doktrinde ve uygulamada kullanılan bir terimdir.²¹⁷ Söz konusu kavram, Yargıtay'ın bu konuya ilişkin içtihatları²¹⁸ ile, günümüz hukukunda da yer edinmiştir.

Türk doktrin ve uygulamasında nam-ı müstear gerek tarafta muvazaayı gerekse dolaylı temsili anlatan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır²¹⁹. Türk-İsviçre hukukunda kimi yazarlar, nam-ı müstear durumunu, her somut olayın özelliğine

gayrimenkul mülkiyetini iktisap etmesi kasdolunan şahsın isminin gizlenmesi böylece anın yerine mevhum bir isim veya hakiki akitlerden başka bir şahsın ismi kullanılarak akte yabancı olan bir kimse namına sicille tescil vaki olmuş ise (nam-ı müstear)..”, bkz. 7.10.1953 T. ve 8/7 sayılı YARGITAY İctihadi Birleştirme Kararı, RG. No. 8569.

²¹⁶ Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 177.

²¹⁷ Sirmen (Eşya Hukuku), s. 340.

²¹⁸ Yargıtay, nam-ı müsteara ilişkin birbirine zıt ve çelişkili iki İctihadi Birleştirme Kararı almış, bu kararlar, haklı olarak doktrinde eleştirilerek maruz kalmıştır. Yargıtay, 5.2.1947 tarihli, 20/6 sayılı ilk İctihadi Birleştirme Kararı'nda, vekil tarafından kendi adına; ancak vekâlet veren hesabına üçüncü bir kişiden devralınmış olan taşınmazın mülkiyetinin, BK 393 (TBK 509) hükmü gereğince vekâlet verene ait olacağını, böylece vekâlet verenin tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile kendi adına tescili talep edebileceğini kabul etmiştir. Öte yandan Yargıtay 7.10.1953 tarihli, 7/8 sayılı İctihadi Birleştirme Kararı'nda ise, aynı şekilde vekilin üçüncü kişiden bir taşınmazın mülkiyetini elde ettiği durumlarda, vekâlet verenin taşınmazın kendisine devredilmesini talep hakkı bulunmadığını, nitekim vekâlet sözleşmesinin gerek doğası gereği gerekse resmi şekilde yapılmamış olması sebebiyle, mülkiyetin devrine sebep teşkil edecek bir sözleşme olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla vekâlet veren bu sefer vekili tescile zorlayamayacaktır. İlk karar, BK 393 (TBK 509) hükmünün yalnızca taşınır mallarla ilgili olduğu ve taşınmazlara uygulanamayacağı yönünde eleştirilmiştir. Zira böyle bir kabul, tapuda vekil adına tescil edilmiş bir taşınmazın vekâlet verene kendiliğinden tescilsiz olarak geçmesi sonucunu doğuracaktır ki bu hususun taşınmaz mülkiyetine hâkim olan temel ilkelerden tescil ve aleniyet ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 380. İkinci karara getirilen eleştiri ise, BK 392/1 (TBK 508/I) hükmünün doğrudan doğruya kanundan doğan bir borcu düzenlediği, kanun gereği bir devir yükümlülüğünün bulunduğu, dolayısıyla da vekâlet sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına gerek olmadığı hususlarının göz ardı edilmiş olması şeklindedir, bkz. Sungurbey, İ.: Medeni Hukuk Sorunları, C. 4, İstanbul 1980, s. 500 vd. (Medeni Hukuk Sorunları); Kocayusufpaşaoğlu, s. 380; Tandoğan (Borçlar Özel C.II), s. 496. Sirmen de birinci kararda, tescil vekil adına yapıldığı halde vekalet verenin mülkiyeti kazandığının kabul edilmesiyle kanunda öngörülmemiş bir tescilsiz kazanmadan söz edilmesi; ikincisinde de vekalet sözleşmesinin vekili vekalet verene karşı taşınmazın mülkiyetini nakil borcu altına sokmaya elverişli bir sözleşme sayılmaması nedeniyle, Yargıtayın bu iki kararına katılmamaktadır, Sirmen (Eşya Hukuku), s. 341.

²¹⁹ Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 110; Hatemi, H.: “Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekâlet ile İlişkisi”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977, s. 127 vd.

bakılarak; (a) ya muvazaalı işlemlerin, (b) ya inançlı işlemlerin ya da (c) dolaylı temsili içeren vekâletin hukuki rejimine tabi kılmak gerektiğini belirtmektedir²²⁰.

Buna karşılık doktrindeki bir başka görüş ise nam-ı müstear ile gizlenen kişi arasındaki vekâlet sözleşmesine dayanan dolaylı temsil ilişkisinin her durumda bir inançlı işlem oluşturacağını²²¹, dolayısıyla hemen yukarıda belirtilen (b) ve (c) ihtimallerinin tek bir çatı altında toplanması gerektiğini ve neticede problemin “tarafıta muvazaâ” ve “inançlı işlem” ikilemi içinde ele alınması gerektiğini savunmaktadır²²². Bir başka görüş ise nam-ı müstear durumunda daima üç ayrı kişinin bulunduğunu, inançlı işlemin taraflarının ise iki kişi olabileceğini²²³, dolayısıyla bir nam-ı müstear durumunun inançlı işleme dayanamayacağını ileri

²²⁰ Postacıoğlu, s. 1013; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 177; Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 111. Yavuz ayrıca, “bütün meselenin, bir nam-ı müstear durumunda, sözleşmenin hükümlerinin nam-ı müsteara mı, yoksa ismi gizli kalan kişiye mi ait olacağının tespitinde toplandığını, bunun da nam-ı müstear durumunun tavsifine yani olayın özelliklerine göre tabi olacağı hukuki rejimin saptanmasına bağlı” olduğunu ifade etmektedir.

²²¹ Kocayusufpaşaoğlu, yukarıda belirttiğimiz b) ve c) ihtimalleri arasındaki farkın süre kriterine göre yapıldığını, dolaylı temsilci statüsündeki vekil (V)’nin, taşınmazı, satıcı (S)’den kendi adına ancak alıcı (A) hesabına alıp *az çok uzun bir süre* idare ettikten sonra (A)’ya devredecek olduğunda, (V) ile (A) arasındaki ilişkinin bir inanç sözleşmesi olarak görüldüğünü, öte yandan (V)’nin iktisap ettiği taşınmazı *hemen* (A)’ya temlik etme yükümlülüğü altında olduğu zaman ise, dolaylı temsil esasına dayalı bir vekâlet ilişkisinin bulunduğu sonucuna varıldığını belirtmektedir. Yazara göre, vekâlet sözleşmesinin uzun süre devam edecek işleri görmek üzere yapılmasına hiçbir engel olmadığı gibi, inanılanın üçüncü bir kişiden iktisap edeceği mallara ilişkin olarak, bunların vakit geçirmeksizin inanana devredilmesini öngören bir inanç sözleşmesi de pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla sözü edilen süre, ister ‘vekâlet sözleşmesinin süresi’, ister ‘inançlı olarak elde edilen hakkın kendi hakkı gibi kullanılma süresi veya şeyi alıkoyma süresi’ olarak anlaşılsın, tüm bu hallerde vekâlet ve inançlı işlem faraziyeleri farklı seçenekler olarak görülemez. Kısacası yazar, ‘vekâlet’ ile ‘inançlı işlem’ arasında sağlam esaslara dayalı bir ayırım yapılamayacağından, nam-ı müstear meselesinin, yukarıda değindiğimiz b) ve c) ihtimallerinin tek bir çatı altında toplanarak çözülmesi gerektiği görüşündedir, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 378-379. Yukarıda “§ 3, I, B.” başlığı altında ayrıntılı olarak açıkladığımız gerekçelerle “vekâlet” ile “inançlı işlem” kurumlarının bir tutulamayacağı görüşünde olduğumdan, yazarın b) ve c) ihtimallerinin tek çatı altında toplanarak, nam-ı müstear meselesinin “tarafıta muvazaâ” ve “inançlı işlem” ikilemi içinde ele alınması gerektiği şeklindeki görüşünden ayrılıyorum. Klasik öğreti gibi, nam-ı müstear meselesinin, yukarıda zikredilen a), b) ve c) olmak üzere üç farklı ihtimal gözetilerek çözülmesi gerektiği fikrindeyim.

²²² Kocayusufpaşaoğlu, s. 376 vd. Bu hususta Tandoğan da benzer görüşü savunmaktadır. Nitekim yazar, söz konusu ihtimallerde ortada dolaylı temsili içeren bir vekâlet sözleşmesinin mevcut olduğunu belirterek, esasen inançlı işlem ile dolaylı temsili içeren vekâlet sözleşmelerini tek bir çatı altında toplamaktadır. Hatta yazar, Yargıtay’ın nam-ı müsteara ilişkin yukarıda belirtilen iki çelişkili kararının (Yargıtay 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile 7.10.1953 tarih ve 7/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı) yol açtığı problemlerin, bu şekildeki bir kabul ile ortadan kaldırılabileceği görüşündedir, bkz. Tandoğan (Borçlar Özel), s. 566-567.

²²³ Hatemi, s. 131 vd. Bu görüşteki yazarların, inanç konusunun inanan dışında üçüncü kişilerden iktisabının mümkün olmadığını, borçlandırıcı inanç anlaşması ile tasarruf işleminin taraflarının aynı kişiler olması gerektiğini savunduklarını burada bir kez daha belirtmek gerekir.

sürmektedir²²⁴. Hatta, “*tafta muvazaa*” kavramını reddeden diğr bir görüş, nam-ı müstearı, görünürdeki sözleşmenin bir inançlı işlemi gizlediğı nisbi muvazaa hali olarak nitelendirmektedir²²⁵.

Klasik öğreti²²⁶ gibi, kanımca da nam-ı müstear meselesi, somut olayın özellikleri dikkate alınarak üç farklı ihtimale göre çözümlenmelidir. Bu tartışma, özellikle mülkiyetin devri işlemlerinde ortaya çıkmakta ve dolayısıyla işleme konu olan eşyanın mülkiyetinin kime ait olacağı bakımından önem taşımaktadır. Hemen aşağıda üç ihtimal için vereceğimiz somut örneklerle açıklayacağımız üzere, işlem sonucunda mülkiyetin kime ait olacağı hususu, her ihtimalde farklılık arz etmektedir.

İlk ihtimalde; *tafta muvazaanın* mevcudiyetinden bahsedilebilir. Örneğin alıcı (A), satıcı (S) ile bir satım sözleşmesi yapmak istemekte, ancak birtakım gerekçelerle isminin gizli kalmasını tercih etmektedir. Bunun için (A) ile (S), satım işleminin (S) ile (V) arasında gerçekleşmesi konusunda anlaşırılar. Yani görünürdeki (tarafların aslında hüküm ve sonuç doğurmasını istemedikleri) satım işlemi (V) ile (S); gerçek ve gizli satım işlemi ise (A) ile (S) arasında yapılır. (A), (V) ve (S) arasındaki uzlaşma nedeniyle burada *tafta muvazaa* söz konusudur. Bu ihtimaldeki nam-ı müstear durumu, *muvazaa* hükümlerine tabidir. Buna göre, taraflar (S) ile (V) arasındaki satış sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasını istemediklerinden,

²²⁴ Hatemi, s. 131 vd.; Özdemir, E.: Türk Hukukunda Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı Müstear Uygulaması, Yapım Gen Matbaacılık, Ankara 1994, s. 100.

²²⁵ Feyzioğlu, F. N.: “Gayrimenkule Mütcellik Karı Koca Arasındaki Vekâlet Akdi, Muvazaa ve Nam-ı Müstear İddiaları (Karar Tahlili), İÜHFM, İstanbul 1953, C. XIX, S.3-4, s. 989-1021, s. 1017-1018.

²²⁶ Postacıoğlu, s. 1013; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 177 vd; Sungurbey (Madeni Hukuk Sorunları), s. 500 vd. Yargıtay da 4. HD. 3.7.1973 tarihli, E. 72-7053, K. 7760 sayılı kararında “*Nam-ı müstear, Türk-İsviçre hukukunda da ya muvazaa ya itimada dayanan muamele ya da (vasıtalı) dolayısıyla temsilin hukuki rejimine tabi tutulmuştur. Nam-ı müstear durumu olayın özelliklerine göre karımıza bazen muvazaa, bazen itimada dayanan muamele ve bazen vekâlet sözleşmesine ilişkin bir işlem olarak ortaya çıkacağından durumun buna göre tavsif ve tefrik edilerek ona göre halledilmesi gerekecektir*” demek suretiyle, aynı görüşü benimsemiştir.

görünürdeki bu satış sözleşmesi kesin hükümsüz olur. (A) ile (S) arasında gerçekleştirilen gizli satım sözleşmesinin akıbeti ise, satışa konu eşyanın taşınır veya taşınmaz olmasına göre değişiklik gösterir. Taşınmaz satışı söz konusu ise, satım sözleşmesi resmi şekle uyulmadan gerçekleştirildiğinden geçersiz ve böylece tescil de yolsuz olacak, mülkiyet satıcı (S)'de kalacaktır. Eğer bir taşınır satışı mevcutsa, şekil şartı aranmadığından mülkiyet nam-ı müstear (A)'ya ait olacaktır.

İkinci ihtimal ise; inanılanın inanç konusunu (inanandan değil) üçüncü bir kişiden devraldığı bir *inançlı işlem* ilişkisinin söz konusu olmasıdır. Bu ihtimalde devir işleminin tarafları inanılan (V) ile satıcı üçüncü kişi (S)'dir. (V) ile (S) arasında yapılan satış sözleşmesi ve buna dayanılarak yapılan devir geçerlidir; çünkü tarafların devir konusunda uzlaştıklarını açıkladıkları beyanları ile bu konudaki gerçek iradeleri birbirine uygundur. Buradaki özel durum, inanılanın, kendisi ile inanan (A) arasındaki inanç anlaşması uyarınca, üçüncü kişiden iktisap ettiği malvarlığı unsurunu, belirli bir süre yönettikten sonra, inanç ilişkisindeki amaç gerçekleşince, (A)'ya devretmek borcu altına girmiş olmasıdır. Bu borcu doğuran ve inanan ile inanılan arasında kurulan işlem inançlı işlemdir. (S)'nin, (V) ile devir işlemini yaparken, inanç anlaşmasını bilip bilmemesi önem taşımaz²²⁷. Bu ihtimaldeki “nam-ı müstear” durumunun tabi olacağı ilkeler, *inançlı işlem* kurumu hakkında benimsenecek hukuki nitelik ve buna bağlı hükümlere göre belirlenmelidir. Buna göre, (S) ile (V) arasında yapılan devir işlemi geçerlidir ve inanç konusu taşınır veya taşınmazın mülkiyeti her zaman için inanılan (V)'dedir. (V)'nin, inanç konusu

²²⁷ Gerçekten, üçüncü kişinin inanan ile inanılan arasındaki ilişkiyi bilmesi, üçüncü kişi ile inanılan arasında gerçekleştirilen işlemin yalnız bu sebeple muvazaa sayılması ve geçersiz addedilmesi doğru değildir. Kocayusufpaşaoğlu'nun (s. 378, dn. 111), üçüncü kişinin, inanılanın gerçekte inanan hesabına hareket ettiğini bilip bilmemesinin önemi olmadığı görüşü daha yerindedir.

malı (A)'ya devir borcu, aralarında yapmış oldukları inanç anlaşmasından doğan nisbi borcudur.

Üçüncü ve son ihtimal ise; *vekâlet sözleşmesine dayalı bir dolaylı temsil* ilişkisinin mevcudiyetidir. Bu ihtimalde, dolaylı temsilci statüsünde olan vekil (V) bir alacağı, taşınırı veya taşınmazı üçüncü kişi (S)'den kendi adına; ancak vekâlet veren (A) hesabına devralır. (V) bu sıfatla (S)'den iktisap ettiği malvarlığı unsurunu, (A) ile aralarındaki vekâlet sözleşmesinden doğan işgörme borcunun (yani devralıp-devretme yükümlülüğünün) bir gereği olarak, belirli bir süre yönetmesi söz konusu olmaksızın, (A)'ya devretmek borcu altındadır. Vekâlet sözleşmesinin konusunun taşınır veya taşınmaz olduğu hallerde, mülkiyetin kimde olacağına ilişkin olarak burada açıklanan üçüncü ihtimal ile ikinci ihtimal arasında pratik olarak bir fark yoktur. İki ihtimal arasındaki fark, vekâlet sözleşmesinin konusunun bir alacak hakkı olduğu hallerde, kendini gösterir. Zira hakkın kime ait olacağı konusu, ikinci ve üçüncü ihtimaller bakımından farklılık arz eder. Şöyle ki;

Üçüncü ihtimaldeki örnekte, vekâletin konusunu bir alacağın teşkil ettiği durumlarda, (V)'nin (S)'den edindiği alacak, TBK md. 509/I hükmü gereğince, (A)'nın (V)'ye karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda kendiliğinden (A)'ya geçer. Buna karşılık dolaylı temsilci sıfatıyla üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği hukuki işlemleri kendi adına; ancak vekâlet veren hesabına yapan vekillere ilişkin olan TBK md. 509/I hükmü, niteliği gereği bu tür işlemlerden farklılaşan saf inançlı işlemlere, olduğu gibi uygulanmaya elverişli ve yeterli değildir. *Sui generis* niteliği haiz olduğunu savunduğum²²⁸ (inanç konusunun üçüncü kişiden kazanıldığı) saf inançlı işlemlere,

²²⁸ Aşağıda bkz. §5 II A.

TBK md. 509/I hükmü, bünyesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır²²⁹ ve yapılacak kıyas sonucunda, ikinci ihtimal ile üçüncü ihtimalin söz konusu olduğu somut örneklerde, işlem sonucunda hakkın kime ait olacağının farklılık göstermesi de kuvvetle muhtemeldir. Açıklanan gerekçelerle, ikinci ve üçüncü ihtimallerin ayrılması gerektiği ve nam-ı müstear meselesinin, b) ve c) ihtimallerini tek çatı altında toplayarak “tarafı muvazaa” ve “inançlı işlem” ikilemi içinde ele alan yazarların görüşlerinin aksine; klasik öğreti gibi, bu başlık altında açıklanan üç farklı ihtimale göre çözümlenmesi gerektiği kanaatindeyim.

IV. Kanuna Karşı Hile

Kanuna karşı hile, kanunun yasakladığı bir sonuca, kanunun yasaklamadığı bir fiil ile ulaşmaya çalışmaktır²³⁰. Kanun, doğrudan doğruya bir sonucu (amacı) yasaklamışsa, o sonuca dolaylı biçimde ulaşmayı sağlayan her çeşit vasıtayı da yasaklamış sayılır; söz konusu yasağı bertaraf etmeye yarayan bütün yollar kapalıdır²³¹. Bir başka ifadeyle kanuna karşı hile, şeklen tamamen hukuk düzenine uygun, caiz ve geçerli olan bir işlemle, kanunun ruh ve amacının çiğnenmesi, onun yasakladığı sonuca dolaylı yoldan ulaşılmaya çalışılmasıdır²³².

²²⁹ Aşağıda bkz. §8 II B.

²³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 386 vd. Kanuna karşı hileyi, emredici hukuk kuralına aykırı bir fiile veya hukuki işleme uygulanacak olan yaptırımı bertaraf etmek için hukuken geçerli olan başka fiil veya işlemleri gerçekleştirerek aynı sonuca ulaşmak şeklinde tanımlayan yazarlar için bkz. Oğuzman, M.K./Barlas, N.: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 279; Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 100. Öte yandan, kanuna karşı hileyi, “*bir yasadı normunun metnine tam olarak sadık kalarak, ruhuna aykırı davranmak*” şeklinde farklı tanımlayan ve dolayısıyla, kanuna karşı hilenin olup olmadığını anlamak için, normun yalnızca metnini değil, manasını ve amacını da dikkate almak gerektiğini belirten görüş için bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 236.

²³¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 387; Eren, s. 388 vd.

²³² Kocayusufpaşaoğlu, s. 387.

Kanuna karşı hilenin, inançlı işleme başvurulmak suretiyle de gerçekleştirilmesi mümkündür. Hatta inançlı işlemler, kanuna karşı hile aracı olarak kullanılmaya elverişlidir²³³. Örneğin; (A), Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu üyeliği görevinin sona ermesinin hemen ardından, enerji piyasasında faaliyet gösteren özel bir enerji perakende ve satış şirketinin hissesini almak istemekte ise de, 4628 sayılı Kanun md. 6/1 hükmündeki iki sene süreli yasak bu isteğini gerçekleştirmesine engeldir²³⁴. Bu nedenle, uzun süredir tanıdığı yakın dostu (B) ile aralarında bir inanç anlaşması yaparak, söz konusu şirketin hissesini kendi yerine (B)'nin satın ve devir alması (inanç konusunun üçüncü kişiden kazanılması), iki senelik yasak süresi boyunca (A) menfaatine olacak şekilde elinde bulundurması ve muhafaza etmesi, iki sene geçtikten sonra ise (inanç konusu) hisseyi, bugünkü piyasa bedelinden veya taraflarca belirlenen nominal bedelden (A)'ya satıp devretmesi konusunda anlaşır. Taraflarca işlemin hüküm ve sonuç doğurması istendiğinden ortada bir muvazaa söz konusu değildir. Ancak (A) ile (B) aralarında yapmış oldukları inançlı işlem ile,

²³³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 388. İnançlı işleme başvurulmak suretiyle gerçekleştirilen kanuna karşı hile örneği olduğunu düşündüğüm bir kararda; davacı (inanan) ABD'den satın alıp daha sonra Türk Bayrağına geçişini sağlayarak ismini ilk eşinden olan kızının ismini koyduğu ve bu isimle sicile kaydettirdiği (inanç konusu) teknesini, (ısrarla teknenin isminin değiştirilmesini isteyen) yeni eşine inançlı olarak devreder. Zira, T.C. Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığınca belirlenen Gemi İsim Talebinde, Onayında ve Terkininde Aranacak Kriterler'e göre; satış haricinde, çok özel bir gerekçe olmadığı ve bu gerekçe belgelenemediği hallerde gemi ismi değişikliği talep edilememektedir. Satış durumunda ise, satıştan itibaren 3 ay içerisinde talep edilmek kaydıyla gemi isim değişikliği yapılabilmektedir. Davacı inanan ile davalı inanılan arasındaki inanç anlaşmasında ise, davalının gemiyi, isim değiştirildikten sonra davacıya geri devredeceği hususunda anlaşılır, bkz. Yarg. 11 HD., E.2014/10956, K. 2015/2466, T.24.2.2015. Söz konusu kararda Yargıtay, uyuşmazlığı 'inançlı işlem' hukuki nedenine dayandırmış; ancak bunun kanuna karşı hile teşkil edip etmediği hususunu tartışmamıştır. Esasen, burada taraflar kanunun yasakladığı bir sonuca, kanunun yasaklamadığı bir fiil ile ulaşmaya çalışmakta ve bunun için de inançlı işleme başvurmaktadırlar. Dolayısıyla, kanımca, Yargıtay'ın, bu gerekçe ile taraflar arasındaki işlemin kesin hükümsüz olduğu sonucuna ulaşması yerinde olurdu.

²³⁴ 4628 sayılı Kanun md. 6/1 hükmüne göre, "... Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu üyeleri, üyeliklerinin sona ermesinden itibaren iki yıl süre ile elektrik ve doğal gaz ile petrol ve LPG piyasalarında faaliyet gösteren özel hukuk hükümlerine tâbi tüzel kişiliklerde ya da bunların iştiraklerinde görev alamaz ya da bu tür işlere ortak olamazlar ve bu tüzel kişilerden ya da iştiraklerden gelir sağlayacak ya da sağlayabilecek doğrudan ya da dolaylı ilişkiye giremez ve elektrik enerjisi ticareti ve doğal gaz ticareti ile petrol ve LPG ticareti ile uğraşamaz, bkz. 20.02.2011 tarihli ve 4628 sayılı "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun", <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4628.pdf>, erişim tarihi: 07.01.2020.

yukarıda belirtilen kanun hükmü ile yasaklanan sonuca, kanunun yasaklamadığı bir fiil ile ulaşmaktadırlar. Taraflar, 4628 sayılı Kanun md. 6/1 hükmü ile yasaklanan sonuca, kanunun yasaklamadığı bir hukuki işlem ile ulaşmaya çalışmıştır. Bu fiil, kanuna karşı hile teşkil eder.

Kanuna karşı hilenin yaptırımının ne olduğu konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Günümüzde yaygın olarak kabul gören görüşe göre, bertaraf edilmek istenen kanun hükmü doğrudan doğruya ihlal edilmiş olsaydı hangi yaptırım uygulanacak idiyse, hükmün sözünün dışında kalmakla birlikte ruhu ile amacına aykırı düşen ve kanuna karşı hile oluşturan işlemlere de aynı yaptırım uygulanır²³⁵. İsbetli olduğunu düşündüğümüz bu görüş çerçevesinde, yukarıda zikredilen iki kanuna karşı hile örneklerinden ilkinde satış vaadi sözleşmesinin, ikincisinde ise inanç anlaşmasının kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılmalıdır.

Öte yandan kanuna karşı hilenin yaptırımını TMK md. 2/II hükmü uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilişkilendiren görüş ise öğretide genellikle kabul görmemektedir²³⁶. Bir hükmün sözünün kapsamı dışında kalan fakat onun ruh ve amacına aykırı düşen işlemler de dolaylı biçimde ilgili hükme aykırı sayılır²³⁷.

Kanuna karşı hile oluşturan işlem, dolanmak istediği hükmü ihlâl etmiş olacak, bu sebeple ortada, TMK md 2/II hükmüne başvurulmasına gerek kalmaksızın, ilgili kanun hükmüne aykırılık teşkil eden bir işlem söz konusu olacaktır²³⁸. Açık ihlaller

²³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 391; Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 101, Oğuzman/Barlas (Medeni Hukuk), s. 207.

²³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 391; Jäggi/Gauch, Art. 18 N. 171; BGE 115 II 87.

²³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 391.

²³⁸ A.g.e., s. 391.

hangi yaptırım ile karşılaşıyorsa, dolaylı ihlallerin de aynı yaptırım ile karşılanması gerekir²³⁹.

V. *Trust*

Common Law hukuk sistemine özgü bir kurum olan *trust*, Orta Çağ'da ortaya çıkmış ve özellikle ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle, başta İngiltere olmak üzere birçok ülkede yaygın uygulama alanı bularak gelişmiş ve günümüze kadar gelmiştir²⁴⁰. Özellikle Haçlı Seferleri sırasında savaşa giden kişilerin geride bıraktıkları malvarlıklarını, bunların korunması ve/veya yönetilmesi amacıyla, güvendikleri bir kişiye bırakmaları şeklinde ortaya çıkan *trust*, devir işleminin güven esasına dayalı olarak yapılmasından kaynaklanır²⁴¹. 15. yüzyıl ortasında, *equity* mahkemelerinde görülen davalarda *Chancellor*, *trustee*'yi, kendine taşınmaz devredilirken kabul ettiği güvene dayalı anlaşmaya uymakla yükümlü tutmuş²⁴²; böylece devralanın amaca aykırı davranışları söz konusu mahkemelerce yaptırıma bağlanmış, *trust* kurumu hukuki bir değer kazanmıştır.

İngiliz hukuk sistemi iki ana kaynağa dayanır: *common law* ve *equity law*. *Equity law* 16. yüzyıldan itibaren İngiliz hukuk sisteminin temel hukuki kaynakları arasına girmiş, 17. yüzyılda *Chancellor* tarafından *equity* esasına dayalı olarak verilen tüm kararlar derlenmiş, 18. yüzyılda *equity*'nin yalnızca 'makul olma (*reasonableness*)' ve 'adil olma (*fairness*)' ölçütlerine değil, kesin hukuk kurallarına da dayandığı ve *common law* ile ortaya çıkabilecek eksiklik ve yetersizliklerin giderilmesine yardımcı

²³⁹ Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 101.

²⁴⁰ Radu, s. 241; Öz, T.: "Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust" (Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 1425-1444, s. 1427 (*Trust*).

²⁴¹ Kötzt, s. 14, 15.

²⁴² Öz (*Trust*), s. 1427.

olduğu kabul edilmiştir²⁴³. 1876 tarihli “*Judicature Act*” ile *common law* ve *equity law* mahkemeleri bağımsızlıklarını yitirerek “*Supreme Court of Judicature*” adıyla tek bir çatı altında toplanmışsa da bu yapı, maddi hukuktaki ikili sistem üzerinde hiçbir değişiklik yaratmamıştır²⁴⁴.

Trust kurumu *equity* sayesinde İngiliz hukuk sistemine dahil olabilmıştır²⁴⁵. *Trust*, bugünkü haliyle, her ne kadar sadece mülkiyet hakkına konu olan bir müessese değilse de²⁴⁶ bu kavramın temelinde *ikili mülkiyet* ilkesi yatar²⁴⁷. *Trust* kurumunda söz konusu olan ‘legal ownership’ *common law*’a dayanırken; ‘equitable ownership’ *equity*’den türemiştir. İngiliz hukuk sistemindeki, yukarıda zikredilen hukukta ikilik (dualite)²⁴⁸ devam ederken, *equity* esasına dayanan *trust* kurumu da iyice kökleşmiştir²⁴⁹. Nitekim, İngiliz hukukunda *equity* ortaya çıkmamış olsaydı, *trust* kurumunun yaratılması ve gelişmesi de mümkün olmazdı²⁵⁰. *Trustee*, yararlanan (*beneficiary*) lehine yönetmesi gereken malvarlığı unsuru üzerinde tek başına tam ve teknik anlamıyla malik olurdu ve onun, söz konusu eşyayı *beneficiary* menfaatine yönetme yükümlülüğü tamamen ahlaki esaslara dayalı olarak kalırdı; zira ne *trust*

²⁴³ Hoofs, K.: “Property Rights in Legal History”, (ed. Boudewijn Bouckaert), Property Law and Economics: Encyclopedia of Law and Economics, Edward Elgar, 2. Baskı, C. 5, 2010, s. 15.

²⁴⁴ Hoofs, s. 15-16.

²⁴⁵ Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 258-259; Jenks, E.: “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler” (çev. Özyörük, M.), s. 40-79, s. 67, erişim: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2175.pdf>, erişim tarihi: 13.01.2020. Yazar, *trust* kurumunu *Equity*’nin ilk fonksiyonu şeklinde ifade etmekte ve *trust*’ın bütün sahasının *Equity* sisteminin içinde olduğunu belirtmektedir, bkz. a.g.e., s. 67.

²⁴⁶ Sınırlı ayni haklar, fikri ve sınai haklar ve alacak hakları da *trust*’a konu olabilir, Öz (*Trust*), s. 1429. Adı geçen yazar bu konuda şu eserlere atıf yapmaktadır: Leslie/ Sterk, s. 115; Campbell/ Oregon, s. 56-57.

²⁴⁷ Schwarz, s. 196.

²⁴⁸ A.g.e., s. 193.

²⁴⁹ Hoofs, s. 14-15.

²⁵⁰ Hansmann, H./ Mattei, U.: “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, New York University Law Review, 1998, C. 73, S. 434, s. 434-479, s. 439.

kurucusu (*settlor/trustor*) ne de *beneficiary, trustee*'ye karşı *Common Law* mahkemelerinde talepte bulunma imkân ve hakkına sahip olmazlardı²⁵¹.

Bir eşya üzerindeki hak sahipliğinin (*ownership of an object*) bölünmesi ve farklı kişiler arasında paylaştırılması esasına dayanan²⁵² *trust* kurumunda, *settlor* kendisine ait mülkiyet hakkını, yönetmesi amacıyla güvendiği *trustee*'ye devreder²⁵³. *Trustee*, söz konusu hakkı, *trust* kurucusunun (*settlor*) belirlediği *beneficiary*²⁵⁴'nin menfaatine olacak şekilde yönetir, korur ve muhafaza eder. *Common law*'da dayalı mülkiyet (*legal ownership*) *trustee*'ye, *equity law*'a dayalı mülkiyet (*equitable ownership*) *beneficiary*'ye aittir²⁵⁵. Her ikisi de *trust*'a konu eşya üzerinde aynı yetkilere sahiptir. Yalnızca sözleşmeden doğan nisbi bir hakka değil; bilakis *trust* konusu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan *beneficiary*, söz konusu hakkını herkese karşı ileri sürebilir²⁵⁶.

Trust işleminde, *settlor, trustee* ve *beneficiary* olmak üzere üç kişi bulunmakla birlikte²⁵⁷, ortada üç taraflı bir hukuki ilişkinin olduğu söylenemez²⁵⁸. Zira, *trust* kurulunca, *settlor*'ın *trust* kapsamındaki malvarlığı unsurları üzerindeki her türlü

²⁵¹ A.g.e., s. 439 - 440.

²⁵² Öz, bu konuya ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmaktadır: “*Trust kuran aslında bir tasarruf işlemi yapmakta ve mülkiyeti sanki aynı anda iki kişiye devretmektedir. Bunlardan biri, malvarlığının yönetilmesi, kullanılması, korunması hususlarında yetkilendirilen ve Trustee denen kişidir. Diğeri ise, malvarlığının getirilerinden yararlanacak olan beneficiary'dir*”, bkz. Öz (*Trust*), s. 1428.

²⁵³ Hansmann/ Mattei, s. 440.

²⁵⁴ *Trust* kurumunda yararlanan kişi için genellikle *cestui que trust* ifadesi kullanılmaktadır.

²⁵⁵ Hansmann/Mattei, s. 440. Van Erp, J.H.M. / Akkermans, B.: “Property Rights: A Comparative View”, International Encyclopaedia of Law and Economics, (ed. Boudewijn Bouckaert), Edward Elgar, 2010, s. 37; Garrigues, s. 27; Thomas, Ward L. / Henzke, Leonard, J.: “Trusts: Common Law and IRC 501 (c) (3) and 4947”, 2003, EO CPE Text, erişim: <https://www.irs.gov/pub/irs-tege/eotopica03.pdf>, s. 1 vd.

²⁵⁶ Hansmann/Mattei, s. 440.

²⁵⁷ *Trust, beneficiary*'nin katılımı olmaksızın da kurulabilmektedir. Bu durumda ortada artık yalnızca *settlor* ve *trustee* olmak üzere iki farklı hukuki konum mevcut olacaktır.

²⁵⁸ Güvenç, s. 59. *Trust* kurumunun, *settlor, trustee* ve *beneficiary* arasında üçlü bir ilişki oluşturduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Pedük, T: “Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services)”, Maliye Finans Yazıları, Nisan 2009, C. 1, S. 83, s. 131-139, s. 132. *Trust* ilişkisinde *beneficiary*'yi dışlayan ikili bir ilişki tanımı için bkz. Atila, s. 67.

tasarruf yetkisi kalkar²⁵⁹; *trust*, *trustee* ile *beneficiary* arasındaki ilişkiden ibaret kalır²⁶⁰. *Trust* belgesinin düzenlenmesiyle birlikte, hukuki ilişki yalnızca, *trust*'a konu malvarlığı unsurunun yönetilmesi, kullanılması, korunması hususlarında yetkilendirilen *trustee* ile malvarlığının semerelerinden yararlanacak olan *beneficiary* arasında söz konusu olur²⁶¹. *Trustee*, *trust*'a konu malvarlığı unsurlarını koruyucu hakları, *beneficiary*'nin temsilcisi olarak değil; parçalanmış mülkiyetten kendisine ait kısma dayanarak, kendi adına, doğrudan ve bizzat kullanır²⁶². *Beneficiary*'nin *trust*'a konu malvarlığı unsurundan yararlanma hakkı da, *trustee*'ye karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkından ibaret değildir; o, söz konusu malvarlığı değerinin doğrudan tasarruf yetkisine sahip olmayan bir maliki gibi istifade hakkına sahiptir²⁶³.

Trust kurumunda en sık karşılaşılan örnek, mülkiyetin bölünerek devredilmesi ise de mülkiyet hakkı dışında sınırlı ayni haklar, fikri ve sınai haklar ve alacak hakları da *trust*'a konu olabilir²⁶⁴. *Trustee*, *trust* konusu hakkı *trust* ilişkisi devam ettiği sürece *beneficiary*'nin çıkarlarını gözeterek kullanacak ve yönetecek²⁶⁵; bundan elde ettiği yararları ise *beneficiary*'ye devredecektir. *Trust* ilişkisi herhangi bir şekilde sona erdiğinde *trust* konusu hak, sağladığı tüm yetkilerle birlikte, ya *settlor* tarafından önceden belirlenmiş bir kişiye (*recipient*/ nihai malik)²⁶⁶ geçer ya da böyle bir kişi

²⁵⁹ *Settlor* artık *trust* konusu malvarlığı değerlerinin sahibi olmadığından, söz konusu malvarlığı değerlerine zarar verenlere karşı, istihkak ve müdahalenin men'i davalarını açamayacaktır.

²⁶⁰ Öz (*Trust*), s. 1433. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Campbell/Oregon, s. 56.

²⁶¹ Öz (*Trust*), s. 1429; Özsunay, s. 248.

²⁶² Öz (*Trust*), s. 1435.

²⁶³ A.g.e., s. 1437. Yazar, *beneficiary*'nin, *trust*'a konu taşınmazı kullanma ve semerelerini toplama yetkisinin, *trustee*'nin alelade bir alacaklısı sıfatıyla değil, mülkiyete dayalı mutlak bir hak sahibi sıfatıyla sahip olduğu bir yetki olduğunu; *trust*'a konu malvarlığı değerine zarar veren üçüncü kişiye karşı doğrudan dava açarak, bu yüzden azalan kazancı yüzünden uğradığı zararının tazminini *trustee*'den isteyebileceğini belirtmektedir.

²⁶⁴ Öz (*Trust*), s. 1429. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Leslie/ Sterk, s. 115; Campbell/ Oregon, s. 56-57. İleride elde edilecek bir malvarlığı değerinin de önceden *trust*'ın konusu olabilmesine herhangi bir engel yoktur.

²⁶⁵ Burada, *trustee*'nin *trust* konusunu *beneficiary*'nin menfaatine yönetirken, ona karşı bir özen ve sadakat borcu olduğu söylenebilir.

²⁶⁶ *Trust*, *trust* kurucusu tarafından belirlenecek bir süreye bağlanabileceği gibi, bir bozucu şartın gerçekleşmesine de bağlanabilir. Bunlar olmadığı takdirde kanunda belirlenen azami sürenin

yoksa *beneficiary*'nin malvarlığına dahil olur²⁶⁷. *Beneficiary, trust* sona erdiği anda, *trustee*'nin de yetkilerini kazanarak tam hakka sahip olur²⁶⁸.

İngiliz hukukunda olduğu gibi, ABD hukukunda da geniş uygulama alanı bulan *trust*, yaygın kullanımı ve pratikliği sebebiyle, Kıta Avrupası ülkelerinde de dikkat çekmiştir²⁶⁹. Kıta Avrupası hukukunda *trust*'ın işlevini gerçekleştiren müesseseler, esasen, “*fiducia*”, “dolaylı temsil” ve “yönetim vekâleti”dir²⁷⁰.

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde “*trust-benzeri*” bir kurum olarak ifade edilen²⁷¹ inançlı işlemler ile *trust* arasındaki iki temel farklılık şudur:

Trust kurumunda, *trust* konusu malvarlığı unsuru üzerinde, birden fazla mülkiyet hakkı söz konusudur:²⁷² *Common Law*'dan türeyen mülkiyet (*legal ownership*) *trustee*'ye, *equity*'den doğan mülkiyet (*equitable ownership*) *beneficiary*'ye aittir²⁷³.

dolmasıyla *trust* sona erer. Bu durumlarda, *trust* konusu malvarlığı unsurunun, “tam ve bölünmemiş” olarak gideceği kişi veya kişiler nihai maliklerdir.

²⁶⁷ Öz (Trust), s. 1439.

²⁶⁸ A.g.e., s. 1439. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Leslie/ Sterk, s. 110; Campbell/ Oregon, s. 65.

²⁶⁹ Öz (Trust), s. 1426. Her ne kadar “*Anglo-Amerikan trust*” ifadesi günümüzde yaygın olarak kullanılsa da; bu kavramın, ABD'nin tüm eyaletlerini, İngiltere'yi, Avustralya'yı, Kanada'yı, Yeni Zelanda'yı ve diğer bazı ülkelerin hukuk sistemlerini tek bir çatı altında toplamasının hatalı olduğu görüşünde, bkz. Lupoi, M.: “The Civil Law Trust”, University of Rome, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1999, C. 32, S. 967, s. 968.

²⁷⁰ Öz (Trust), s. 1426. Doktrinde, *trust* kurumunun, Kıta Avrupası hukuk sisteminin temel ilkeleriyle uyumlu olduğu, hatta “*Trust'a Uygulanabilecek Hukuk ve Bunların Tanınmasına İlişkin Lahey Konvansiyonu (Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition)*”nın yürürlüğe girmesiyle artık *trust* ile yaratılan hukuki ve ekonomik sonuçların Kıta Avrupası hukuk sistemlerince de tanınabileceği belirtilmektedir, bkz. Lupoi, s. 968; Pedük, s. 133.

²⁷¹ Hansmann/Mattei, s. 442-443; Lepaule, P.: “Civil Law Substitutes for Trusts”, Yale Law Journal, 1927, C. 36, S. 8, s. 1126-1147, s. 1127, 1138, erişim: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3235&context=yjlj>, erişim tarihi: 14.01.2020.

²⁷² Özsunay, s. 249.

²⁷³ Dixon, M.: Modern Land Law, 5. Bası, Cavendish Publishing Limited, 2005, s. 14; Ramjohn, Mohamed, Unlocking Trusts, 4. Bası, Routledge, 2013, s. 21. İngiliz hukukunda, “Taşınmaz Hukuku (*Law of Real Property/Law of Land*)” bakımından iki tür aynı hak söz konusudur: 1- *estate (rights in land)*, 2- *interest*. *Estate*, taşınmazı kullanma ve yönetme hakkını ifade eder; aslında mülkiyete (*ownership*) çok benzer; ancak ondan farkı, sınırlı bir süre ile verilebilmesidir. “*Fee simple (freehold)*” ve “*leasehold*”, *estate*'e örnek olarak verilebilir. *Interest* ise bir kimsenin, başkasına ait olan taşınmaz üzerinde sahip olduğu yararlanma hakkıdır. *Interest*'e örnek olarak *fee tail* veya *life interest* verilebileceği gibi, daha sınırlı kapsamda olan *easement* (örn: geçit hakkı) da gösterilebilir. Aynı

Yani, *trustee (legal owner)*, ‘*legal title*’a sahipken *beneficiary (equitable owner)* ‘*legal title*’a sahip olmayan ancak başkasının malvarlığı unsuru üzerindeki menfaatler kendisine ait olan kişidir²⁷⁴. Yönetme, muhafaza etme ve koruma vb. mülkiyetin yüklediği tüm sorumluluklar *trustee*’ye aitken; mülkiyetten elde edilen yararları edinme *beneficiary*’ye aittir. *Beneficiary, trust*’a konu malvarlığının getirilerini edinebilir; ancak bu malvarlığının gerektirdiği masrafları yapmak zorunda değildir²⁷⁵. Kısacası mülkiyet hakkından kaynaklanan cereme *legal owner*’a, fayda ise *equitable owner*’a aittir. Alman hukukunda söz konusu kavramlar için *rechtliches Eigentum* ve *wirtschaftliches Eigentum* ifadeleri kullanılmaktadır²⁷⁶. Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da *legal owner* ve *equitable owner* terimlerinin karşılığı olarak “hukuki mülkiyet” ve “ekonomik mülkiyet” ifadelerinin kullanılıp kullanılamayacağı konusuna gelince: Türk hukukunda “ekonomik

haklar bakımından “*legal/equitable*” ayrımının önemine gelince, bu ayrımın tarihi önemi, hak sahibinin hakkını Mahkemede dava edip edemeyeceği/hangi Mahkemede dava edebileceği konusuna ilişkindi. Bu soruyu cevaplarken, 1925 öncesi ve sonrası şeklinde ayrım yapmak doğru olur. 1925 tarihli Kanun (LPA 1925) öncesinde, bir hakkın *legal* mı yoksa *equitable* mı olduğu hususunun önemi, hakkın üçüncü kişilere etkisi bakımındandı; eğer hak *legal* ise, var olduğu taşınmazın her devralanını bağlarken; hak *equitable* ise, iyi niyetli devralanlara karşı ileri sürülemezdi. LPA 1925 ve sonrası dönemde; bir hakkın *legal* mı yoksa *equitable* mı olduğunun tespiti için esas olarak sorulması gereken soru, “hakkın hak sahibine taşınmaz üzerinde ne sağlar? (*what does the right entitle a person to do on land?*) sorusu değil; “hakkın niteliği, doğası nedir?” sorusudur. Yani, içerik değil, niteliğe bakılmalıdır. LPA 1925 hangi ayni hakların ‘*legal*’ nitelik taşıyabileceğini (“*may*” exist, not “*do in fact exist*”) belirtmiştir. Burada sayılan *estate* ve *interest*’ler dışında kalan ayni haklar, doğrudan *equitable* sayılır. Bu kanun kapsamında sayılanlar arasına giren bir ayni hakkın ise *legal* mı yoksa *equitable* mı olduğu, söz konusu hakkın yaratılma biçimine bağlı olarak tespit edilir: eğer hak belirli bir resmi şekle uyularak kuruluyorsa (*created with proper formality – usually means by deed*) ‘*legal*’, yalnızca yazılı olarak veya LPA 1925’in ilgili bölümlerinde düzenlenen belgelerle yaratılıyorsa ‘*equitable*’ olur (istisnai durumlarda sözlü anlaşma/oral agreement, bir söz/promise de olabilir). Belirtmek gerekir ki 2002 yılında kabul edilen LRA 2002 uyarınca, artık, ayni hakların yaratılması ancak ve zorunlu olarak elektronik olmakta ve bu ayrımın önemi de kalmamaktadır. Burada sayılan iki yöntem dışında, *legal* ve *equitable* hak ayrımını yaratan üçüncü ve sonuncu yöntem ise *Trust* kurumudur. Bir eşya üzerindeki hak sahipliğini ve onun nasıl kullanılacağını belirleyen, eşya üzerindeki mülkiyeti *legal* ve *equitable* olmak üzere parçalayan ve birden ziyade kişiye paylaştıran enstrüman, *trust*’tır. Tek bir eşya üzerindeki mülkiyetin, birden çok kişiye farklı nitelikte mülkiyet hakkı sağlayacak şekilde bölünebilmesi hususu, İngiliz hukukuna özgü çok özel bir yoldur. Bu açıklamalar için bkz. Dixon, s. 3-15.

²⁷⁴ Ramjohn, s. 21 vd.

²⁷⁵ Öz (*Trust*), s. 1429. Adı geçen yazar bu konuda şu eserlere atıf yapmaktadır: Leslie/ Sterk, s. 108; Campbell/ Oregon, s. 54-55.

²⁷⁶ Marquardt, M./Wagner, J.: Praxishandbuch Immobiliensteuerecht, Erwerb, Verwaltung, Veräußerung, Springer Gabler, 2017, s. 7-8.

mülkiyet” terimi ilk olarak bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, Finansal Kiralama Kanunu kapsamında finansal kiralama ilişkisi için kullanılmıştır²⁷⁷.

Yargıtay, bu kararında, finansal kiralama ilişkilerinde kiralayanın malın fiziki varlığı ile bir ilgisi olmadığını, malın ekonomik veriminin (ekonomik mülkiyetinin) kiracıya ait olduğunu belirtmiştir. Öte yandan malın hukuki mülkiyeti finansal kiralama şirketinde kalmaktadır. Böylece aynı mal üzerinde, biri teminat amacına yönelik hukuki; diğeri ise maldan mutlak yararlanmayı sağlayan ekonomik olmak üzere iki “*mülkiyet*”in bulunduğu kabul edilmiş olmaktadır²⁷⁸. Türk hukukunda Yargıtay’ın ilk kez finansal kiralama ilişkileri bakımından kabul ettiği, “ekonomik” ve “hukuki” mülkiyet kavramlarını, *trust* kurumundaki *trustee* ve *beneficiary*’yi karşılayacak biçimde kullanmanın isabetli olmadığı kanaatindeyim. Zira Yargıtay bu kararında, ekonomik “mülkiyet”in kiracıya ait olduğunu belirtmekle birlikte; kiracının sahip olduğu “mülkiyet”in sonucu olarak malın hasar ve ziyanın da kiracıya ait olduğunu da vurgulamıştır. *Trust* ilişkisinde ise, malın hasar ve ziyanına *beneficiary* katlanmaz. Ayrıca Yargıtay hukuki mülkiyetin finansal kiralama şirketinde kaldığını belirtmişse de, buradaki hukuki mülkiyet terimini, malın teminat amacına yönelik olarak kullanmıştır. Oysa *trust* ilişkisinde teminat unsuru yoktur, *trustee*’nin hakkı, *trust* konusu malvarlığı unsurunu yönetme ve koruma yetkilerini içeren ve kendisine doğrudan *trust*’ın kurulması ile sağlanan bir haktır.

Trust kurumunda mülkiyetin bu şekilde bölünmesi mümkünken, inançlı işlemlerde inanç konusu hak, bir bütün halinde ve tam olarak inanılana devredilir ve inanılan inanç konusu üzerinde tek başına malik olur. Mülkiyetin bölünmesi, yalnızca inançlı

²⁷⁷ YHGK. 31.01.2001, E. 2000/10-1789, K.2001/6, Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 2001, s. 976.

²⁷⁸ Kuntalp, E.: “Finansal Kiralama Sözleşme Tipinin Özellikleri ve Bu Özellikler Açısından FKK md. 25/1’in Değerlendirilmesi (Finansal Kiralama Konusu Malın Teminat İşlevi)” (Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan), İstanbul 2002, s. 253-271, s. 263.

işlemlere değil, Türk hukukuna ve hatta Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancıdır²⁷⁹.

Trust'ta *beneficiary*'nin hakkı, *trust*'a konu malvarlığından yararlanma konusunda, *trustee*'ye karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkından ibaret değildir. Örneğin *beneficiary*, *trust* konusu taşınmazı kullanma ve semerelerini toplama yetkisi, *trustee*'nin alelade bir alacaklısı sıfatıyla değil, mülkiyete dayanan, mutlak hak sahibi sıfatıyla sahip olduğu bir yetkidir²⁸⁰. Dolayısıyla *beneficiary*, *trust*'a konu mala zarar veren üçüncü kişiye karşı bu hakkına dayanarak dava açarak, bu yüzden azalan kazancı yüzünden uğradığı zararının tazminini isteyebilir²⁸¹. Aynı şekilde *trustee* de *trust*'a konu taşınmaza tecavüz edenlere karşı istihkak ve el atmanın önlenmesi gibi ayni talepleri, kendi adına ileri sürebilecektir²⁸². Türk/İsviçre hukuklarında inançlı işlemlerde ise inanan, inanç amacına aykırı hareket eden inanılana karşı yalnızca şahsi bir talep hakkı sahibidir²⁸³ ve inançlı devir konusu mala zarar veren üçüncü kişilere karşı bu hakkına dayanarak dava açamaz.

§4. İnançlı İşlemlerin Fonksiyonları

Kişilerin inançlı işlemlere başvurmasındaki temel amaç; gizlenmek, teminat elde etmek, kanunların elverişsiz olan hükümlerinden kaçınmak, bir alacağın tahsil edilmesi, malın idaresi vb. olabilir²⁸⁴. Her inançlı işlem bu fonksiyonlardan yalnızca

²⁷⁹ Hansmann/ Mattei, s. 442. Kıta Avrupası hukuk sistemde, *Trust* yerine geçecek başka çare arayışı sürmüştür. 1 Temmuz 1985 tarihli “*Trust*’a Uygulanacak Hukuk ve *Trust*’ın Tanınmasına Dair Lahey Konvansiyonu”, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerce de *Trust*’ın kısmen tanınması yönünde atılan önemli adımlardan biridir.

²⁸⁰ Öz (*Trust*), s. 1437.

²⁸¹ A.g.e., s. 1437.

²⁸² Öz (*Trust*), s. 1435. *Trustee*, söz konusu hakları, *beneficiary*’nin temsilcisi olarak değil; *legal owner* (gerçek malik) olması sebebiyle ve bu sıfatıyla, kendi adına kullanmaktadır.

²⁸³ Özsunay, s. 249.

²⁸⁴ Yarg. 1. HD., T. 21.02.2007, 2007/989 E., 2007/1712 K.; Yarg. 1. HD., T. 3.3.2010, 2010/1003 E., 2010/2330 K. (kazancı içtihat bilgi bankası).

birini ihtiva etmek zorunda değildir; bir inançlı işlem birden çok fonksiyona da sahip olabilir.

Taraflar girdikleri bazı hukuki ilişkilerde, kimliklerinin karşı tarafça bilinmesi durumunda olumsuz sonuçlarla karşılaşacakları endişesiyle, kimliklerini ve/veya ekonomik durumlarını gizlemek isteyebilirler. Bu durumlarda inançlı işlemlerin “gizleme” fonksiyonu öne çıkar. Hukuk düzenimiz, işlemin amacının ya da işlem ile ortaya çıkan sonucun hukuka aykırı olmaması (kanuna karşı hile teşkil etmemesi, muvazaalı olmaması vb.) şartıyla bu işlemlere izin vermektedir. Borçlusu tarafından rahatsız edilmek istemeyen bir kişinin, tahsil amacıyla alacağını üçüncü bir kişiye devrederek bu kişinin arkasına gizlenmesi durumunda gizleme fonksiyonuna sahip bir inançlı işlem söz konusu olur. Adli yardımdan yararlanmak için bir alacağın ihtiyacı olan kişiye devredilmesi²⁸⁵; bir kişinin devraldığı inanç konusu hakkı, etrafın tecrübesinden kurtulmak amacıyla, belli bir süre sonra geri almak üzere inandığı bir kişiye devretmesi, bir kişinin, araları iyi olmadığından kendisine malını satmayacağını bildiği bir başka kişiden o malı kendisine devretmesi borcunu yüklediği ve inandığı bir aracı kişiye satın aldırması; bir kimsenin güvendiği bir kimseyi aracı olarak belirleyerek bu kişiyle (kendisi adına) taşınmaz alım-satımı yapması için anlaşması²⁸⁶ da gizleme amaçlı inançlı işlem örnekleridir²⁸⁷.

Tarafların ulaşmak istedikleri hukuki sonuç için kanunun öngördüğü araçların elverişsiz görülmesi halinde ise, inançlı işlemlerin “dolanma” fonksiyonundan (*Umgehungsfunktion*) bahsedilir. Burada, bir kanun hükmünün ya da sözleşmenin engellediği bir avantajı elde etmek ya da sebep olduğu bir dezavantajdan kaçınmak

²⁸⁵ Gerstle, s. 20.

²⁸⁶ Ammann, s. 6

²⁸⁷ Özsunay, s. 28.

için, inananın bir malvarlığı hakkını ya da haklarını, inançlı bir işlem ile, inanılana devretmesi söz konusudur. Yabancılaşma unsuru dolayısıyla mevcut olan mülkiyet edinme engellerinin aşılması için gerçekleştirilen inançlı işlemlerde ‘dolanma’ fonksiyonunun varlığından söz edilebilir²⁸⁸. Siyasi nedenlerle kapatılma ve mallarının müsadere edilme ihtimali olan bir partinin mallarını inandığı bir kişiye devretmesi; bir kişinin yakınının kredi almasını temin etmek için mallarını tekrar iade edilmek üzere ona temlik etmesi de dolanma fonksiyonuna verilen diğer örneklerdir²⁸⁹.

Gizleme ve dolanma fonksiyonlarına ek olarak, inançlı işlemlerin bir de ‘sadeleştirme (*Vereinfachungsfunktion*)’ fonksiyonu vardır. Sadeleştirme fonksiyonu ile, inançlı işlemlerde inanılanın daha güçlü ve emin bir hukuki duruma getirilmesi amaçlanır; örneğin, bir kişiye bir alacağın tahsili için yetki verileceği yerde, o alacağın tahsili amacıyla inançlı olarak devredilmesinin arkasında böyle bir amaç yatar²⁹⁰. İnanç konusunun, yönetim amacıyla bir kişiye inançlı olarak geçirilmesinin arkasında da inançlı işlemin sadeleştirme fonksiyonunun yattığından bahsedilebilir²⁹¹. Bir şeyin mülkiyetinin teminat amacıyla devredilmesi de, kredi alacaklısı için mutad teminat şekillerine nazaran daha güçlü ve basit bir durum sağlamaktadır²⁹²; ancak burada esas olan böyle bir işlemin teminat işlevidir ki bu işlev de işlemin saf inançlı değil, teminat amaçlı inançlı işlem olarak değerlendirilmesini gerektirir. Bir başka örnek ise, tahsil cirosu²⁹³ ile aynı sonuca varabilecek olan tarafların, tahsil amacıyla tam ciro yapmayı tercih etmeleridir²⁹⁴.

²⁸⁸ Güvenç, s. 33.

²⁸⁹ Özsunay, s. 28 vd.

²⁹⁰ Gerstle, s. 23.

²⁹¹ Özsunay, s. 32.

²⁹² A.g.e., s. 32.

²⁹³ Tahsil cirosu hk. açıklamalar için bkz. §9 II.

²⁹⁴ Özsunay, s. 32-33.

Yukarıda örnek kabilinden sayılan inançlı işlemlerin çoğunun (özellikle yönetim amacıyla gerçekleştirilen (saf) inançlı işlemlerin) temelinde, genellikle “sadeleştirme” fonksiyonunun yattığı söylenebilir.



İKİNCİ BÖLÜM: İNANANIN MENFAATİ İÇİN YAPILAN İNANÇLI İŞLEMLER: SAF İNANÇLI İŞLEMLER

§5. Saf İnançlı İşlemlerde Borçlandırıcı İşlem: İnanç Anlaşması

I. Tanımı, Tarafları ve İşlevleri

Saf inançlı işlemlerde inanç anlaşması, inançlı devrin hukuki sebebidir; bu anlaşma, inanılanın inanç konusunu yönetme ve/veya muhafaza etmek amacıyla kullanma borcu ile inanç ilişkisi sona erdikten sonra inanç konusunun inanana tekrar devri borcunun kaynağını oluşturan borçlandırıcı işlemdir²⁹⁵. İnanılanın kazandığı hakka borçlar hukuku karakterli bir sınırlandırma getiren bu anlaşma²⁹⁶ inanç konusunun kullanılma amacını, kullanılma alanını, kapsamını, şartlarını ve inanılanın inanç konusu üzerindeki iktidarını, inanç ilişkisi sona erdikten sonra inanç konusunun yeniden devri koşullarını vb. hususları içerir.

İnanç anlaşmasının taraflarından ilki, bir eşya üzerindeki devri kabil bir ayni hakkı veya bir alacak hakkını, inanç ilişkisi sona erdiğinde kendisine iade etmesi kaydıyla, inanılanana kazandıran inanandır²⁹⁷. İşlemin karşı tarafı ise, kendisine devrolunan inanç konusu hakkı inanç anlaşmasına ve inananın emir ve talimatlarına uygun

²⁹⁵ Gerstle, s. 34 vd; Gubler, s. 135; Özsunay, s. 120 vd; Wälli, s. 25.

²⁹⁶ Gerstle, s. 34; Gubler, s. 133; Keller, s. 24.

²⁹⁷ Siebert, s. 10; Wälli, s. 8.

olarak kullanmak, korumak, saklamak, yönetmek vb. amaçlarla elinde bulunduracak olan inanılındır²⁹⁸.

Taraflar inanç anlaşmasını dilerlerse devir işleminden önce, dilerlerse devir işlemi ile aynı anda yaparlar²⁹⁹. İnanç anlaşması, bazen bir inanç şartı şeklinde başka bir borçlandırıcı işlem içerisinde de yer alabilir³⁰⁰.

Doktrinde hâkim görüş, inanç anlaşmasının kurucu, sınırlandırıcı ve bozucu olmak üzere üç temel işlevi olduğu yönündedir³⁰¹. Kurucu işlev, tarafların, inançlı devir borcunun gerçekleşmesine yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini ortaya koyar, böylece devir işleminin muvazaalı bir işlem olarak değerlendirilmesine engel olur³⁰². Tarafları bir amaç ile bağlayan, inançlı kazandırmanın *causa*'sını teşkil eden işlev, inanç anlaşmasının kurucu işlevidir³⁰³.

İnanç anlaşmasının sınırlandırıcı işlevi ise, tarafların inanç konusu üzerindeki borçlar hukukuna tabi haklarını, inanç konusunu yönetme ve kullanma koşullarını, kısacası tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemede rol oynar. İnanç konusu hak inançlı devir ile inanılana devredilirken, inanç anlaşması, borçlar hukukuna tabi iç ilişkide inanılanın kendisine devredilen haktan doğan yetkilerini, inanana tanınan bir nisbi hak çerçevesinde sınırlandırır. Bu sınırlandırma, örneğin tasarruf yetkisi bakımından, bir tasarruf yetkisi sınırlaması değildir; çünkü inanılanın bu sınırları aşan tasarruf işlemleri geçersiz olmaz.

²⁹⁸ Wälli, s. 8; Schultze, s. 1; Siebert, s. 1.

²⁹⁹ Devir işleminden sonra yapılan bir sözleşme, fikrimce, inanç anlaşması olarak nitelenemez. Aynı görüşte bkz. Yarg. HGK, 24.02.1999 T., E. 1999/14-63, K. 1999-117 (kazancı içtihat bilgi bankası).

³⁰⁰ Gubler, s. 133; Özsunay, s. 120-121.

³⁰¹ Ammann, s. 34; Özsunay, s. 121, dn. 6'daki yazarlar.

³⁰² Kocayusufpaşaoğlu, s. 365; Güvenç, s. 77.

³⁰³ Özsunay, s. 123.

İnanç anlaşmasının bozucu işlevine gelince: Bununla kastedilen, inanç ilişkisinin sona erme sebeplerini ve inanç konusunun inanana ne şekilde iade edileceğini göstermektir. İnanılana devredilen inanç konusu hakkın yeniden inanana devredilmesi borcunun kaynağı da taraflar arasındaki inanç anlaşmasıdır ve bu inanç anlaşmasının bozucu işlevi olarak ortaya çıkar³⁰⁴.

İnanç anlaşmasının üç işlevini de kabul eden hakim görüşün aksine, *Dreyer*, inanç anlaşmasını, sırf sınırlayıcı ve bozucu işlevleri olan bir anlaşma olarak görmektedir³⁰⁵. Aynı şekilde *Goltz* da inanç anlaşmasının, devrin hüküm ve nüfuzunu azaltmak, hatta tamamen ortadan kaldırmak amacıyla düzenlendiğini savunmakta ve inanç anlaşmasının kurucu fonksiyonunu reddetmektedir³⁰⁶. Bu yazarların görüşüne göre, kurucu işlev inanç anlaşmasında değil, inançlı devir işleminde mevcuttur ve inanç anlaşması yalnızca sınırlandırıcı ve bozucu işlevi bünyesinde barındırır. Ancak, Türk hukukunda gerek taşınırın devri bakımından (tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüşe göre) gerekse taşınmazların devri bakımından (kanun gereğince) sebebe bağlılık ilkesi cari olduğundan, inançlı devir işleminin geçerliliği için de geçerli bir hukuki sebebe (geçerli bir inanç anlaşmasına) ihtiyaç vardır. Bu nedenle, hâkim görüş gibi, kanımca, inanç anlaşması kurucu, sınırlayıcı ve bozucu olmak üzere üç işlevi haizdir.

³⁰⁴ Ammann, s. 34; Gerstle, s. 131; Özsunay, s. 121; Oğuz (Roma Hukuku), s. 251.

³⁰⁵ Dreyer, K. H.: “Das fiduziarische Rechtsgeschäft”, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1896, s. 238 vd.

³⁰⁶ Goltz, F.: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel und Konkurs Rechtes, Marburg, 1901, s. 12 vd. Doktrinde dördüncü fonksiyon olarak inanç anlaşmasının bir “bağlılaşım (*korrelat*)” fonksiyonunun da mevcut olduğu, sebepten soyut kazandırmalarda kazandırıcı işlemin renksiz olduğu, inanç anlaşmasının hukuki sebep ile inançlı kazandırıcı işlem arasında bir bağ kurduğu da savunulmuştur, bkz. Bergmaier, s. 67; Özsunay, s. 125.

II. Hukuki Niteliği

A. Kanunda Düzenlenmiş Bir Sözleşme Olup Olmadığı

Sözleşme özgürlüğü sayesinde taraflar, kanunen önceden belirlenmiş tiplere uymadan, aralarındaki somut ilişkinin gerektirdiği şekilde diledikleri tipte ve içerikte sözleşme yapabilirler. Kanun tarafından düzenlenmemiş sözleşmeler de aynen kanunda düzenlenen isimli sözleşmeler gibi geçerli ve bağlayıcıdır ve dava edilebilir haklar doğurur³⁰⁷.

İsimsiz sözleşmeler gerek TBK'nın özel hükümlerinde gerekse diğer kanunlarda³⁰⁸, sözleşmeye tipini veren 'tip unsurları' ile türsel olarak düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir³⁰⁹. Bir başka tanıma göre isimsiz sözleşmeler, unsurları yahut bunların bir araya geliş tarzları kanunen (ne Borçlar Kanunu ne de başka bir kanunda) düzenlenmemiş olan, kanunun öngörmediği sözleşmelerdir³¹⁰. Taraflarca akdedilen bir sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının, isimli bir sözleşmenin objektif esaslı noktaları ile örtüşmediği durumlarda, ortada isimsiz bir sözleşme vardır³¹¹.

Doktrindeki tanımların ortak noktası, sözleşmeye tipini veren objektif esaslı unsurların, kanunda düzenlenen sözleşmelerdeki objektif esaslı unsurlar ile uyuşmamasıdır. Özetle, taraflar sözleşme yaparken TBK'da özel borç ilişkileri

³⁰⁷ Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 2-3 (KMA).

³⁰⁸ Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 13 (Borçlar Özel); Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 865 (Borçlar Özel).

³⁰⁹ Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 4 (Borçlar Özel). "Düzenlenme"den amaç, sözleşmenin herhangi bir kanunda yalnız isminin zikredilmiş olması değil, ayrıca onun tanımının, en azından esaslı unsurlarının (*essentialia negotii*), tipini belirleyen asli edimlerinin, yani tarafların hak ve borçlarının herhangi bir kanunda hükme bağlanmamış olmasıdır, bkz. Eren (Borçlar Özel), s. 866.

³¹⁰ Kuntalp (KMA), s. 3.

³¹¹ Huguenin/Müller Chen, N. 1328, s. 205; Schluep, s. 770, 789.

kısımında düzenlenmiş belirli bir sözleşmeyi ve bu sözleşmenin esaslı unsurlarını seçebilecekleri gibi, kanuna tamamen yabancı isimsiz sözleşmeleri de seçebilirler³¹².

Saf inançlı işlemlerde inanç anlaşmasının kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşme mi yoksa kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşme mi olduğunun tespitinde, tarafların anlaşmaya rengini veren asli edim yükümlülüklerinin belirlenmesi gerekir. Nitekim TBK, her akit tipinin başında, “tanım” başlıklı maddede, o akit tipinin esaslı unsurlarını (*essentialia negotii*)³¹³ tipten doğan asli edim yükümlülüklerini belirtmek suretiyle göstermiştir³¹⁴.

İnanç anlaşmasının, inanç konusunun bir işin görülmesi amacıyla yönetilmesine ilişkin olması, anlaşmaya bir iş görme sözleşmesi niteliği kazandırır. Dolayısıyla ilk yapılması gereken, inanç anlaşmasının, iş görme sözleşmelerinden eser, hizmet veya vekâlet sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tespitidir.

Saf inançlı işlemlerde bir eser yaratılması ve teslimi borcu söz konusu olmadığından, kanımca, bu işlemler eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez³¹⁵.

Hizmet sözleşmesine gelince: Bir görüşe göre, hizmet sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasında zaman unsuru dışında bir fark bulunmadığından inanç anlaşması da pekâlâ bir hizmet sözleşmesi niteliği taşıyabilir³¹⁶. Ayrıca, bu görüşe göre, vekilin sorumluluğunun ve özen borcunun kapsamının hizmet sözleşmesi hükümlerine göre

³¹² Gauch/Schluep/Schmid, I, N.626; Honsel, H.: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Auflage, 2010, s.16

³¹³ *Essentialia negotii*, belli bir akit tipinin söz konusu olabilmesi için zorunlu olarak bulunması gereken unsurlardır ve o akit tipine bağlanmış hükümlerin uygulama alanları da bu esaslı unsurlar aracılığı ile belirlenir.

³¹⁴ Kuntalp (KMA), s. 80.

³¹⁵ Özsunay, s. 132. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. Fischbach, O.: Treuhänder und Treuhandgeschäfte, Mannheim/Leipzig, 1912, s.306.; Wolf, E.: Lehrbuch des Sachenrechts, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1971, s. 130.

³¹⁶ Gerstle, s. 47.

belirlenmesi de inanç anlaşmasının hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini destekler³¹⁷. Bize göre inanç anlaşması hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zira saf inançlı işlemlerde, inanılana yapılan hak devri ile inanılan mümkün olduğunca basit ve güçlü bir konuma kavuşturulmak istenmektedir. Hizmet sözleşmesinde ise işçi, “işverene bağımlı olarak” bir iş görme borcu altına girer (TBK md. 393/1). Hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuru, saf inançlı işlemlerin niteliğine ters düşer. Ayrıca, hizmet sözleşmesinde işveren işçiye, zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlenir. Saf inançlı işlemlerde ise inananın, inanç konusunu yönetecek (iş görecekt) olan inanılana “ücret ödeme borcu” objektif esaslı unsur değildir. Bu sebeple inanç anlaşması, hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

Son görüş ise saf inançlı işlemlerdeki inanç anlaşmasının, her zaman ve istisnasız adi vekâlet niteliğinde olduğunu belirtmektedir³¹⁸.

Yukarıda inançlı işlem (inanç konusunun üçüncü kişiden kazanıldığı) ile dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet sözleşmesi arasındaki farkları incelerken açıkladığımız gerekçelerle³¹⁹ ve hemen aşağıda da belirtileceği üzere, inanç anlaşması *sui generis* bir sözleşmedir. Ancak, bu kabul, saf inançlı işlemlere, ileride açıklanacağı gibi, vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanmasına engel değildir³²⁰. Gerçekten, saf inançlı işlemlerde inanılanın “iş görme/yönetim” borcuna ek olarak, inanç anlaşmasına rengini veren başka bir asli edim yükümlülüğü daha vardır ki bu *inananın inanç konusu hakkı devir* borcudur. İnanç anlaşmasının bu unsuru olmadan tarafların

³¹⁷ Özsunay, s. 131.

³¹⁸ Gümüş, M. A.: Türkiye-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Basım Yayım, 1. Baskı, İstanbul 2001, s. 266 (Vekilin Özen Borcu). Adı geçen yazar, 1132’nci dipnotunda şu yazara atıf yapmaktadır: Gautschi, Art. 394 N. 13a, s. 29.

³¹⁹ Bkz. §3 I B.

³²⁰ Bkz. §5 II A ve §5 IV.

amaçlarını gerçekleştirebilmeleri mümkün olmaz; devir borcu inançlı işlemin mevcudiyeti için zorunludur. Söz konusu devir borcunun niteliği ve bu borç ile inanılanın iş görme özellikli borcunun bir araya geliş tarzları dikkate alındığında, saf inançlı işlemlerin, kanunda açıkça düzenlenen isimli sözleşmeler ile örtüşmediği düşüncesindeyim. Şöyle ki:

Her ne kadar, inanç anlaşmasının objektif esaslı unsurları inananın “inanç konusunu devir borcu” ile inanılanın “inanç konusunu yönetme borcu” olsa da, amaçlar arasındaki farklılık sebebiyle, inanç anlaşmasındaki *inanç konusu hakkı devretme borcu* unsuru, satım sözleşmesine ait *mülkiyeti devir borcundan*; iş görme (yönetim) borcu ise, vekâlet sözleşmesine ait *bir işin görülmesi borcundan* farklıdır. İnanç anlaşmasının kanunda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme olduğunu işaret eden bu tespitin nedenlerin, söz konusu işlemin, kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme mi yoksa karma bir sözleşme mi olduğu konusuyla birlikte açıklamak doğru olacaktır. Zira taraflar isterlerse kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin belirli unsurlarını bir araya getirerek kanunda düzenlenmemiş *karma bir sözleşme* yapabilir, dilerlerse de doğrudan doğruya kendilerinin öngörüp yarattığı unsurları bir araya getirip *sui generis* bir sözleşme oluşturabilirler³²¹. Doktrinde, isimsiz sözleşmeleri, içerdikleri objektif esaslı unsurların isimli sözleşmelere ait olup olmamalarına göre karma ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olmak üzere ikiye ayıran görüşün³²² yanında,

³²¹ Eren (Borçlar Özel), s. 869.

³²² A.g.e., s. 870; Kuntalp (KMA), s. 13. Yazar, isimsiz sözleşmeleri, geleneksel olarak içerdikleri unsurların kanunen düzenlenmiş tipik sözleşmelere ait olup olmamasına göre kendine özgü (*sui generis*) ve karışık muhtevalı sözleşme olarak ikili ayrıma tabi tutmaktadır. Kramer (Berner Kommentar), Art. 19-20, N.56 vd.; Jäggi/Gauch, Art. 18 N.547

bu ayrıma birleşik sözleşmeleri ekleyen³²³ görüş de mevcuttur³²⁴. Kendine özgü sözleşmeler, içerdiği unsur veya unsurlar bakımından kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinde yer almayan ve tamamen yeni bir oluşumu yansıtan sözleşmeler olup; bunları karma sözleşmelerden ayıran, unsurları arasındaki özgün içsel bağıllık değil, içerdikleri özgün unsur veya unsurlardır³²⁵.

Saf inançlı işlemlerdeki inanç anlaşması da, ilk bakışta, TBK md. 207 hükmünde düzenlenen satım sözleşmesindeki ‘mülkiyeti devir borcu’ unsuru ile TBK md. 502 vd.’da düzenlenen vekâlet sözleşmesindeki ‘bir işin görülmesi’ unsurlarını içeren ve fakat bunları kanunun öngördüğünden farklı biçimde bir araya getiren bir *karma sözleşme* olarak değerlendirilebilir. Ancak bu unsurlar, tarafların asli edim yükümlülüklerinin arkasında yatan *amaç* ile birlikte düşünüldüğünde ve bu

³²³ Bunun sebebi, birleşik sözleşmelerdeki münferit akitlerin aralarında mevcut olan içsel bağıllığın kanunda öngörülmemiş olmasıdır. Serozan (Borçlar Özel), s. 56; Yavuz (Borçlar Özel), s. 13. Gümüş, isimsiz sözleşmelere ilişkin yapılan ayrımlarda “eksik sözleşme” kategorisinin göz ardı edildiğini; bunların da birer isimsiz sözleşme tipi olduğunu belirtmekte ve eksik sözleşmeleri, “kanunda düzenlenmiş belirli bir sözleşme tipine ilişkin unsurları bir veya birkaç unsur eksikliğiyle içeren sözleşme” olarak tanımlamakta, böylece isimsiz sözleşmeleri dörtlü bir ayrıma tabi tutmaktadır, bkz. Gümüş (Borçlar Özel), s. 6 vd.

³²⁴ Bu ayrıma karşı çıkan ve birleşik akitlerin isimsiz sözleşme olmayıp, gerçekte yalnızca “isimsiz bir biçim” olduklarını ileri süren görüşe (Amstutz/Morin/Schlupe, Bask. ORI. Einl. vor Art 184ff, N.12) aynı gerekçeyle Koller de katılmaktadır, Kuntalp (KMA), s. 13, dn. 54.

³²⁵ Gümüş (Borçlar Özel) s. 11. Ayrıca bkz. Eren (İsimsiz Sözleşme), s. 99. Kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmeler için doktrinde genel olarak yapılan ‘karma sözleşmeler’ ve ‘kendine özgü sözleşmeler’ şeklindeki ikili ayrım, yukarıda verilen tanımlar bakımından fikir birliği yoktur. Hâkim görüşten ayrılan *Gürzumar*, kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmenin, karma veya kendine özgü olarak nitelendirilmesinin, bu sözleşmenin bileşik bir sözleşme olmadığını belirtmek için yapılan bir terminolojik tercihten ibaret olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, karma sözleşmeler, birbirinden farklı, *kanunda düzenlenmiş* veya *düzenlenmemiş* sözleşme tiplerinin esaslı unsurlarını kanunun öngörmediği tarzda, birarada içeren sözleşmeler iken; kendine özgü sözleşmeler ise, tarafların, tamamıyla kanunda düzenlenmemiş olan unsurlardan oluşan edimlerini, yine kanunda öngörülmemiş, ancak çok daha özgün bir içsel birlik sağlayacak şekilde birarada bulunduran, böylelikle de, karma değil, yepyeni bir hukuki ilişki türü oluşturan sözleşmelerdir, *Gürzumar*, O. B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukun Korunması, Beta Basım Yayım, 1. Bası, İstanbul 1995, s. 20, dn. 126 (Franchise Sözleşmeleri). Yazar, kendine özgü sözleşmeler için temsil edilen yaklaşım tarzının, karma sözleşmeler için de geçerli olmasını ve karma sözleşmelerde de yaratma ve kıyas yönteminin izlenmesini savunmaktadır. Böylece, (yaratma ve kıyas yönteminin kabul edilmesi durumunda) karma sözleşme ve kendine özgü sözleşme arasındaki ayrım, suni bir ayrım olmaktan öteye geçemez ve tanımlamalar arasındaki farklılık da anlamını yitirir. Başka bir ifadeyle, eğer kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme, bileşik sözleşme değilse yaratma ve kıyas yöntemine tabi olan bir sözleşmedir ve bunun karma veya kendine özgü bir sözleşme olması da önemli bir farklılık yaratmaz. Yalnızca karma sözleşmelerin, kendine özgü sözleşmelere oranla, kıyasa daha elverişli olduğu söylenebilir, bkz. a.g.e., s. 20, dn. 126.

unsurların bir araya geliş tarzları dikkate alındığında, bunların satım ve vekâlet sözleşmelerinin esaslı unsurlarından farklılaştığı görülmektedir:

Gerçekten akit tiplerinin münferit unsurları ve bunlara karşılık gelen hukuki sonuçlar birbirinden bağımsız olarak görülmeyip; bunların, kendine özgü amacı olan bir unsurlar bütünü -doğasının gereği sahip olduğu- birer parçası olduğu kabul edilirse³²⁶; kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipinde yer alan herhangi bir unsurun, kendisine yer verilen başka bir sözleşme tipi içinde farklı bir anlam taşımasının mümkün olduğu da yadsınamaz³²⁷. Tipik sözleşmelere ait unsurlar, başka bir sözleşme içinde yer aldıklarında, bu sözleşmenin diğer unsurları ile birleşerek yeni oluşumlar meydana getirebilir veya bu oluşumda farklı bir içerik kazanabilirler. Örneğin satım sözleşmesinde mülkiyeti devir borcu *bir şeyin değişimi* amacına yönelik iken, teminat amacıyla temlikte devir borcu, bir *teminat sağlamak* amacına yönelmiştir³²⁸. Dolayısıyla, teminat amacıyla temlik kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmektedir³²⁹.

Saf inançlı işlemlerde de inanç anlaşmasında, inanç konusu hakkın inanılana devri, satım sözleşmesinden farklı olarak, devredilen hakkın inanılana ait olması amacından ziyade, salt inanan lehine yönetilmesi amacına hizmet eder. Amaçlar arasındaki bu farklılık, inanç anlaşmasındaki *devir borcu* unsurunu, satım sözleşmesine ait

³²⁶ Kuntalp (KMA), s. 72. Adı geçen yazar bu konuda şu eserlere atıf yapmaktadır: Gezler, s. 12, 13; Leenen, s. 184; Charmatz, s. 343.

³²⁷ Akit tipleri arasında sayısız ara oluşumlar söz konusu olabileceği gibi, bu ara oluşumlarda tipik unsurların önem derecelerinin ve içeriklerinin farklılaşabilmesi de mümkündür, Kuntalp (KMA), s. 72. Yazar 139'ncu dipnotta şu esere atıf yapmaktadır: Leenen, s. 171. Karışık muhtevalı bir akdin, unsurlarını içerdiği kanuni akit tiplerinden çok uzaklaşarak, daha ziyade *sui generis* akitlere yaklaşmasının mümkün olduğunu ifade eden görüş için bkz. Kuntalp (KMA), s. 126-127. Adı geçen yazar 139'ncu dipnotunda bu görüş için şu esere atıf yapmaktadır: Staudinger/Löwisch/Feldmann, (2013) §§ 311 f. Rn. 34.

³²⁸ Kuntalp (KMA), s. 126-127.

³²⁹ Özsunay, s. 94 vd.

mülkiyeti devir borcundan farklılaştırmakta ve bu anlaşmayı *sui generis* bir sözleşme kılmaktadır.

Özetle, (inanç konusunu bir mülkiyet hakkının oluşturduğu haller özelinde açıklamak gerekirse), inanç anlaşması, mülkiyeti devir borcu doğurur ama satış sözleşmesi değildir; inanç konusu malı yönetme borcu doğurur ama vekâlet sözleşmesi değildir. Öte yandan inanç anlaşması karma sözleşme de değildir; çünkü:

İnanç anlaşmasındaki mülkiyeti devir borcunun özelliği ve amacı, yukarıda açıkladığımız gibi, devredilen hakkın inanılana ait olması değil; inanan lehine yönetilmesidir. Dolayısıyla bu anlaşmada, ‘karma sözleşme’nin unsurunu oluşturan satış sözleşmesine özgü bir unsurdan söz edilemez.

İnanç anlaşmasındaki inanç konusunu yönetme borcunun özelliği ve vekâlet sözleşmesindeki iş görme borcundan farklılaştığı husus ise; inanılanın, kendisine mülkiyeti devredilmiş (ve artık devredene ait olmayan) bir malı, kendi malı olarak ve fakat inananın menfaatine yönetmesidir. Dolayısıyla bu borcun da, ‘karma sözleşme’ unsurunu oluşturan, vekâlet sözleşmesine özgü bir borç olduğu söylenemez.

İnanç anlaşmasının *sui generis* bir sözleşme olduğu³³⁰ -saf inançlı işlemler bakımından- öğretideki baskın görüş³³¹ tarafından da kabul edilmektedir.

³³⁰ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun ‘yatırım fonları’ başlıklı 52. maddesi, ‘konut ve varlık finansmanı fonları’ nı düzenleyen 58. maddesi ve ‘proje finansmanı, proje finansman fonu ve projeye dayalı menkul kıymet’ başlıklı 61/B maddesinde benimsenen ‘inançlı mülkiyet’ esası, inanç anlaşmasının kanunda düzenlenmiş sayılmasını düşündürecek bir kapsama sahip değildir. ‘İnançlı mülkiyet’ esasının, ‘inançlı hak sahipliği’ esası şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin görüş ve açıklamalarımız için aşağıda bkz. §10 I B 6 a.

³³¹ Yargıtay bir kararında ‘bu tür işlemler vekâlet veya vekâlet hükümlerinin uygulanacağı vekâlet benzeri kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendirilebilir (BK. mad.386/II)’ demek suretiyle bu görüşünü belirtmiştir, Yarg. HGK 17.05.2000, E. 2000/2-888, K. 2000/885 (kazancı içtihat bilgi bankası). Ayrıca bkz. Weber, R. H.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 3. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2003, Art.

B. Ön Sözleşme Olup Olmadığı

Ön sözleşme, tarafları, ileride asıl sözleşme adı verilen borç sözleşmesini yapma borcu altına sokan ve böylelikle asıl sözleşmenin kurulmasını teminat altına alan sözleşmedir³³². Sonradan yapılacak asıl sözleşmenin mutlaka bir borç sözleşmesi olması gerekir; eğer sonradan yapılacak olan işlem bir tasarruf işlemi ise, onu hazırlayan borç sözleşmesi bir ön sözleşme addedilemez³³³. İnanç anlaşmasından sonra yapılan devir işlemi, inanç anlaşmasının ifasına yönelik bir tasarruf işlemi olduğundan, inanç anlaşması ile inançlı devir işlemi arasında bir ön sözleşme – asıl sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır³³⁴.

C. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olup Olmadığı

İnanç anlaşmasında her ne kadar her iki tarafa da asli edim yükümlülüğü yüklenmekteyse de inananın inanç konusunu devir borcu ile inanılanın kendisine devredilen inanç konusunu yönetme ve inanç ilişkisi sona erdiğinde de tekrar inanana devretme borçları, doğuş anları eş zamanlı olmayan ve birbirinin karşılığını oluşturmayan yükümlülüklerdir. Bu nedenle inanç anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu söylenemez. Gerçekten, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme karşılıklı edimlerin mübadelesini amaç edinen bir sözleşme olup, böyle bir sözleşmede taraflardan her biri diğer tarafı kendisine karşı borç altına sokmak için borçlanır. Yani böyle bir sözleşmede tarafların borçları, sözleşmenin niteliği gereği, karşılıklı ve birbirine bağlıdır, her iki taraf da sözleşme kurulduğu anda karşılıklı

394; Ammann, s. 35.; Bergmaier, s.65.; Blass, s. 136.; Keller, s. 25.; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 545; Altaş/Kurt, s. 7 vd.; Özsunay, s. 121 vd.; Wälli, s. 28-29; Yung, W.: “Muvazaa, İnançlı Muamele ve Kanuna Karşı Hile (Çev. Safa Reisoğlu), AD, C. L, S. 3, Ankara, 1959, s. 335; Güvenç, s.82.

³³² Kocayusufpaşaoğlu, s. 100, 103.

³³³ Eren (Borçlar Hukuku), s. 311; Kocayusufpaşaoğlu, s. 100; Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 195.

³³⁴ Keller, s.27.

olarak hem alacaklı hem borçlu olur (*sinallagma*)³³⁵. Saf inançlı işlemlerde ise inananın inanç konusu hakkı inanılana devretme yükümlülüğü inanç anlaşmasının yapıldığı esnada doğarken, inanılanın inanç ilişkisi sona erdiğinde inanç konusunu inanana geri devretme borcu inananın devir borcunu ifa etmesi anında doğar. Bu yönüyle inanç anlaşması kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir³³⁶. Zira eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların borçları karşılıklı olmadığı gibi aynı anda değil, sıra ile doğar³³⁷. Doktrinde bir görüş, sık karşılaşılmasa da saf inançlı işlemlerde inanılanın inanç konusunu yönetmesi karşılığında inanılan lehine bir ücret öngörülmesi durumunda, mülkiyetin devri ve ücret ödenmesi borçlarının her ikisinin de sözleşmenin kurulması ile doğacağını, dolayısıyla artık tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığından söz edileceğini belirtmektedir³³⁸. Ancak, inanılanın inanç konusunu yönetmesi karşılığında inanılan lehine bir ücret kararlaştırıldığı durumda dahi karşılık ilişkisi, inanılanın inanç konusunu yönetme asli edim yükümlülüğü ile inananın bundan dolayı inanana ücret ödeme yükümlülüğü arasında olacak; hakkın devri borcu ile ücret ödeme borcu arasında ise herhangi bir karşılık ilişkisi söz konusu olmayacaktır.

D. Sürekli Borç İlişkisi Kuran Sözleşme Olup Olmadığı

Sürekli borç ilişkisi, bir borç ilişkisinde asli borçlardan en az birinin sürekli edimi gerektirmesi durumunda söz konusu olur³³⁹. Sürekli edim ise borçlunun zaman içinde

³³⁵ Kocayusufoşaoğlu, s. 98-99; v. Tuhr, §20, V, 2, a, s. 149.

³³⁶ Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 147.

³³⁷ Belirtilen bu grup dışında ayrıca bazı sözleşmelerde ise taraflardan biri, sözleşmenin yapıldığı anda kesin olarak borç altına girerken, diğerinin borçlanması, olayların gelişmesine göre muhtemel bulunmaktadır. Ücretsiz vekâlet sözleşmesinde, yalnızca vekilin üzerine aldığı işi görme borcu altına girmesi, ancak ve ancak bu borcunu yerine getirirken bazı masraflar yapması ihtimalinde vekâlet verenin de kendisine karşı borçlanması örneğinde olduğu gibi. Bu tip sözleşmeler de yine eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğini haizdir.

³³⁸ Güvenç, s. 83-84 (dn. 52).

³³⁹ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 10; Seliçi, Ö.: Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan

sürekli, aralıksız bir davranışını gerektiren ve böylece alacaklının alacağı olan menfaatinin gerçekleşmesini zamana yayan edimdir³⁴⁰. Bizim de katıldığımız bu tanımdaki ölçüt, ‘edim sonucu’nun değil ‘edim fiilinin (davranışın)’ zamana yayılma gösterip göstermediğidir³⁴¹. Bunun yanında, ayrıca, ‘edim sonucunun (menfaatinin)’ bir defada aniden mi gerçekleştiğine yoksa bunun zaman içinde bir süreyi mi kapsadığına bakılması gerektiğini belirten görüş³⁴² de mevcuttur. Öğretide, bir borç ilişkisinde sürekliliği tespit etmek için, borç ilişkisine alacaklı veya borçlunun perspektifinden değil, doğrudan karakteristik edim açısından yaklaşılması gerektiğini belirten diğer bir görüş ise, sürekli borç ilişkisini, “*karakteristik edimin kapsamının ancak ifa süresine bağlı olarak tespit edilebildiği borç ilişkileri*” olarak tanımlamaktadır³⁴³. Buna göre, eğer tüm edimin kapsamı ancak ve ancak sözleşmenin süresine bağlı olarak tespit edilebiliyorsa, sürekli borç ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir³⁴⁴.

“Sürekli sözleşme” kavramından ne anlaşılabileceği konusunda öğretideki görüş farklılığı, vekâlet sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu konusuna da yansımıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında hâkim görüşe göre, vekâlet sözleşmesi, somut olaya göre hem ani edimli hem de sürekli bir sözleşme olarak

Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 5 vd (Sona Erme).

³⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 37.

³⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 37; Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, Ağustos 2007, s. 171, dn. 24 (Sözleşmeden Dönme); Gümüş (Vekilin Özen Borcu), s. 23. Yazara göre, “*her ne kadar öğretide ayırımın belirlenmesinde ‘edim sonucunun’ anidenliği veya zamana yaygınlığı esas alınsa da, borçlunun edime ilişkin çıkarımın bir “sonuç” olarak değil de “özenli bir iş görme” olarak belirlediği hizmet edimli sözleşmelerde “edim sonucunun sürekliliği” ölçütü, sürekliliği belirlemede yeterli olmaz. Zira bu tür sözleşmelerde, sürekli kullandırma (örn. kira sözleşmesi) sözleşmelerinin aksine, borçlunun edime ilişkin menfaatini oluşturan bir “sonuç” mevcut değildir. Alacaklı sonucun gerçekleştirilmesiyle değil, edim programına uygun/özenli faaliyet göstermesiyle tatmin edilir. Buna göre, iş görme sözleşmelerinde sürekliliği tespit “davranışın sürekliliği” ölçütünü kabul etmekten başka çare kalmaz*”, Gümüş (Vekilin Özen Borcu), s. 23.

³⁴² Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 9; Seliçi (Sona Erme), s. 7.

³⁴³ Altınok Ormancı, P.: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Ankara 2011 (Doktora Tezi), s. 13.

³⁴⁴ A.g.e., s. 13.

gerçekleşebilir³⁴⁵. Buna göre vekâletin konusu süreklilik taşımayan tek bir hukuki işlem veya tek bir maddi fiil ise vekâlet sözleşmesi ani edimli; buna karşılık, vekâletin konusu olan iş veya hizmet görme sürekli veya tekrarlayan davranışları gerektiriyorsa vekâlet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi oluşturur³⁴⁶. Hâkim görüşün aksine, vekâlet sözleşmesinin her zaman için sürekli borç ilişkisi teşkil ettiğini savunan görüş ise, vekâlet sözleşmesinin konusunun her zaman için vaad edilen belirli bir işin görülmesine yönelik faaliyette bulunulmasından ibaret olduğunu, bu faaliyetin her zaman için sürekli bir faaliyeti gerektirdiğini ifade eder³⁴⁷. Bu görüşe göre, tek taraflı ‘fesih’ beyanı ile sözleşmenin ileriye etkili sona erdirilmesi yalnızca sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabileceğinden, TBK 512 (BK 396) hükmünden, vekâlet sözleşmesinin (sözleşmenin konusu ne olursa olsun) fiksiyon olarak “sürekli sözleşme” sayıldığı sonucunun çıkarılması gerekir³⁴⁸. *Altınok Ormancı*, söz konusu görüşü, kanun koyucunun, herhangi bir sözleşmenin sürekli ya da ani edimli olup olmadığını belirlemesinin söz konusu olamayacağını, özellikle fiksiyon şeklinde bir belirlemenin mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir³⁴⁹. Yazara göre, vekalet sözleşmesi hem ani edimli (örneğin vekilin faaliyetlerinin tek bir davranışla gerçekleştirilebildiği durumlarda, istisnaen vekâlet sözleşmesi ani

³⁴⁵ Seliçi (Sona Erme), s. 27; İşgüzar, H.: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989, s. 50. İsviçre hukukundaki yazarlar için ise bkz. Gümüş (Vekilin Özen Borcu), s. 22. Adı geçen yazar 62’nci dipnotunda şu eserlere atıf yapmaktadır: Felmann, W.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI/4, Der Einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern, 1992, N. 198, s. 130; Weber, Art. 394, N.4, s. 2109; Rehbinder, Art. 319 N.49, s. 51.

³⁴⁶ Gümüş (Vekilin Özen Borcu), s. 24.

³⁴⁷ A.g.e., s. 24. Yazar, ayrıca, İsviçre hukukunda kendisiyle aynı görüşü savunan *Peyer*’e de atıf yapmaktadır, bkz. s. 24.

³⁴⁸ A.g.e., s. 24, dn. 71, 72. Adı geçen yazar ayrıca s. 22, 62’nci dipnotuna göre: Bir görüş, vekilin faaliyetinin tek bir eylemden ibaret olmadığı ve vekâlet sözleşmesinin her durumda sürekli bir borç ilişkisi teşkil ettiğini belirtir (Larenz, II/1, s. 412-413; Derendiger, s. 5-6, dn. 18). Derendiger’e göre, bir sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğunun tespiti, eylemin bir defalığına bağlıdır. Yani, esas ölçü, vekilin borcunun tek bir ifa ile sona erip ermediğidir. Örneğin, belirli bir alacağın tahsiline ilişkin vekâlet ani edimli; buna karşılık, bir banka ile yapılan sürekli tahsil vekâleti “sürekli” nitelik taşır.

³⁴⁹ Altınok Ormancı, s. 50.

edimli bir sözleşme olarak ortaya çıkabilir³⁵⁰), hem dar anlamda sürekli borç ilişkisi hem de sürekli borç ilişkisi benzeri bir sözleşme olarak ortaya çıkabilir; dolayısıyla her somut olayda vekalet sözleşmesinin özellikleri araştırılmalıdır³⁵¹.

Vekâlet sözleşmesine ilişkin olan bu tartışma, (her ne kadar vekâlette vekilin iş görme borcu ile inanç anlaşmasında inanılanın iş görme/yönetim borcu farklılık arz etse de) saf inançlı işlemlerdeki inanç anlaşması bakımından da önemlidir. Nitekim, inanılanın inanç anlaşmasından kaynaklanan, inanç konusunu belli bir amaç doğrultusunda yönetmek olan asli edim yükümlülüğü, inanılana, (özellikle inanç konusunun taşınmaz olduğu durumlarda) çoğunlukla, yönetim borcunu ifa ederken çok sayıda karar alma gücünü ve bağımsızlığını verir. Bu güç ve bağımsızlık, yalnız münferit bir işin görülmesine değil; genellikle birden çok işin görülmesine ilişkindir. Yani inanılanın davranışı, edim fiili, kural olarak süreklilik arz eder. Bir başka ifadeyle, inanılanın inanç konusunu yönetme borcunun ifası zamana yayılır ve saf inançlı işlemlerde inanç anlaşmasını sürekli borç doğuran sözleşme kılar. Kanımca, kural olarak, inanç anlaşması sürekli nitelik taşır. Buna karşılık, tipik bir saf inançlı işlem örneği olan ‘alacağın tahsil amacıyla devri’³⁵², zikredilen kurala istisna teşkil eder. Zira, alacağın tahsil için devrinde inanılan, tahsil edilmek amacıyla kendisine devredilen bir alacağı tahsil ettikten sonra (başkaca bir yönetim faaliyeti gerçekleştirilmeksizin) tahsil edileni inanana devretme borcu altına girmişse, burada sürekli bir edimden söz edilemez. Bir başka ifadeyle, salt tahsil etme ve tahsil edileni inanana devretme borcu tek bir eylemden ibarettir, ani edimlidir³⁵³. Ancak, alacak

³⁵⁰ A.g.e., s. 52-53.

³⁵¹ A.g.e., s. 58.

³⁵² Aşağıda bkz. §9 II A.

³⁵³ Bu hususu (vekâlet sözleşmeleri bakımından) değerlendiren ve vekilin faaliyetlerinin tek bir davranışla gerçekleştirilebildiği durumlarda, istisnaen vekâlet sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olarak ortaya çıktığını kabul eden görüşe hemen yukarıda değindik.

tahsil amacıyla inanılana devredilirken, inanç anlaşmasında TBK md. 19/I veya TMK md. 2 hükmüne (bu hükme dayalı güven ilkesine) göre, alacağın tahsil edilmesi borcu kapsamında, inanılana, alacağın vadesinin ertelenmesi, faiz vb. konular bağlamında bir pazarlık hakkı (bu anlamda bir ‘yönetim’ hakkı) tanınmışsa, artık burada, inanılan yönetim borcunu ifa ederken birden çok ve zamana yayılan faaliyetler gerçekleştirmek durumunda kalacağından, sürekli bir borç ilişkisinin varlığından söz edilebilir. Kaldı ki, alacağın tahsili için devir işlemlerinde, inanılanın, alacağı her zaman hemen tahsil etmesi mümkün olmayabilir; gerçekten inanılanın, alacağı tahsil etmek için (borçluyu arama, sorgulama, ikametgâhını bulma, kimlik doğrulama/sorgulama vb.) birtakım faaliyetlerde bulunması, alacağın tahsiliyle ilgili gerekli işlemleri yapması³⁵⁴ gerekebilir. Hatta bu sebeptendir ki inanan da inanılana, tahsil için yetki vermek yerine, (zikredilen faaliyetleri çok daha kolaylıkla yapabilmesini sağlayacak şekilde) alacağını devretmeyi tercih eder. Tüm bu gerekçelerle, alacağın tahsil için devri işleminin de, en azından büyük çoğunlukla, sürekli borç ilişkisi teşkil ettiği kanaatindeyiz.

E. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Olup Olmadığı

İnanç ilişkisinde bir üçüncü şahsın “yararlanan” olarak belirlendiği durumlarda inanç anlaşması, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini haiz olabilir³⁵⁵. TBK md. 129 hükmü gereğince, üçüncü kişi yararına sözleşme, borç ilişkisini kurduğu anda, ayrı bir hukuki işleme gerek olmaksızın, üçüncü kişiyi kapsamına alır; ancak bu üçüncü kişi, borç ilişkisinin bir tarafını taraf olmaktan çıkarıp onun yerine geçmez³⁵⁶. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, temsilde olduğu gibi üçlü bir ilişki söz konusudur;

³⁵⁴ Oğuz (Roma Hukuku), s. 242.

³⁵⁵ Gerstle, s. 47; Gubler, s. 135.

³⁵⁶ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 818.

ancak inanan sözleşmeyi kendi adına yaptığı için, üçüncü kişinin temsilcisi değildir. Üçüncü kişi de inanç konusunun ve/veya bunun yönetilmesi sırasında elde edilen menfaatlerin (gelirlerin) devrini, inananın temsilcisi olarak değil, kendi adına talep eder.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, vadeden ve vaadettiren sözleşmeye lehdar yararına bir edim yükümlülüğü koyarken, bunu lehdarın bağımsız bir alacak hakkı kazanması yoluyla gerçekleştirirler ve lehdar taraf sıfatını haiz olmadığı bir sözleşmeden alacak hakkı kazanmış olur³⁵⁷. Lehdar, kendi lehine kararlaştırılmış olan edimin ifasını bağımsız olarak talep edebilir³⁵⁸. Ayrıca vaadettiren de vadedenin lehdara ifada bulunmasını talep edebilir³⁵⁹. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise vadeden ve vaadettiren lehdar lehine bir alacak hakkı kurmazlar, yalnızca sözleşmeye onun yararına bir kayıt koyarlar³⁶⁰. Sözleşmenin alacaklısı yalnızca vaadettirendir, lehdar ise yalnızca kendisine yapılan ifayı kabul yetkisine sahiptir³⁶¹ ve vadedenden borcun ifasını isteyemez³⁶². Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, esasen bir ifa modalitesinden ibarettir³⁶³.

Saf inançlı işlemler bakımından, inanç ilişkisinde bir üçüncü kişinin ‘yararlanan’ olarak gösterildiği durumlarda, inanç anlaşması çoğunlukla ‘üçüncü kişi yararına sözleşme’ teşkil eder³⁶⁴. Bu sözleşme, (üçüncü kişinin alacak hakkını haiz olduğu)

³⁵⁷ Çilenti Konuralp, A.: Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2020, s. 35.

³⁵⁸ Tandoğan, H.: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963, s. 69 (Zararın Tazmini).

³⁵⁹ Tandoğan (Zararın Tazmini), s. 69.

³⁶⁰ Kocaman, A. B.: Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısında Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1989, s. 100.

³⁶¹ Tandoğan (Zararın Tazmini), s. 68, Çilenti Konuralp, s. 36.

³⁶² Yarg. 11. HD., T. 09.07.2018, E. 2016/13448, K. 2018/5013 (kazancı içtihat bilgi bankası).

³⁶³ Çilenti Konuralp, s. 37. Adı geçen yazar, 127’nci dipnotunda şu eserlere atıf yapmaktadır: Berner Kommentar/ Weber, N.7; Jousen, s. 358; Münchener Kommentar/Gottwald, BGB § 328, N. 9; Papanikolau, s. 26.

³⁶⁴ Özsunay, s. 131.

bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme olabileceği gibi; (üçüncü kişinin yalnızca kendisine yapılacak olan ifayı kabul yetkisini haiz olduğu) bir eksik üçüncü kişi yararına sözleşme de olabilir³⁶⁵. Böyle bir örnekte, inanılan, lehine yapılan sözleşme gereğince inanç konusunu üçüncü kişiden bizzat iktisap etmiş olur. Bir başka ifadeyle, burada, inanç konusu hakkın üçüncü kişiden tasarrufuyla kazanıldığı bir inançlı işlem söz konusu olur³⁶⁶.

III. İnanç Anlaşmasının Şekle Tabi Olup Olmadığı Sorunu

Saf inançlı işlemlerde inanç konusunun (yani inançlı devir borcunun konusunun) *taşınır* olduğu durumlarda, inanç anlaşmasının geçerliliği kural olarak, yani kanunda özel bir şekil kuralı bulunmadıkça, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir³⁶⁷.

İnanç konusunun bir *alacak* olduğu (yani inananın alacağını inanılana inançlı olarak devretmeyi taahhüt ettiği) inanç anlaşmalarında, inanan sadece alacağı inançlı devredeceğini taahhüt ediyorsa; inanç anlaşması yazılı şekle tabi değildir; alacağını inanç anlaşması içinde devretmek istiyorsa inanç anlaşması yazılı olmalıdır (TBK md 184).

İnanç konusunun *taşınmaz* olduğu hallerde inanç anlaşmasının şekle tabi olup olmadığı hususuna gelince: ‘İnanç konusunun doğrudan inananıdan iktisap edilmesi’ ile ‘üçüncü kişiden dolaylı olarak iktisap edilmesi’ durumları farklılık arzeder:

³⁶⁵ A.g.e., s. 131-132; Gerstle, s. 47.

³⁶⁶ Aşağıda bkz. §6 III.

³⁶⁷ Ayrıca bkz. Yarg. 14. HD., E. 2015/17422, K. 2016/9665, T. 21.11.2016 sayılı ve tarihli kararında Yargıtay da bu hususu ifade etmiştir: “Kanunlarımızda gerek inançlı işlemi gerekse inanç sözleşmesini doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. İnanç sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde dayanak yapılan 5.2.1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, inançlı işlemin ispatı için yazılı delil aranmış olup, inançlı işlemin geçerliliği için şekil şartı aranmamıştır” (kazancı içtihat bilgi bankası).

İnanç konusu taşınmazın inanandan elde edildiği ilk ihtimalde; mülkiyeti devir borcu doğuran inanç anlaşmasının TMK md. 706/I hükmü gereği resmî şekilde yapılması gerekir. Resmi şekil geçerlilik şartıdır ve resmiyet TK md. 26/I uyarınca tapu sicil memurları tarafından kazandırılır³⁶⁸. Doktrindeki hâkim görüş de budur³⁶⁹. Ancak uygulamada inanç anlaşmalarının tapu müdürlüklerinde düzenlenmesi konusunda, TST md. 16/II hükmünden kaynaklı çekingenlik olmakta ve tapu müdürlükleri inanç anlaşmalarını düzenlemekten imtina etmektedir³⁷⁰. Halbuki, söz konusu hüküm, inanç anlaşmasının tapu sicil müdürlüğüne sunularak taşınmazın inanılan adına tescil edilmesine engel teşkil etmez;³⁷¹ çünkü inanç konusu taşınmazın mülkiyetinin devrini sağlayacak tescil, inanç anlaşmasında, “bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta” bağlanmış değildir. *Sirmen* de, (teminat amaçlı inançlı işlemler bakımından), taşınmazın mülkiyetinin adına tescil edilmiş olduğu inanılanın, alacağı ödenince taşınmazı geri verme konusunda sadece bir borç altına girmiş olmasının, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı bir kayıt veya şart sayılamayacağını belirtmektedir³⁷². Borç ödendiği takdirde, mülkiyet kendiliğinden inanana geri dönmeyecektir; mülkiyetin tekrar inanana geçebilmesi için ya onun adına yeni bir tescil yapılması ya da inananın MK 716/I’e göre açmış olduğu tescile zorlama davası sonunda hâkimin mülkiyetin inanana geçtiğine karar vermesi gerekir³⁷³.

Taraflar arasındaki inanç ilişkisinin sona ermesi durumunda inanç konusu taşınmazın inanana iadesi borcu resmî şekle uyularak yapılan inanç anlaşmasında öngörülmüş

³⁶⁸ Güvenç, s. 132; Ammann, s. 77; Eren, s. 367; Hatemi, s.133; Kocayusufpaşaoğlu, s. 373; Sirmen, s. 368; Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 136.; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 496.

³⁶⁹ Ammann, s.77; Kocayusufpaşaoğlu, s. 373; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 496; Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 136; Sirmen, s. 368.

³⁷⁰ Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 373.

³⁷¹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir (Eşya Hukuku), s. 379 vd.

³⁷² Sirmen, s. 311.

³⁷³ A.g.e., s. 311.

olacağından, inanılan, zamanı geldiğinde, inanç anlaşmasına dayanarak ve mülkiyeti iade borcunun ifasını teminen, taşınmazın TMK md.1013/I ve TST md. 12 çerçevesinde inanan adına tescilini talep edebilecektir³⁷⁴.

İnançlı devir konusu taşınmazın üçüncü kişiden elde edildiği ihtimalde; devir işlemi inanılan ile üçüncü kişi arasında gerçekleşir ve bu devir işlemi inanç anlaşmasından farklı bir hukuki sebebe- borçlandırıcı işleme dayanır. Söz konusu devir işlemine ilişkin resmî senette, kuşkusuz ki, inanç anlaşmasına yer verilmez³⁷⁵. Dolayısıyla, inanan ile inanılan arasındaki (inananın taşınmazın üçüncü kişiden devrini sağlama borcu ve/veya üçüncü kişinin taşınmazı devredeceğini taahhüdü ile inanılanın inanç konusunu üçüncü kişiden devralma borcunu içeren) inanç anlaşmasının şekli, salt inanılanın (amaç gerçekleştikten sonra inanç konusunu inanan) geri devir borcu bakımından önem kazanır ve bu çerçevede tartışılmalıdır:

İnanç konusu (taşınmazın) üçüncü kişilerden elde edildiği saf inançlı işlemlerde, *inanılanın üçüncü kişiden devraldığı taşınmazı, amaç gerçekleşince inanan devretme borcu*, inanan ile inanılan arasındaki inanç anlaşmasında yer alacağından, akla ilk gelen, TMK md. 706/I hükmü uyarınca, inanç anlaşmasının resmî şekle tabi olacaktır. Ancak, doktrinde, böyle bir kabulün (inanç konusu taşınmazın üçüncü kişilerden devralındığı) inançlı işlemlerin uygulamada azalmasına hatta silinmesine neden olabileceği özellikle dikkate alınarak dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet sözleşmesi için getirilen TBK md. 508/I hükmünün inançlı işlemlere de (kıyasen) uygulanması ve böylece inanç anlaşmasının resmî şekle tabi olmadığı sonucuna

³⁷⁴ Yarg. HGK, 17.05.2000, E.2000/2-888, K. 2000/885 (kazancı içtihat bilgi bankası); Kocayusufpaşaoğlu, s. 375-376.

³⁷⁵ Güvenç, s. 132.

varılması gerektiği belirtilmektedir³⁷⁶. Bu görüşe göre, dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet sözleşmeleri TMK md. 706/I hükmü gereği mülkiyetin devri borcunu doğuran sözleşme olarak nitelenemez. Devir borcu (TBK md. 508 uyarınca) kanundan kaynaklanır ve resmî şekle tabi değildir³⁷⁷. Bir başka ifadeyle, dolaylı temsili içeren vekâlette, vekilin taşınmazın mülkiyetini velâlet verene devretmesi, onun vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği hizmetin ifası olduğundan, MK 706/I'de öngörülen resmi şekle tabi değildir³⁷⁸.

Dolaylı temsili içeren vekâlet sözleşmeleri açısından hal böyleyken, inanç anlaşmaları bakımından durumun farklı olması gerektiği kanaatindeyim. Yani, saf inançlı işlemlerde inanılanın (geri) devir borcunun doğumuna kaynaklık etmesi sebebiyle, inanç anlaşması (TMK md. 706/I uyarınca) resmî şekle tabi olmalıdır. Zira inanç anlaşması, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak, iş görme niteliğinin yanı sıra taşınmaz mülkiyetinin devri amacını da ciddi olarak bünyesinde barındırmakta; vekâlet sözleşmesinde dolaylı temsil kavramının niteliğinden (kanundan) kaynaklanan devir borcu, inanç anlaşmasında doğrudan sözleşmeden

³⁷⁶ A.g.e., s. 137; Tandoğan (Borçlar Özel, C.II), s. 496. Ayrıca Yargıtay da, “İnançlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve halen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir. İnanılan, inanç konusunu, doğrudan doğruya inanandan edinebileceği gibi, bir üçüncü kişiden de edinebilir. Uygulamada inanç konusunun üçüncü kişiden edinilmesi, özellikle “dolaylı temsil” ilişkisi içinde gerçekleştirilmektedir. Dolaylı temsil ilişkisi içinde inançlı işlemde, mülkiyeti inanana geçirme borcu vekillik sözleşmesinin yasal bir sonucu olduğu için, ayrıca resmi bir şekilde geçirim söz vermesi de gerekmez” demek suretiyle vekil ile vekâlet veren arasında gerçekleştirilen devrin sözleşmenin niteliğinden ve kanundan doğan bir yükümlülük olduğunu açıkça ifade etmiştir, Yarg. HGK, 17.05.2000 tarihli, E. 2000/2-888, K. 2000/885 (kazancı içtihat bilgi bankası).

³⁷⁷ Yargıtay 4. HD., 05.01.1978, E.1976/11251, K. 1978/5 (kazancı içtihat bilgi bankası); BGE 112 II 332; BGE 81 II 231; Saymen, F. H./Elbir, H. K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1958, s. 297; Kocayusufpaşaoğlu, s. 381; Kocayusufpaşaoğlu, N.: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, Sulhi Karan Matbaası, İstanbul 1959, s. 106 (Gayrimenkul Satış Vaadi); Kutlu, s. 68-69; Başpınar, V.: “Taşınmaz Satımında Vekâlet”, AÜHFD, Ankara 1996, C. XLV, S. 1-4, s. 483-504, s. 490 vd; Eren (Borçlar Hukuku), s. 437; Hatemi, s. 139 vd; Meier-Hayoz, A.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/2, Das Sachenrecht: Grundeigentum I (Art. 655-679 ZGB), Bern, Verlag Stampfli&Cie AG, 1974, N.52; Sirmen, s. 198; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 255; Yavuz (Dolaylı Temsil), s. 173.

³⁷⁸ Sirmen, s. 300.

kaynaklanmaktadır³⁷⁹. Kaldı ki, inanç konusunun bizzat inanandan kazanıldığı inançlı işlemlerde inanç anlaşmasını resmi şekle tabi kılıp; üçüncü kişiden kazanıldığı işlemlerde resmi şekli aramamak ve bu iki işlem arasında dayanağı olmayan yapay bir farklılık yaratmak, kanımca, isabetli değildir³⁸⁰.

IV. İnanç Anlaşmasına Uygulanacak Hükümlerin Belirlenmesi

Kendine özgü sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespiti konusunda öğretideki hâkim görüş, bu sözleşmelerin tamamlanması için *yaratma teorisini* benimsemektedir³⁸¹. Bu görüşe göre *sui generis* bir sözleşmede boşluk bulunduğu takdirde, bu boşluğun tamamlanması için sözleşmeye uygulanabilecek yedek hukuk kuralları mevcut olmadığından (zira *sui generis* sözleşmeler belirli bir isimli sözleşme tipine ait olmayan unsurları içermektedir), hâkim TMK md. 1/II uyarınca boşluğu, genel ve soyut bir hukuk kuralı yaratmak suretiyle dolduracaktır³⁸².

Bazen, *sui generis* bir sözleşmenin, kanuni sözleşme tipleri ile yakın bağlantısının bulunması ve kanuni akit tiplerine benzerlik göstermesi mümkün olabilir. Bu durum, *sui generis* sözleşmenin benzerlik gösterdiği kanuni akit tiplerinin hükümlerinin, *sui generis* sözleşmeye kıyasen uygulanabilmesini mümkün kılar. Böylece karışık

³⁷⁹ Güvenç, s. 136.

³⁸⁰ Fikri sınai hakların saf inançlı işlemle devri borcunu doğuran inanç anlaşmaları bakımından bir değerlendirme yaparken; konuyu, i) “mali hakların devri” ve ii) “mali hakları kullanma yetkisinin devri (ruhsat/lisans)” şeklinde incelemek yerinde olur. Mali hakkın devrinde, borçlandırıcı işlem mali hakkın devri sözü verme, tasarruf işlemi ise mali hakkın devridir. Mali hakkın devrine ilişkin sözleşme yazılı şekilde yapılmalı ve tasarruf konusu mali hak tasarruf sözleşmesinde ayrı ayrı gösterilmelidir. Mali hakkı kullanma yetkisinin devrinde ise; borçlanma işlemi lisans verme sözü, tasarruf işlemi ise lisans sözleşmesidir. Lisans verme sözleşmesi de FSEK md. 52 gereği yazılı şekilde yapılmalıdır. Ayrıca lisans verme sözünde hangi mali hakların kullanım yetkilerinin devredildiği ayrı ayrı gösterilmelidir, bkz. Vardar Hamamcıoğlu, G.: Medeni Hukuk’ta Tasarruf işlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, 276-281.

³⁸¹ Gümüş (Borçlar Özel), s. 14.

³⁸² Schluep, Vor. Art.184 ff. N.69, s. 891; Tandoğan (Borçlar Özel, C. I/1), s. 13; Yavuz (Borçlar Özel), s. 13; Aral/Ayrancı, s. 58; Oktay Özdemir, S.: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHFM, İstanbul 1996, C. LV. S. 1-2, s. 263-296, s. 278 vd.

muhtevalı karma sözleşmeler için benimsenen “kıyasen uygulama” yöntemi³⁸³ *sui generis* sözleşmede de gündeme gelecek; bu durumda *sui generis* sözleşmeler ile karışık muhtevalı akitler arasındaki farklılık da ortadan kalkacaktır³⁸⁴.

Sui generis bir sözleşmede taraflar arasındaki uyumsuzlukla ilgili açık bir hüküm yoksa hâkim, “bireysel sözleşmenin üstünlüğü” ilkesi gereğince ilk olarak somut sözleşmenin bizzat kendisinde, bu boşluğu kıyasen uygulanma suretiyle gidermeye elverişli bir hükmün bulunup bulunmadığına bakacaktır. Esasen, bu tür bir “kıyasen” uygulama, tarafların iradesinin güven ilkesine³⁸⁵ göre yorumlanarak uyumsuzluğa ilişkin taraflarca bir çözümün öngörülmüş sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinden ibarettir ve bu durumda da teknik olarak bir sözleşme boşluğundan söz edilemez.

Eğer sözleşmede kıyasen uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim ilk önce genel hükümlere bakmalı; orada somut sözleşmeye (sözleşme ihtilafına) doğrudan uygulanacak bir (yedek) hukuk kuralı olup olmadığını tespit etmelidir. Genel hükümler arasında somut olaya doğrudan uygulanabilecek bir (yedek) hukuk kuralının mevcut olmadığı durumlarda, hâkimin TMK md. 1/II gereğince, örf ve âdet hukukuna mı gideceği; yoksa doğrudan ‘kıyas ve yaratma’ yöntemine mi başvuracağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Katıldığım azınlık görüşüne göre, bu

³⁸³ Karışık muhtevalı akde borçlar kanununun özel hükümlerinin uygulanacağını öngören görüşlerden “kıyasen uygulama görüşü (*Analoge Rechtsanwendung*)” uyarınca, karışık muhtevalı akit esasen kanunen düzenlenmemiş bir akit olduğundan, kanuni akit tiplerinin hükümleri bu akde ancak kıyasen uygulanabilir; ancak özel hükümlerin kıyasen uygulanabilmeleri, bunların menfaatler durumu ve kanunun amacı açılarından karışık muhtevalı akit için de geçerli olmalarına bağlıdır, bkz. Kuntalp (KMA), s. 233. Adı geçen yazar söz konusu görüş için şu esere atıf yapmaktadır: Schreiber, O.: *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, Jherings Jahrbücher, Bd. 60 (1912), s. 106 vd.

³⁸⁴ Gürzumar (Franchise Sözleşmeleri), s. 20, dn. 126. Yazar sözleşme boşluğunun doldurulmasına ilişkin, her iki grupta da ‘yaratma ve kıyas’ yönteminin benimsenmesi durumunda, iki grup arasında bir farkın kalmayacağını; bir fark yaratılmak isteniyorsa bunun ancak her iki gruba farklı yöntemlerin (örneğin, karışık muhtevalı akitte “imtisas”, *sui generis* sözleşmede “kıyasen uygulama” görüşünün) benimsenmesi ile anlamlı olabileceğini belirtmektedir.

³⁸⁵ Güven ilkesine göre yorum, bir irade beyanının makul ve dürüst bir muhatabının, olayın şartları çerçevesinde o beyana vermesi gereken anlamın belirlenmesidir, bkz. Kocayusufoğlu, s. 132 vd.

durumda, TMK m.5 hükmü gözardı edilemez. Bu hükmün işlevi, benzer nitelikte olan özel hukuk ilişkilerinin, maddi bir bütün oluşturan TMK, TBK ve TTK'nın genel nitelikli hükümleri çerçevesinde, eşitlik ilkesine uygun olarak, benzer hukuki sonuçlara tabi olmasıdır³⁸⁶. Bu nedenle, eğer herhangi bir özel hukuk ilişkisine (ki bunlara *sui generis* borç ilişkileri de kuşkusuz dahildir) doğrudan uygulanacak bir kanun hükmü mevcut değilse, hâkim, TMK md. 5'in yaptığı genel ve çok geniş kapsamlı kıyasen uygulama atfı (talimatı) gereğince, genel nitelikli hükümler arasında söz konusu ilişkiye, uygun düştüğü ölçüde, yani *kıyasen* uygulanabilecek bir kural bulunup bulunmadığına bakacak ve böyle bir kural tespit ederse, o kuralı o ilişkiye uygulayacaktır³⁸⁷. Buna karşın, somut özel hukuk ilişkisine TMK m.5 atıf ve talimatıyla kıyasen uygulanması zorunlu genel nitelikli bir kural yoksa, ancak o zaman TMK md. 1/II'de düzenlenen anlamda bir *kanun boşluğu* tespit edilmiş olacak ve bu durumda hâkim, önce örf ve âdet hukukuna bakacak, bu da yoksa kendisi hukuk yaratır -ki bunu yaparken başvuracağı kıyas da ihtiyari ve daha serbest bir kıyas olacaktır³⁸⁸.

Saf inançlı işlemlere gelince:

Doktrinde hâkim görüş saf inançlı işlemler bakımından inanç anlaşmasına, en yakın tipik sözleşme olarak vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁸⁹. Saf inançlı işlemlerde inanç anlaşmasına, kanımca da kıyasen uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde iş görme sözleşmelerinden vekâlet

³⁸⁶ Gürzumar, O. B.: "Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri" (Prof. Dr. Erden KUNTALP'e Armağan), GÜHFD, İstanbul 2004, S.1, s. 105-161, s. 157-158 (TMK 5).

³⁸⁷ A.g.e., s. 156

³⁸⁸ A.g.e., s. 156.

³⁸⁹ Ammann, s. 38-39; Gerstle, s. 46; Oğuz (Roma Hukuku), s. 252; Altaş/Kurt, s. 17.; Honsell/Vogt/Wiegand, s. 2476; Fellman, Art. 394, N. 65; Gauch/Schluep/Schmid, N. 1025; Jäggi/Gauch, N. 194; Weber, Art. 394, N. 11; Keller, s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, s. 367.

sözleşmesi hükümlerinden yararlanmak gerekir. Bu bağlamda, TBK md. 502/II hükmünün belirleyici olduğu yadsınamaz. Esasen, TBK md. 502/II hükmünde hâkime verilen, vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanma olanağının araştırılması talimatı, yukarıda genel olarak *sui generis* sözleşmelerdeki boşluk doldurma faaliyeti bakımından sözünü ettiğimiz TMK md. 5 hükmünün işlevini, iş görme sözleşmeleri bakımından somutlaştıran bir kıyasen uygulama talimatı ve atfıdır. Yani TBK md. 502/II'deki kıyasen uygulama atfı, TMK md. 5 hükmündeki genel (kıyasen) uygulama atfı karşısında bir özel hüküm vasfı kazanmaktadır. Dolayısıyla, inanç anlaşmasında inanılanın yönetim borcu bakımından vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması, somut sözleşmenin yorumundan aksi çıkarılmadıkça, tercih edilmelidir. Gerçekten de inanç anlaşması ile vekâlet sözleşmesi arasında büyük benzerlik söz konusudur. Örneğin, vekâlet sözleşmesinde vekilin müvekkil karşısında sahip olduğu bağımsızlığa, saf inançlı işlem ilişkisinde inanılan da inanana karşı sahiptir. Aynı şekilde vekil de inanılan da edim sonucundan sorumlu değildir; yalnızca edim fiilinden sorumludur³⁹⁰.

Özetle, saf inançlı işlemler, işi görülen inananın iş gören inanılana (iş görmenin konusunu oluşturacak) bir hakkını devretme borcunu da içerdiği için, salt bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilemez ise de, TBK m. 502/II hükmündeki kıyasen uygulama atfının, kural olarak, saf inançlı işlemleri kapsadığı kabul edilmelidir³⁹¹. Çünkü, nihayetinde, bu işlemlerin asli edim yükümlülüklerinden biri olan, inanılanın kendisine devredilen malvarlığı unsurunu (hakkı) yönetme borcu, bir iş görme

³⁹⁰ Tandoğan (Borçlar Özel, C. II), s. 356 vd.; Yavuz (Borçlar Özel), s. 602 vd.

³⁹¹ Bu ihtimalde TMK m.1/II anlamında gerçek bir kanun boşluğunun doldurulması için hukuk yaratılırken yapılan bir kıyas söz konusu değildir.. Benzer hukuki ilişkilerde, eşitlik ilkesi gereği, bunlardan biri için getirilen hukuki düzenleme, aynen TMK md.5 hükmündeki atıf nedeniyle yapılan kıyasta olduğu gibi, örf ve âdet hukukuna gidilmeksizin, diğerine de -*atıf gereğince*- kıyasen uygulanmaktadır, bkz. Gürzumar (TMK m.5), s. 153-161.

borcudur. Saf inançlı işlemlere “saf”lık niteliğini kazandıran da esas olarak, bu işlemlerin hukuki karakteristiğinin temelini oluşturan iş görme borcudur.

Bu bağlamda, TBK md. 509 hükmünün inançlı işlemlere kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ile uygulanırsa bunun dayanağının TBK m.502/II olup olmadığı meselesi aşağıda özel olarak incelenmiştir³⁹².

§6. Saf İnançlı İşlemlerde İnançlı Tasarruf İşlemi

I. Genel Olarak

İnançlı tasarruf işlemi inananın malvarlığından inanılana bir menfaat sağlanması esasına dayanır³⁹³. İnanç anlaşmasında taraflarca güdülen amaca ulaşılabilmesi için inananın veya üçüncü bir kişinin inanç konusu hakkı inanılana devretmesi gerekir³⁹⁴. Bir başka deyişle, yönetim amacının gerçekleştirilebilmesi için, inanç anlaşmasından doğan inanç konusunun inanılana devri borcunun ifası gerekir.

İnanılan inanç konusunu doğrudan doğruya inanandan iktisap³⁹⁵ edebileceği gibi; bir üçüncü kişiden de kazanabilir (inanç konusunun dolaylı kazanılması)³⁹⁶. Doktrindeki hâkim görüş de budur³⁹⁷. İnanç konusunun inanan dışındaki kişiler tarafından inanılana devredildiği durumlarda devir işlemi, inanç anlaşmasından doğan devir borcunun ifası ile ilgilidir; üçüncü kişi inanç anlaşmasının tarafı haline gelmez³⁹⁸.

³⁹² Aşağıda bkz. §8 II B.

³⁹³ Eren, s. 390.

³⁹⁴ Özsunay, s. 85; Güvenç, s. 86; Wälli, s. 49 vd.

³⁹⁵ Hakkın inanan tarafından doğrudan doğruya kazandırılması (*unmittelbarer Treugutserwerb*) devren iktisap suretiyle olabileceği gibi, tesisen iktisap şeklinde de ortaya çıkabilir (örneğin bir sınırlı aynı hak tesisi), Ammann, s. 36, 54; Gubler, s. 111-112.

³⁹⁶ Gerstle, s. 41-42; Keller, s. 28-29.

³⁹⁷ Bir üstteki dipnotta yer alan yazarlara ek olarak ayrıca Ammann, s. 73; Kocayusufpaşaoğlu, s. 377-378, dn. 110; Özsunay, s. 110 vd. Tandoğan (İnananın Korunması), s. 78-79. Aynı görüşte ayrıca bkz. YHGK, 17.05.2000, E. 2000/2-888, K. 2000/885 (kazancı içtihat bilgi bankası).

³⁹⁸ Ammann, s. 73; Gerstle, s. 41; Keller, s. 28-29; Özsunay, s. 110-113; Wälli, s. 40.

Burada inanan, inanç anlaşmasında, inanılana karşı, devrin üçüncü kişi tarafından ifa edileceğini taahhüt etmiş olur (TBK md. 128)³⁹⁹.

Saf inançlı işlemlerde tasarruf işleminin şekli, elbette ki, inanç konusunun taşınır, taşınmaz, alacak, şirket hissesi, ticari senet, sınai hak vb. olmasına göre farklılık gösterir. İnanç anlaşmasında inanan inanılana bir taşınırın mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmişse, mülkiyetin devri işlemi, taşınırın zilyetliğinin inanılana geçirilmesi suretiyle gerçekleştirilmelidir⁴⁰⁰. Sicilli taşınırlara gelince; gemi siciline kayıtlı olan bir geminin devri için, malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin geçirilmesi gerekir (TTK md. 1001/I). Mülkiyetin devrine ilişkin anlaşma yazılı şekilde yapılmalı ve imzalar noterce onaylı olmalıdır (TTK md. 1001/II). Gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynî haklara ise Medeni Kanun'un taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır (TTK md. 997/I). Hava araçları için de gemilere benzer bir rejim öngörülmüştür (TSHK md. 50-84)⁴⁰¹. Motorlu kara araçlarının satışı ve devri için gerekli işlemler de noter tarafından yapılmadığı takdirde geçersiz olur (KTK md. 20/d).

³⁹⁹ Hâkim görüşten ayrılan (ve inanç konusunun üçüncü kişiden kazanılmasının mümkün olmadığını savunan) Hatemi, bir inançlı işlemin mevcudiyeti için borçlandırıci işlemin taraflarıyla tasarruf işleminin taraflarının aynı olması gerektiğini; aksi halde nam-ı müsteara ilişkin problemlerin ortaya çıkabileceğini belirtmektedir, Hatemi, s. 131-132.

⁴⁰⁰ Oktay/Özdemir, s. 675. Bir taşınırın, teminat amacıyla; ancak hükmen teslim yoluyla devrinde (yani mülkiyeti nakleden kişinin özel bir hukuki ilişkiye dayanarak taşınırı kendi fiili hakimiyetinde alıkoyarak, edinene yalnızca dolaylı bir zilyetlik tanıdığı ihtimâlde), bu devir işlemi üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmış ise, mülkiyet nakli sonuç doğurmaz (MK m.766 f. 1 c. son). Buna karşın, teminat amacıyla teslim yerine geçen işlemlerle (kısa elden teslim, zilyetliğin havalesi) yapılan inançlı devirler geçerlidir, Özsunay, s. 87. Saf inançlı işlemler bakımından ise, hükmen teslim yoluyla inançlı devrin söz konusu olamayacağı kanısındayım. Zira inananın inanç konusu taşınırı elinde bulundurmaya devam etmesi, inanılanın inanç anlaşmasından doğan yönetim borcunun ifasına engel teşkil edebilecektir.

⁴⁰¹ Sirmen, s. 463.

İnanç konusunun bir alacak olduğu saf inançlı işlemlerde, alacağın devri TBK md. 184 gereği yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Ticari senetlerin devri için ise TTK md. 559 gereği, salt devir (teslim) ve/veya ciro ve teslim işlemlerinin yapılması gerekir. TTK md. 559/I uyarınca hamiline yazılı senetlerin inançlı devri, senedin zilyetliğinin, mülkiyeti ve alacak hakkını devretmek amacı ile inanılana nakledilmesi yoluyla gerçekleşir. TTK md. 559/II'ye göre emre yazılı senetlerin inançlı devri için ise senedin ciro edilmesi ve ayrıca senedin zilyetliğinin, mülkiyeti ve alacak hakkını devir amacıyla inanılana nakledilmesi gerekir. Nama yazılı senetlerin devrinde, yine TTK md. 559/II gereği senet üzerindeki zilyetliğin devrinin gerçekleştirilmesi ve ayrıca senetten kaynaklanan alacağın da inanılana temlikinin yazılı bir sözleşmeyle yapılması gerekir. Henüz kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmamış çıplak paylar da alacağın temliki hükümleri uyarınca inançlı işlem yoluyla devir konusu yapılabilir⁴⁰².

Saf inançlı işlemin konusu bir taşınmaz ise, taşınmazın, inananın ya da üçüncü kişinin tescil talebi üzerine, TMK md. 705/I uyarınca inanılan adına tapu sicilinde tescil edilmesi gerekir.

Fikri mülkiyet haklarına gelince;

Fikri haklar bakımından, “asli iktisap” başlığını taşıyan FSEK md. 48 hükmü, fikir ve sanat eseri sahiplerinin veya mirasçılarının kendilerine kanunen tanınan mali hakları (f.1) veya mali hakları kullanım hakkını (ruhsat) (f.2) başkalarına devredebileceklerini açıkça belirtmiştir. Bu hükümdeki asli iktisap kavramı, dar

⁴⁰² Bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2018/152, K. 2019/2196, T. 25.3.2019; Yargıtay 11. HD., E. 2017/2972, K. 2019/2143, T. 14.3.2019; Yargıtay 11. HD., E. 2017/1639, K. 2019/848, T. 5.2.2019; Yargıtay 11 HD., E. 2015/11899, K. 2016/9008, T. 23.11.2016; Yargıtay 10. HD., E. 2015/9625, K. 2016/10462, T. 23.6.2016 (kazancı içtihat bilgi bankası).

anlamda medeni hukuktaki aslen iktisap kavramından farklı kullanılmıştır. Asli iktisaptan maksat, bir kimsenin doğrudan eser sahibinden veya onun mirasçılarından hakları devir veya lisans almasıdır (FSEK md. 48/I). Eser sahibinden veya onun mirasçısından mali hakkı iktisap eden kişinin, bu hakları üçüncü kişilere devretmesi veya lisans vermesi ise devren iktisaptır (FSEK md. 49/I). Bu kişilerce yapılacak sonraki devirler de hiç kuşkusuz devren iktisaptır. Saf inançlı işlemlerde de inanç konusu bir fikri hak ise, FSEK md. 48 ve 49 hükümleri uyarınca devir konusu yapılabilir. Fikri hakkın bu suretle iktisabı için, eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı rızası (beyanı) gerekir (FSEK md. 49/I). Ancak ilk devir sözleşmesinde eser sahibi veya onun mirasçıları, sonraki devirlere açıkça izin vermişlerse, artık bu rızaya ihtiyaç olmaz⁴⁰³. İnançlı devrin yazılı şekilde yapılması ve (birden fazla fikri hak inançlı olarak devrediliyorsa) hakların *ayrı ayrı* gösterilmesi şarttır (FSEK md. 52). Söz konusu madde, yalnızca inanç konusu hakkın devrini değil, aynı zamanda, inanç konusu hakkın kullanım hakkının devrini de kapsar. Aranan yazılı şekil, geçerlilik şartıdır.

Sınai haklar bakımından da aynısı geçerlidir; ancak fikri haklardan farklı olarak, bazı sınai haklarda (patent ve endüstriyel tasarım hakları), yalnızca tescil edilmiş olan hakkın kendisinin değil, tescil için yapılan başvuru hakkının kendisinin ya da kullanım hakkının da başkasına devri (lisans) mümkündür⁴⁰⁴. İnanç konusu patent, endüstriyel tasarım ve marka haklarına ilişkin devir sözleşmeleri yazılı geçerlilik

⁴⁰³ Karahan, S./Suluk, C./Saraç, T. /Nal, T.: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Genişletilmiş Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 117.

⁴⁰⁴ Bkz. patentlere ve markalara ilişkin olarak Sınai Mülkiyet Kanunu md. 148, entegre devre topografyalarına ilişkin olarak 5147 sayılı Kanun md. 17/1, yeni bitki çeşitleriyle ilgili olarak 5042 sayılı Kanun md. 49. Öte yandan, coğrafi işaretler üzerindeki haklar ve geleneksel ürün adları ise başkasına devredilemez ve lisans sözleşmesine konu olamazlar (Sınai Mülkiyet Kanunu md. 148/I). Dolayısıyla bunlar, inançlı olarak da devredilemez.

şartına tabidir (Sınai Mülkiyet Kanunu md. 148/4). Entegre devre topografyalarının devri de aynı geçerlilik koşuluna tabidir (5147 sayılı Kanun md. 17/3).

İnançlı tasarruf işlemi, inançlı *devir* şeklinde gerçekleşebileceği gibi, bunun *tesisen* olması da kuşkusuz ki mümkündür⁴⁰⁵. İnançlı irtifak hakkı tesisinde aksi öngörülmüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır (TMK md. 780/2).

İrtifak hakkının tesis edilmesinde kazanma sebebi, taşınmaz malikine, bir diğer taşınmaz lehine veya bir kişi lehine irtifak tesis etme borcu yükleyen borçlandırııcı işlemidir (saf inançlı işlemlerde inanç anlaşması). İnanç anlaşmasında taraflar, irtifak sözleşmesinin esaslı unsurlarını (irtifak hakkının türü, yararlanan taşınmaz, yüklü taşınmaz, kişiye bağlı irtifakta yararlanacak kişi) düzenlerler⁴⁰⁶. İrtifak hakkı tesis etme borcunu yükleyen inanç anlaşmasının geçerli olması için resmi şekilde yapılması ve resmi senedin tapu memuru tarafından düzenlenmesi (TMK md. 781, TST md. 16) gerekir. İnançlı irtifak hakkı, resmi senede dercedilen söz konusu sözleşme (hukuki sebep) temelinde inanan taşınmaz malikinin talebi üzerine, tapu kütüğü sayfasında ayrılan özel sütununa tescil edilmekle kazanılır (TST md. 30/1).

II. İnançlı Tasarruf İşleminin Konusu⁴⁰⁷

Saf inançlı işlemlerde, devri mümkün olan malvarlığı hakları⁴⁰⁸ (ve hatta malvarlığı

⁴⁰⁵ Parlak Börü, Ş.: “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemler Devri”, TBB Dergisi, 2017, S. 128, s. 231-272, s. 260: “*Sınırlı aynî hakların inançlı işlem yolu ile kurulması mümkündür, böylece tesisen iktisap yoluyla inançlı sınırlı aynî hak kazanılmış olur.*”

⁴⁰⁶ Vardar Hamamcıoğlu, s. 204.

⁴⁰⁷ Evvelce belirtildiği gibi, saf inançlı işlemde tasarruf işlemi inançlı bir devir olabileceği gibi, inançlı bir hak tesisi de olabilir. Bununla birlikte, bu tezde, saf inançlı işlemlerin genel tanımı yapılırken ‘inançlı hak tesisi’, inançlı işlemler için yaptığımız tanıma dahil edilmemiştir. Gerekli olduğu düşünülen bölümlerde atıflarla ve ayrıca ayrı başlıklar altında bağımsız olarak ele alınmak suretiyle açıklama yoluna gidilmiştir.

⁴⁰⁸ Parayla ölçülebilir tüm malvarlığı hakları ve bağılıkları, bunlar ister ayni ister salt nisbi olsun, ana kural olarak, sağlıkta el değiştirmeye elverişli oldukları gibi, ölümden sonra mirasçıya intikale de elverişli sayılırlar, Serozan, R./ Engin, B. İ.: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 101 (Miras Hukuku).

değerini haiz olup devri mümkün görülmesi gereken kişilik hakkı unsurları) inançlı *devir* konusu olabilir. Para ile ölçülebilen ve devredilebilen malvarlığı haklarına, (bu başlık altında alt başlıklarda ayrıntılı olarak açıklanan) mülkiyet ve devri kabil irtifak hakları, eser sahibinin mali hakları (işleme, çoğaltma, yayma, temsil yayın ve umuma iletim hakları), sınai haklar, devri kabil alacak hakları, ticari işletme, sermaye ortaklığı payı örnek olarak gösterilebilir⁴⁰⁹. Bir hakkın devredilemeyen hak olması kanundaki düzenlemeden kaynaklanabileceği gibi⁴¹⁰, tarafların iradesinden de doğabilir.

A. Ayni Haklar

İnançlı devirlere en geniş ölçüde konu olan haklar ayni haklardır⁴¹¹. İnançlı işlemler bakımından özellikle taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin inançlı olarak *devri* ön plana çıkmaktadır. Mülkiyet hakkının inançlı işleme konu teşkil edebilmesi için bu hakkın inanılan tarafından devren iktisap şeklinde kazanılması gerekir⁴¹²

Sınırlı ayni haklar da devredilebilir oldukları sürece inançlı işleme konu olabilirler.

Ancak, intifa ve oturma hakları, (kural olarak) diğer irtifaklar ve devredilemeyeceği taraflarca kararlaştırılmış olan üst ve kaynak hakları, devri kabil olmadıkları için *inançlı devir* konusu da olamazlar.

⁴⁰⁹ Yenilik doğuran hakların devredilebilir haklar olup olmadığı (ve bununla bağlantılı olarak inançlı tasarruf işlemine konu olup olamayacağı) tartışması için hemen aşağıda bkz. §6 II D.

⁴¹⁰ Kişiye sıkı sıkıya bağlanmış olup para ile ölçülemeyen kişisel değerlerin, aile hukuku ilişkilerinin, kişilik haklarının [örneğin velayet, vesayet, kayyım, vasiyeti yerine getirme görevi, nişanlılık, evlilik, kişilik hakları (ceset, organlar, sökülemez takma uzuvlar, saygınlık, onur vb.), dernek üyeliği, vakıf organlığı, kişi ortaklığı payı] devri mümkün olmadığından, bunlar inançlı devir konusu da olamazlar.

⁴¹¹ Blass, s. 91.

⁴¹² Gerstle, s. 36; Gubler, s. 134.

Sınırlı ayni haklar, tesisen iktisap şeklinde de inançlı kazandırmaya konu olabilir⁴¹³.

Örneğin, inançlı işlem ile bir üst hakkı tesis edilirse; hak tesis edilince üst hakkı sahibi, arazi üzerinde mevcut olan yapının mülkiyetini tesisen iktisap etmiş olur.

Uygulamada sınırlı ayni haklardan oturma hakkı, üst hakkı ve kaynak hakkının inançlı olarak *tesisine* nadir de olsa rastlanılmaktadır⁴¹⁴. Sınırlı ayni haklardan rehin hakkının *inançlı tesisi* ise söz konusu olmaz; zira rehin hakkı teminat sağlama işlevini zaten yerine getirir ve dolayısıyla ayrıca bir inançlı işleme konu oluşturması anlamsızdır. Ayrıca, rehinle teminat altına alınmış olan alacağın inançlı devrinde de rehin hakkı, alacakla birlikte alacağı devralan inanılana geçer (TBK md. 189/I).

Doktrinde, inançlı işlemlere konu olmak bakımından irtifak haklarının durumunun (özellikle intifa hakkı) şüpheli olduğu belirtilmektedir⁴¹⁵. *Keller*, intifa hakkının inançlı olarak devredilemeyeceğini, intifa hakkının yalnızca kullanılmasının devredilebileceğini ancak bu durumda da hak inananda kalacağı için inanılanın inanç ilişkisinin gerektirdiği hareket serbestisine kavuşamayacağını, inanç konusu üzerinde inanılanın yönetim borcunun gerektirdiği şekilde yeterli tasarruf edebilme imkanına sahip olamayacağını, bu yönüyle de taraflar arasındaki ilişkinin inançlı işlemde ziyade muvazaalı bir işlem olarak karşımıza çıkacağını belirtmektedir⁴¹⁶. *Reymond* ise bu görüşe katılmamakta ve intifa hakkının inançlı işlem konusu yapılabileceğini savunmaktadır⁴¹⁷. İntifa hakkının inançlı olarak devredilmesi mümkün olmasa da, bu hakkın inançlı olarak *tesisen* kazanılmasına herhangi bir hukuki engel olmadığı kanısındayım⁴¹⁸.

⁴¹³ Gerstle, s. 36.

⁴¹⁴ Gerstle, s. 103-104. bkz. Güvenç, s. 35 (dipnot 34).

⁴¹⁵ Özsunay, s.105.

⁴¹⁶ Keller, § 2 III.

⁴¹⁷ Özsunay, s. 104. Adı geçen yazar 103'üncü dipnotta şu esere atıf yapmaktadır: Reymond, No. 51.

⁴¹⁸ İnançlı işlemle tesis edilen intifa hakkını konu edinen karar örneği için bkz. Yargıtay 2. H.D., E.

B. Fikri Mülkiyet Hakları ve Sınai Haklar

Fikri hak, bir fikri mülkiyet konusu üzerindeki mutlak nitelikli haktır⁴¹⁹. Fikri mülkiyet hakları denince ilk olarak akla, fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri hakları (dar anlamda fikri haklar)⁴²⁰ gelir; ancak özgün buluş, model, tasarım, bilgisayar programı, işaretler üzerindeki patent ve marka benzeri sınai haklar da (geniş anlamda) fikri mülkiyet haklarının konusunu oluşturur.

Fikri ürün genellikle bir araç (eşya) üzerinde somutlaşır⁴²¹; ancak fikri ürün⁴²² ile bunun üzerinde somutlaştığı eşya birbirinden farklıdır. Fikri ürünün, üzerine yansıdığı araçtan bağımsız bir varlığı bulunmaktadır⁴²³. Yani fikri mülkiyet hakları maddi bir varlık (örneğin, kâğıt, tuval, taş, bronz, demir vb.) üzerinde cisimlenmiş olsa bile, hakkın konusu, maddi varlık olmayan, o madde içinde cisimlenmiş olan fikrî üründür⁴²⁴. Örneğin, sulu boya bir tabloya ilişkin olarak, fikrî ürün, tuvalin kendisi ya da sulu boya değil, resimdir. Bir heykelde fikrî ürün, heykelin yapıldığı malzeme değil, malzemeyi şekillendiren düşünce, yaratıcı fikrî çalışma ve bu fikrî faaliyetin ortaya koyduğu sonuçtur⁴²⁵. Madde üzerindeki hak, TMK md. 683 hükmü

1995/12730, K. 1996/1228, T. 6.2.1996 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁴¹⁹ Tekinalp, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş 2 Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Haziran 2002, s. 4 (Fikri Mülkiyet Hukuku); Serozan, R.: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 215 (Medeni Hukuk).

⁴²⁰ *Dar anlamda fikri haklar*, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre korunan, fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri hakları ifade eder, Gürzumar (Franchise Sözleşmeleri), s. 39. Yazara göre; “en geniş anlamıyla fikri ve sınai hakların objesi olabilen gayrimaddi mallar, fikir ve sanat eserleri, teknik buluşlar ve tefrik edici (ayırdedici) işaretler olmak üzere genel bir üçlü sınıflandırmaya tabidir, a.g.e, s. 38.

⁴²¹ Tekinalp (Fikrî Mülkiyet Hukuku), s. 5.

⁴²² Fikri ürün, ‘eşya’ değildir, mülkiyetin ve zilyetliğin konusu olamaz. Fikri ürün ‘eşya’ olmadığı halde, “fikri mülkiyet” teriminde, “mülkiyet” sözcüğü, fikrî ürün üzerindeki mutlak hakkın özel inhisari niteliğini belirtir, bkz. Tekinalp (Fikrî Mülkiyet Hukuku), s. 5.

⁴²³ Ayıter, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972, s.8 (Fikir ve Sanat); Gökyayla, K. E.: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 65; Ayan, S.: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Hak Sahipliği”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 193-236, s. 196.

⁴²⁴ Kılıçoğlu, A. M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 2.

⁴²⁵ Tekinalp (Fikrî Mülkiyet Hukuku), s. 6.

anlamında mülkiyet hakkı olduğu halde, söz konusu maddede tecessüm eden fikri çaba sonucu ortaya çıkan fikri ürün üzerindeki hak ise fikri mülkiyet hakkıdır. Fikri ürünün, üzerinde cisimlendiği maddi varlığın aslı ya da çoğaltılmış kopyalarının mülkiyet hakkının devri, fikri hakların da devri sonucunu doğurmaz (5846 sayılı FSEK md. 57).

Fikri ürünler ‘eşya’ olmadığı için, bu ürünler üzerindeki haklar da aynı hak değildir. Ancak bunlar mutlak hak niteliği taşırlar ve söz konusu mutlak haklar, sahibine verdiği yetkiler dolayısıyla aynı haklarla yakın (bu haklara benzer) özellikler gösterir⁴²⁶. Bununla birlikte, fikrî mülkiyet hakları ile aynı haklar, gerek- hemen yukarıda zikredildiği gibi- konuları gerekse ‘koruma süreleri (süre sınırlamaları)’ bakımından farklılık gösterir. Mülkiyet hakkında sınırlı bir koruma süresi söz konusu değildir; fikrî mülkiyet hakları ise, süreye bağlı tutulmuştur (bkz. fikri haklarda FSEK md. 26, md. 27; Sınai Mülkiyet Kanunu md. 23 [marka], md. 69 [tasarım], md. 101 [patent]).

Fikrî mülkiyet hakları; (ilim ve edebiyat eserleri [FSEK md. 2], musiki eserleri [FSEK md. 3], güzel sanat eserleri [FSEK md. 4], sinema eserleri [FSEK md. 5], işlemler/derlemeler [FSEK md. 6] ve veritabanları üzerindeki) “fikrî haklar⁴²⁷, ile (patent konusu teknik buluşlar, endüstriyel tasarım teşkil eden sınai resim ve modeller, entegre devre topografyaları, markalar, coğrafi işaretler, faydalı model teşkil eden buluşlar, işletme adı, ticaret ünvanı, alan adları vb. üzerindeki) “sınai haklar” olmak üzere iki ana türdür. Sayılan eserler bakımından, eser sahibinin fikir

⁴²⁶ Dural /Sarı, s. 160; Tekinalp (Fikri Mülkiyet Hukuku), s. 6.

⁴²⁷ Fikrî haklar, yalnızca fikir ve sanat eserini yaratan kişiye ilişkin haklar değil; aynı zamanda bağlantılı hak sahiplerinin haklarını da kapsar. Örneğin bir müzik eserinin bestecisi eser sahibi olarak fikri hak sahibi; besteyi icra eden sanatçı ise icrası üzerindeki bağlantılı hak (fikrî hak) sahibidir, Kılıçoğlu (Sınai Haklar), s. 16.

ve sanat eseri üzerindeki fikrî hakkının bir malî yönü, bir de kişiliği ilgilendiren manevî yönü vardır⁴²⁸. Bir başka ifadeyle, eser sahibinin, eserden para kazanma, eseri çoğaltıp yayma gibi serbestçe el değiştirebilen ve mirasçılara geçebilen mali hakları yanında, eserin kamuya sunulması, adının anılması, eserde değişiklik yapılması gibi eser sahibinin kişiliğine bağlı, el değiştiremeyen ve mirasçılara geçmeyen manevi hakları vardır⁴²⁹. Manevi haklar, eser sahibinin eserle olan manevi bağına ilişkin olduğu halde; mali haklar, eser sahibine, eserini ekonomik açıdan değerlendirme ve ekonomik getiri sağlama amacıyla tanınmış haklardır⁴³⁰. Eser sahibinin mali hakları, FSEK md. 20 vd. uyarınca, işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve yayımlama (işaret ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı) ve güzel sanat eserlerinin satış bedelinden pay talep hakkıdır (FSEK md. 45).

FSEK md. 48, eser sahipliğinden doğan ve yukarıda sayılan mali hakların veya yalnızca kullanım hakkının⁴³¹ başkasına devredilebileceğini öngörmüştür. Maddenin başlığı “aslen iktisap” olmakla birlikte, bununla kastedilen, hakları, eser sahibinden veya mirasçılarından devir veya lisans almaktır⁴³². Buna karşılık eser sahibi veya mirasçılarından mali hakkı iktisap eden kişinin, bu hakları üçüncü kişilere devretmesi veya lisans vermesi (aynı şekilde üçüncü kişilerle yapılan sonraki devirler de) devren iktisaptır (FSEK md. 49). FSEK, fikri haklar alanında eser sahipliğinden doğan hakkın devri konusunda, mali ve manevi haklar ayrımını getirmiş ve sözleşme ile devredilebilmeyi yalnızca mali haklar için mümkün kılmıştır. Manevi haklar ne

⁴²⁸ Oğuzman/ Barlas (Medeni Hukuk), s. 157.

⁴²⁹ Serozan (Medeni Hukuk), s. 216.

⁴³⁰ Kılıçoğlu (Sınai haklar), s. 220.

⁴³¹ FSEK, mali hakları kullanım hakkının başkasına bırakılmasını *ruhsat* olarak isimlendirmiş ve ‘basit’ ve ‘tam’ ruhsat olmak üzere iki tür ruhsat düzenlemesine yer vermiştir (FSEK md. 48 ve md. 56).

⁴³² Karahan, S./Suluk, C./Saraç, T./Nal, T.: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Genişletilmiş Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 114.

sözleşme ile ne de miras yoluyla devredilebilir. Mali hakkın sözleşme ile devralınması, sadece o mali hakkı kullanım yetkisi verir⁴³³. Dolayısıyla, söz konusu hükümle devre elverişli nitelikte olduğu⁴³⁴ düzenlenen mali hakların, inançlı işlemin konusunu oluşturmalarının da mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Sınai hakların inanç konusu olup olamayacakları konusuna gelince; öncelikle bu hakların devir konusu yapıp yapılamayacağına bakılmalıdır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu md. 148/1 hükmü uyarınca, coğrafi ürün ve geleneksel ürün adı hakkı hariç, bu hakların devri mümkündür. Sınai mülkiyet haklarında da devir ya sınai hakka ya da kullanım hakkına⁴³⁵ ilişkin olabilir⁴³⁶. Fikri haklarda olduğu gibi, devre elverişli nitelikte olan sınai hakların da inançlı işlemlerde inançlı devir konusu olmalarına herhangi bir engel olmadığı düşüncesindeyim.

C. Alacak Hakları

Alacak haklarına gelince; alacak haklarının inançlı olarak devrinin geniş bir uygulama alanı kazandığı görülmektedir⁴³⁷. Alacağın devri gerçekleştiği sırada henüz

⁴³³ Kılıçoğlu (Sınai Haklar), s. 269. Yazar buna ilişkin olarak, bir romanın çoğaltma hakkını devralan kişinin, onu televizyon dizisi haline getirme (yani işleme hakkına sahip olma) hakkına sahip olamayacağı örneğini vermektedir. Yani, fikri haklar alanında eser sahipliğinden doğan hakkın devri, devralanı eser sahibi haline getirmez. Sınai haklar alanında ise, bir sınai hakkı devralan kişi, fikri haklar bakımından eser sahipliğinden doğan mali hakları devralan kişiye nazaran daha geniş yetkilere sahip olur, Kılıçoğlu (Sınai Haklar), s. 269-270.

⁴³⁴ FSEK md. 48 ve 49. hükümleri uyarınca, bu hakların aslen ve devren kazanmaya elverişli oldukları açıktır. Ancak aslen kazanmada, henüz vücuda getirilmemiş veya tamamlanacak olan bir eser üzerinde tasarrufu kanun mümkün addetmemektedir, dolayısıyla bunlar inançlı kazandırmaya konu olamaz.

⁴³⁵ Sınai haklarda kullanım hakkının başkasına devri, lisans sözleşmesi olarak isimlendirilir. Lisansın “inhisari” ve “inhisari olmayan” şeklinde iki türüne yer verilmektedir (Sınai Mülkiyet Kanunu md. 24). Örneğin, rulman üretim fabrikası ile ilgili bir buluşa ilişkin patent hakkına sahip olan bir kimse, bu hakkını on yıl süre ile (inhisari olmayan lisans sözleşmesi ile başka bir kimseye vermişse), aynı lisansı başka bir üçüncü kişiye de verebilir. Ancak ilk vermiş olduğu lisans inhisari nitelikte ise, o takdirde lisansı başkasına veremeyecektir. Ayrıca FSEK md. 49 hükmünde yer alan kural, sınai haklarda da aynen geçerlidir ve buna göre, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, lisans alan kişi, kullanım hakkını bir başkasına devredemez.

⁴³⁶ Kılıçoğlu (Sınai Haklar), s. 91.

⁴³⁷ Gubler, s. 158; Özsunay, s. 106-107.

doğmamış olan alacaklar (örneğin geciktirici şarta bağlanmış alacaklar) da inançlı devir konusu olabilir⁴³⁸. Bir kimsenin gelecekte sahip olacağı bir alacağını devretmesi mümkündür; yeter ki temlik edenin bu alacağı tayin edilmiş veya tayin edilebilir (hukuki bir temele oturmuş)⁴³⁹ olsun. Hatta topyekûn temlik olarak adlandırılan belirli veya belirlenebilir bir hukuki ilişkiden kaynaklanan mevcut ve gelecekteki alacakların da bir bütün olarak inançlı devir konusu olması mümkündür⁴⁴⁰.

Kural olarak, yalnızca para alacakları değil, tüm alacaklar (örneğin bir şeye ilişkin alacaklar, kira, satım veya satış vaadinden doğan alacaklar, mülkiyetin devrini talep yetkisi, kiracılık hakkı, ön sözleşmeden doğan borçlandırııcı sözleşmeyi yapmayı talep yetkisi, vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar) devredilebilir. Malvarlıksal karakter kazanmış olan bir maaş alacağının *inançlı* devri de mümkündür⁴⁴¹. El değiştirdiklerinde işlevlerine yabancılaşacak olan nafaka gibi alacaklar⁴⁴² da inançlı devir konusu yapılabilir. Vadeli bir alacağın veya şarta bağlı bir alacağın da inançlı olarak devri mümkündür⁴⁴³. Öte yandan, nadiren de olsa, bazı alacakların konuları itibariyle (ya kişi haklarından ya da kamu düzeninden kaynaklı olarak) devirleri mümkün olmaz⁴⁴⁴. Örneğin, bir kimsenin kendisini tedavi etmeyi taahhüt eden hekime karşı sahip olduğu alacak hakkını bir başkasına devredememesinde, devir

⁴³⁸ Zobl, D.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/2/5/1, Das Sachenrecht: Das Fahrnispfand (Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB), Bern, Verlag Stampfli & Cie. AG, 1982, N. 1659 vd.

⁴³⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altup, s. 327.

⁴⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Özdemir, S.: ‘Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri’, İÜHFM, İstanbul 1999, C. LVII, S. 1-2, s. 285 vd.; Aral, F.: Topyekûn Temlik”, AÜHFD, 1991-1992, C. 67, S.1-4, s. 93-140, s. 95 vd.

⁴⁴¹ A.g.e., s. 103.

⁴⁴² Serozan (Miras Hukuku), s. 102.

⁴⁴³ Tunçomağ, s. 1082; Pulaşlı, s. 86.

⁴⁴⁴ Kazanılmış hakkın başkasına devredilmesi mümkün olmamalıdır, Oğurlu, Y.: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 114-115.

engeli, doğrudan hakkın içeriğinden kaynaklanır⁴⁴⁵. Alacak hakkının emre veya hamiline yazılı kıymetli evraka dayanması durumunda, alacak hakkı, kıymetli evrakla birlikte, yukarıda açıkladığımız⁴⁴⁶ kanuni devir şekillerine uyulmak suretiyle inançlı olarak devredilebilir.

D. Yenilik Doğuran Haklar

İsviçre hukukunda yenilik doğuran hakların inançlı olarak devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁴⁴⁷ Türk hukukunda, *Buz*, kural olarak, yenilik doğuran hakların devrinin önünde, bunların salt yenilik doğuran hak olma özelliğinden kaynaklanan bir engelin bulunmadığını, bunların devri için, tarafların devirde menfaatlerinin bulunması gerektiğini belirtir⁴⁴⁸. Yazara göre, bazen yenilik doğuran hakkın sahibinin menfaatleri söz konusu hakkın bir başkasına devrini gerektirebilir ve bu durumlarda hakkın (sözleşme özgürlüğü ilkesi de bunu gerektirir) üçüncü bir şahsa devri mümkün olmalıdır. Ancak bu tespitten bütün yenilik doğuran hakların devrinin mümkün olduğu tespiti çıkarılmamalıdır. Nitekim, eğer yenilik doğuran bir hak; 1. şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelik taşıyorsa; 2. hakkın devri bir kanun hükmü ile engellenmişse; 3. tarafların bizzat kendisi yenilik doğuran hakkın

⁴⁴⁵ Dural/Sarı, s. 172.

⁴⁴⁶ Bkz. §6 I.

⁴⁴⁷ Gerstle, s. 40; Gubler, s. 134. Yenilik doğuran haklar, “*tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar*”dır, *Buz*, V.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 57 (YDH). Ortaya çıkan yeni durum, yeni bir hukuki ilişkinin kurulması, mevcut bir hukuki ilişkinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi şeklinde olabilir, bkz. Medicus, D.: Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heidelberg 2002, s. 39 vd. Yenilik doğuran haklar, hak sahibine başkaları ile olan ilişkilerini ve dolayısıyla başkalarının hukuki durumlarını, onların katılmasına gerek olmaksızın, düzenleme ve değiştirme imkânı tanır, Schöenberger, W/Jaggi, P.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, N. 80.

⁴⁴⁸ *Buz* (YDH), s. 277. Yenilik doğuran hakkın devri, devreden ile devralanın yalnızca bu hakkı kullanma yetkisinin devrinde değil, hakkın maddi içeriği ile birlikte devrinde menfaatlerinin bulunduğu durumlarda kabul edilebilir. Bu anlamda tarafların menfaatlerinin bulunup bulunmadığının tespitinde iki şart önem kazanır: Birincisi, hakkın içeriğinin (meydana getireceği hukuki sonuçların) ekonomik bir değer olması gerekir. İkinci şart ise, devredilen yenilik doğuran hakkın, devralanın malvarlığında hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir hak olması gerekliliğidir, *Buz* (YDH), s. 275-276.

devredilemeyeceğini kararlaştırmışlarsa, bu takdirde yenilik doğuran hakkın bir başkasına devri mümkün değildir⁴⁴⁹. Gerçekten de, yenilik doğuran hak, yukarıda sayılan olumsuz şartları taşımıyorsa ve devralan (inanılanın) malvarlığında hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir hak ise devredilebilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu nitelikteki bir yenilik doğuran hak, elbette inançlı devir konusu olabilir.

E. Kaydi Sermaye Piyasası Araçları

İnançlı işlemlerde inançlı devrin konusunu, kaydi sermaye piyasası araçları da oluşturabilir. Bunlar, fiziki bir senet üzerine basılarak tecessüm etmeyen, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kaydileştirilmesine karar verilerek kaydi sisteme aktarılan veya kaydi olarak kaydi sistemde ihdas edilen ve kaydi sistem kapsamında elektronik ortamdaki hesaplarda kaydi olarak saklanan ve izlenen sermaye piyasası araçlarıdır⁴⁵⁰. Sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak senet üzerine basılmasından vazgeçilerek (basılmış olan senetlerin imha edilmesi) bunlara karşılık gelmek üzere

⁴⁴⁹ A.g.e., s. 272-274.

⁴⁵⁰ Ünal, M.: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 33. ‘Kaydi sermaye piyasası aracı’ kavramı, Kaydileştirme Tebliği’nin birçok hükmünde (md. 2, 5, 8, 9, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 27) kullanılmaktadır. Kaydileştirme, sermaye piyasası araçlarının, fiziki olarak basılmadan aynı nitelik ve hakları taşıyacak şekilde elektronik ortamda kayden izlenmesidir. Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi; sermaye piyasası araçları ve bu araçlara ilişkin hakların Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. (MKK) tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla tutulduğu ve bu araçlar üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde MKK’ya yapılan bildirim tarihinin esas alındığı hukuki sistemdir, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı 2, Ankara, Mart 2007, s. 20. 1999 tarihinde SPK’ya 10/A hükmünün eklenmesiyle, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesinin yasal dayanağı oluşturulmuş, bunların ve bunlara ilişkin hakların özel hukuk tüzel kişiliğini haiz (MKK) tarafından kayden izleneceği hükme bağlanmıştır. Kurul, 15.10.2004 tarihli ve 42/1326 sayılı kararıyla yatırım fonu katılma belgelerinin kaydileştirilmesine karar vermiş; “Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesine İlişkin Esaslar Tebliği” ile fon katılma belgeleri, ‘katılma payı’ olarak birer “kaydi değer” haline getirilmiştir. Kaydileştirme öncesi dönemde, bir sermaye piyasası aracı olan hisse senedinin dolaysız fer’i zilyetliği aradaki saklama sözleşmesi uyarınca Takasbank’ta bulunmakta; özel bir hukuki sebebe dayalı olarak Takasbank’ın dolaysız zilyetliğinde bulunan hisse senetleri üzerindeki asli zilyetlik, alım satım sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifasıyla birlikte zilyetliğin havalesi yoluyla alıcıya geçirilmekte ve Takasbank senetlerin dolaysız fer’i zilyedi olarak kalmaya devam etmekteydi, bkz. Ayhan, s. 121.

elektronik ortamda kayıtlar oluşturulması işlemi kaydileştirmedir⁴⁵¹. Kaydileştirme kavramı ile birlikte kıymet hakkı⁴⁵², kaydi değer⁴⁵³ ve evraksız kıymetli evrak gibi kavramlar gündeme gelmiştir. Kıymet hakkı ve kaydi değer kavramları ile birlikte senedin fonksiyonlarını (devir, ibraz ve teşhis) yitirmesi⁴⁵⁴, senetsiz (evraksız) kıymetli evrak kavramını geliştirmiştir⁴⁵⁵. Sermaye piyasasındaki gelişmeler kıymetli evrakın unsurlarında esnekliklere neden olmuş⁴⁵⁶; maddi olarak senet üzerinde tecessüm etmese de okunup anlaşılabilen elektronik ortamdaki kayıtlar, klasik anlamdaki senet (belge, evrak, varaka) üzerine basılmadıkları için, senetsiz (evraksız, varakasız, kağıtsız) kıymetli evrak olarak isimlendirilmiştir⁴⁵⁷.

Evraksız kıymetli evrak kavramı, kaydi sisteme geçiş sürecinde yaşanabilecek olan kavram karışıklığını giderebilmek için geliştirilen bir kavramdır; bu Tez’de bu ifade

⁴⁵¹ Mooney, C. W./ Kinami, A.: Transfer, Pledge, Clearance and Settlement in the Japanese and United States Government Securities Markets, University of Pennsylvania Journal of International Business Law, Fall/Winter, 1991, s. 517. Türk hukukunda ‘kaydileştirme’ kavramını açıklarken kimi yazarlar ‘sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi’ ifadesini kullanırken (bkz. Manavgat, Ç.: “Sermaye Piyasası Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C.50, S.2, s. 159-191, s. 159 vd.; Ünal, O. K.: “Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran, 2001, C.5, S. 1-2, s. 1-19, s. 1 vd.; kimi yazarlar ise ‘menkul kıymetlerin kaydileştirilmesi’ ifadesini tercih etmektedir (bkz. Yalın, P.: Sermaye Piyasalarında Menkul Kıymet Kaydileştirilmesi ve Türkiye Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006; Vural, A.: Türk Hukuk Sistemi Çerçevesinde Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999). İlk grupta yer alan yazarlar gibi, ‘sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi’ ifadesinin daha doğru olduğu kanaatindeyim. Nitekim, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesi ve ayrıca Kaydileştirme Tebliği’nde de ‘sermaye piyasası aracı’ terimi tercih edilmiştir. Ayrıca, yalnızca menkul kıymetler değil, menkul kıymet dışında kalan sermaye piyasası araçları da kaydileştirilebilir nitelik taşır.

⁴⁵² *Kıymet hakkı*, kıymetli evrakta var olan hak ile senet arasındaki sıkı bağın çözülmesi sonucu, senetten ayrılarak bağımsızlaşan hak olarak tanımlanmaktadır, Turanboy (Varakasız Kıymetli Evrak), s. 45; Yayla, Ü.: Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Kaydi Sistem, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Bankacılık Dergisi, 2009, S. 71, s. 104 vd.; Özcam, F./Ayyıldız, M.: “Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi ve Merkezi Kayıt Kuruluşu”, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, Ankara 1999, s. 7.

⁴⁵³ Uygulamada kıymet hakkı yerine *kaydi değer* kavramı da aynı manada veya birbirleri yerine kullanılabilir, Ünal (SPA), s. 25-26.

⁴⁵⁴ Turanboy (Varakasız Kıymetli Evrak), s. 63; Vural (Kaydileştirme), s. 11, 12, 13.

⁴⁵⁵ Ünal (SPA), s. 26-27.

⁴⁵⁶ Ünal (Kaydileştirme), s. 1 vd; Özer, I.: ydi Değer ve Merkezi Kayıt Kuruluşu Açısından Kaydi Değerlerin İşleyişi (Turgut Akıntürk’e Armağan), İstanbul 2008, s. 791.

⁴⁵⁷ Evraksız kıymetli evrak kullanımı için bkz. Tekinalp (Evraksız Kıymetli Evrak), s. 1 vd.; Varakasız kıymetli evrak kullanımı için bkz. Turanboy (Varakasız Kıymetli Evrak), s. 47 vd.; Kağıtsız kıymetli evrak kullanımı için bkz. Turanboy (Kağıtsız), s. 241 vd.

yerine ‘kaydi sermaye piyasası aracı’ ifadesi tercih edilmiştir. Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haklar, sahiplerine, senede bağlanan fiziki sermaye piyasası araçlarının sağladığı aynı hakları sağlar⁴⁵⁸; bu hakların tek farkı, senet üzerinde değil, elektronik ortamda varlık göstermeleridir.

Öğretide bir grup yazar⁴⁵⁹, kaydi sermaye piyasası araçlarının, üzerinde kişilerin hakimiyet tesis edebilecekleri, iktisadi bir değer taşıyan, kişilik dışı maddi varlıkları ifade eden⁴⁶⁰ “eşya” kavramının ve özüne zarar gelmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen “taşınır eşya” tanımının⁴⁶¹ dışında kaldığını savunmaktadır. Bir diğer görüş ise, kaydi sermaye piyasası araçlarının “eşya”ya ilişkin ‘maddi olma’, ‘üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli olma’, ‘kişilik dışı olma’ ve ‘iktisadi değer taşıma’ unsurlarını⁴⁶² taşıdığını ve eşya olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hukuki anlamda eşya, cismanî, sınırlandırılmış, üzerinde fiilî ve hukukî hâkimiyet kurulabilen şeylerdir⁴⁶³. Buna göre, eşyanın sınırlandırılmış bir varlığı olmalıdır ve sınırlandırılmış olma, cismani ve ekonomik bir bütünlüğü zorunlu kılar; cismani sınırlandırılmışlık, doğal veya yapay yoldan meydana gelen maddî, fizikî bir bütünlüğü ifade eder.⁴⁶⁴ Kanımca, kaydi sermaye piyasası araçları bakımından bu anlamda bir maddi, fiziki bütünlük söz konusu değildir. Ayrıca bir şeyin hukuki anlamda eşya sayılabilmesi için, o şey hem fiilî hem de hukukî hâkimiyete tabi olmalıdır ki kaydi sermaye piyasası araçları fiilî hâkimiyete tabi olma koşulunu da sağlamamaktadır. Açıklanan gerekçelerle, ilk görüşteki yazarlar

⁴⁵⁸ Clark, R. C.: Abstract Rights versus Paper Rights under Article 9 of the Uniform Commercial Code, The Yale Law Journal, 1975, C.84, S.3, s. 445-479.

⁴⁵⁹ Ayhan, s. 122; Töremiş, s. 29.

⁴⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 6.

⁴⁶¹ A.g.e., s. 8.

⁴⁶² Ayan (Medeni Hukuk), s. 81.

⁴⁶³ Sirmen (Eşya Hukuku), s. 4.

⁴⁶⁴ A.g.e., s. 6.

gibi, kaydi sermaye piyasası araçlarının hukuki anlamda “eşya” niteliğini haiz olmadığı kanaatindeyim.

Kaydi sermaye piyasası araçlarında, hakkın mündemiç olduğu, üzerine imza atılacak (ciro işlemi yapılacak) ve zilyetliği karşı tarafa geçirecek bir senet bulunmadığından ve bu araçlara ilişkin işlemler kaydi sistem aracılığı ile gerçekleştirildiğinden, bunlara ilişkin hukuki işlemler, fiziki sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemlere göre özellik arzeder⁴⁶⁵. Kaydi sermaye piyasası araçları devre konu olabilir (Sermaye Piyasası Kanunu md. 10/A). Bunların devri, yazılı devir beyanı ve (zilyetliğin havalesi şeklinde⁴⁶⁶) zilyetliğin geçirilmesi yoluyla gerçekleştirilir⁴⁶⁷. Hak sahipleri tarafından aracı kuruluşlara verilen ve bu kuruluşlarca ilgili sermaye piyasasına (borsaya) iletilen al-sat emirlerinin (icap-kabul olarak tarafların birbirine uygun irade beyanlarının) ilgili sermaye piyasasında eşleşmesi ile devir sözleşmesi kurulur⁴⁶⁸. Devir sözleşmesine konu sermaye piyasası aracının mülkiyetinin devralana geçmesi için, aracı kuruluşun müşterisi adına aldığı aracın bedelini ödemesi; müşterisi adına sermaye piyasası aracını satan aracı kuruluşun ise bu araçları teslim etmesi gerekir⁴⁶⁹. Bir başka ifadeyle devir, kaydi hak sahibi kimsenin

⁴⁶⁵ Ünal (Kaydileştirilme), s. 401.

⁴⁶⁶ Kaydi sermaye piyasası araçları, saklayan sıfatı ile Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) nezdinde tutulan elektronik ortamdaki hesaplarda saklanır. Bu araçlar üzerindeki “asli ve vasıtalı zilyetlik” araç sahiplerine aitken; bu araçların “feri ve vasıtasız zilyedi” MKK’dır. Kaydi sermaye piyasası araçlarının devrine ilişkin anlaşma ile birlikte, araç sahipleri bunlar üzerindeki asli ve vasıtalı zilyetliklerini, MKK’nın ferî ve vasıtasız zilyetliğinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın, yalnızca irade beyanı ile (zilyetliğin havalesi yoluyla) teslimsiz olarak MKK’ya devrederler, Öztan, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 337 (Kıymetli Evrak); Ünal (Kaydileştirilme), s. 407. Devrin MKK’ya ve üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için, devrin MKK’ya bildirilmesi gerekir, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (Eşya Hukuku), s. 74; Ayan, M.: Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C.I, Konya 2004, s. 71. Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, MKK’ya yapılan bildirim tarihi esas alınır (SPK md. 10/A, f.3).

⁴⁶⁷ Ünal (Kaydileştirme), s. 411.

⁴⁶⁸ Çetin, N.: Borsada Hisse Senedi Alım Satım İşlemlerinin Hukuki Niteliği, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara 2004, s. 23-24; Töremiş, H. E.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Nama Yazılı Payların Borsada Devri, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2008, s. 12-13.

⁴⁶⁹ İMKB sisteminde, örneğin, devir sözleşmesi, anonim şirket payına ilişkin al-sat emirlerinin sistemde eşleştiği T gününde kurulur (taahhüt işlemi); tarafların devir sözleşmesinden kaynaklanan

tasarrufundan, bu kimsenin açık talimatıyla, devrolunan kimsenin tasarrufuna, elektronik işlemler aracılığıyla, kaydi olarak yapılır⁴⁷⁰. Kısacası, kaydi olarak gerçekleşse dahi devri mümkün olan kaydi sermaye piyasası araçlarının, devredilebilir nitelikte olmaları sebebiyle, inançlı tasarruf işlemi konusu olabilmeleri de mümkündür. Hatta söz konusu sermaye piyasası araçları, SerPK md. 52’de düzenlenen ve saf inançlı işlem niteliğini haiz olan “yatırım fonları”nın da konusunu teşkil etmektedir⁴⁷¹.

III. Özel Olarak: İnanç Konusu Hakkın Üçüncü Kişinin Tasarrufuyla Kazanılması⁴⁷²

İnanç konusunun, inanılan tarafından üçüncü kişiden elde edildiği bu işlemlerde, inanç konusu doğrudan inananın değil, üçüncü bir kişinin malvarlığından inanılana geçer⁴⁷³. Yargıtay da inanılanın inanç konusunu inananan elde edebileceği gibi, üçüncü bir kişiden de elde edebileceğini belirtmektedir⁴⁷⁴. Bu ihtimallerde, inanç konusu hakkı inanılana kazandıran tasarruf işlemlerinin hiçbirisi inananın tasarruf

“teslim etme” ve “bedeli ödeme” borçları ise iki gün sonra (T+2 gününde) gerçekleşir (tasarruf işleminin tamamlanması) ve böylece anonim şirket payına ilişkin haklar devralana intikal eder, Manavgat, Ç.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1, s. 536. Kaydi sistemde devrin gerçekleşmesi ile, kaydi sermaye piyasası aracı, bir yatırımcının hesabından başka bir yatırımcının hesabına aktarılır; araca ilişkin bilgiler sabit kalır, yalnızca eski malikin ismi silinir ve yerine yeni malikin ismi yazılır, Ünal, O. K.: Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005, s. 45.

⁴⁷⁰ Turanboy (Varakasız Kıymetli Evrak), s. 61. Adı geçen yazar 76 ve 77’nci dipnotlarda şu eserlere atıf yapmaktadır: Harter/ Franke/ Hogrefe/ Seger, s. 512; Druey, J.N., s. 65-66.

⁴⁷¹ Aşağıda bkz. §10 I.

⁴⁷² Bu tezde, inançlı işlemler bakımından kabul edilen temel şablon; bu işlemlerin, inanan ile inanılan arasında yapılan ‘inanç anlaşması’ ve inananın bu anlaşmaya dayanan tasarruf işleminden oluşmasıdır. Ancak bu kuralın yalnızca *inanç konusunun inanan tarafından inanılana kazandırıldığı* durumlar için geçerli olduğunu; *inanç konusunun üçüncü kişiden iktisap edildiği* hallerde geçerli olmadığını, yukarıda belirtmiştik, bkz. §2 I.

⁴⁷³ Gerstle, s. 41 vd.; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 548; Tandoğan (İnananın Korunması), s. 78- 79; Kocayusufpaşaoğlu, s. 377.

⁴⁷⁴ Yargıtay HGK, T. 17.05.2000, E. 2000/2-888, K. 2000/885 (kazancı içtihat bilgi bankası).

işlemi olmadığı gibi; bu tasarruf işleminin dayandığı borçlandırııcı işlemler de inanan ile inanılan arasındaki inanç anlaşması değildir.

İnanç konusu hakkın üçüncü kişinin yapacağı tasarrufla bu kişiden iktisap edilmesinin ilk örneği, inananın üçüncü kişi ile inanılan lehine bir sözleşme (TBK 129) (*Vertrag zugunsten des Treuhänders*) yapmasının bir sonucu olarak ortaya çıkar. İster üçüncü kişi yararına tam bir sözleşme ister tam olmayan bir sözleşme olsun, inanan ile üçüncü kişi arasında yapılan bu sözleşme uyarınca, inanılan inanç konusunu, sözleşmeden doğan borcunu ifa eden üçüncü kişiden iktisap eder⁴⁷⁵. Bu örnekte, üçüncü kişinin tasarruf işleminin dayandığı borçlandırııcı işlem, inanan ile üçüncü arasında inanılan lehine yapılan üçüncü kişi yararına sözleşmedir.

İkinci örnek ise inananın, inanılanın doğrudan temsilcisi sıfatıyla hareket etmesidir. İnanan bu sıfatıyla, inanç konusunun iktisabını sağlayacak her türlü hukuki işlemi inanılan adına ve kendi hesabına yapmak suretiyle, bu işlemler için önceden kendisinden temsil yetkisi alınmış olan inanılanın, inanç konusu hakkı üçüncü kişiden iktisap etmesini sağlamış olur⁴⁷⁶. Bu örnekte, tasarruf işleminin dayandığı borçlandırııcı işlem; inananın (inanılan ile arasındaki inanç anlaşmasında öyle uzlaştıkları için) inanılandan aldığı temsil yetkisiyle inanılan adına yaptığı bir sözleşme teşkil eder.

Üçüncü örnek, inanılanın, inananın dolaylı temsilcisi olarak hareket etmesidir.

Örneğin burada inanan, üçüncü bir kişi ile bir taşınır satım sözleşmesi yapmış olsun.

Burada, inananın üçüncü kişiden taşınır mülkiyetinin devrini talep yetkisini içeren

⁴⁷⁵ Gerstle, s. 42.

⁴⁷⁶ Gubler, s. 42. Türk hukukunda bunun örneği için bkz. Yargıtay HGK E. 2017/1-2610, K. 2019/12, T. 17.1.2019 (kazancı içtihat bilgi bankası).

alacak hakkı mevcuttur. İnanan bu alacağını inanılana inançlı olarak devreder. İnananın dolaylı temsilcisi olarak hareket eden inanılan, (inanan ile aralarındaki dolaylı temsili gerekli kılan inanç anlaşmasına⁴⁷⁷ uygun olarak), söz konusu talep yetkisini kendi adına ancak inanan hesabına olacak şekilde kullanır ve taşınırın mülkiyetini iktisap eder (ve eşyayı yönetir). Burada, ilk başta, inananın üçüncü kişiden satım sözleşmesinden doğan taşınır mülkiyetinin devrini talep yetkisinden oluşan alacak hakkını inançlı olarak inanılana devretmesi (inançlı alacak devri) söz konusu olmakla birlikte; bu durum, inanç konusu taşınırın inanılan tarafından üçüncü kişiden bizzat kazanılması karakterini ortadan kaldırmaz⁴⁷⁸.

Keller ve Gerstle başta olmak üzere birçok yazar tarafından belirtilen son örnek ise ‘tahsil amacıyla havale (*Inkassoanweisung*)’dir. Burada inanan, inanılanla arasındaki inanç ilişkisi çerçevesinde üçüncü bir kişiye, inanılana bir edimde bulunma yetkisi verirken; bir yandan da inanılana, üçüncü kişiden edimi kabul etme yetkisi tanır⁴⁷⁹. Havalenin gerçekleşmesiyle birlikte inanılan, üçüncü kişiden inanç konusu hakkı iktisap etmiş olur⁴⁸⁰.

IV. İnançlı Devir İşleminde *Causa*

Hukuki sebep (*causa*), kazandırma ile doğrudan doğruya takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren ve ona uygulanacak hukuk kurallarını tayin eden, tipik amaçtır⁴⁸¹. Kazandırmanın hukuki sebepleri, Roma Hukukundan gelen klasik ayırım

⁴⁷⁷ Dolaylı temsil ve dolaylı temsili içeren vekâlet ilişkileri bakımından yaptığımız karşılaştırma için bkz. yukarıda §3 I B.

⁴⁷⁸ Gerstle, s. 42. Öte yandan, Keller ise, bu tip işlemlerin inanan tarafından yapılan bir kazandırma olduğunu belirtmektedir, Keller, §2 V 2.

⁴⁷⁹ Keller, §2 V 2; Gerstle, s. 42; Özsunay, s. 113; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 548; Tandoğan (İnananın Korunması), s. 79.

⁴⁸⁰ Bir üst dipnottaki yazarlar.

⁴⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 117.

uyarınca, alacak sebebi (*causa credendi*), ifa sebebi (*causa solvendi*) ve bağışlama sebebi (*causa donandi*) olabileceği gibi, hukuki sebepler tahdidi olmadığı için, tarafların üzerinde anlaştıkları başkaca bir hukuki sebep de olabilir⁴⁸².

Kazandırıcı işlemin hukuki sebebi tarafların uyuşmasıyla meydana gelir ve hukuki sebebe ilişkin bu uyuşma, taraflarca kazandırmanın geçerliliğini de belirleyen esaslı unsur haline getirilmişse, *hukuki sebebe bağlı işlem* söz konusu olur⁴⁸³. Hukuki sebebe bağlı işlemlerde, hukuki işlemin geçerliliği sebebin varlığına ve geçerliliğine bağlıdır⁴⁸⁴. Öte yandan, *sebepten soyut işlemlerde*, hukuki sebebin yokluğu veya geçersizliği, kazandırıcı işlemi (borçlandırıcı işlem veya tasarruf işlemi) etkilemez⁴⁸⁵. Bu işlemlerde, geçerli bir hukuki sebep bulunmasa dahi kazandırma geçerli olur.

Borçlandırıcı işlemlerle yapılan kazandırmalar (alacak hakkı kazandırılması), kural olarak, sebebe bağlıdır ve bu işlemlerde hukuki sebep, bizzat sözleşmede içkindir⁴⁸⁶. Tasarruf işlemi niteliğindeki kazandırıcı işlemlerde ise hukuki sebep, işlemin içine dahil değil, ondan önce gelen ve işlemin dışında kalan borçlanma işlemidir⁴⁸⁷.

Türk hukukunda, taşınmazın mülkiyetini geçiren tasarruf işlemleri kanun gereğince sebebe bağlı işlemlerdir⁴⁸⁸. Taşınırlar bakımından da bugün hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, tasarruf işlemi sebebe bağlıdır⁴⁸⁹. Türk hukukunda,

⁴⁸² A.g.e., s. 117-118.

⁴⁸³ Vardar Hamamcıoğlu, s. 58.

⁴⁸⁴ Eren, s. 179.

⁴⁸⁵ Bu işlemlerde kazandırma, geçerli bir hukuki sebep bulunmasa dahi geçerlidir. Ancak karşı tarafın bu yoldan elde ettiği malvarlığı menfaaati geçerli bir hukuki sebebe dayanmadığından ‘sebepsizdir’ ve kazandırmanın sebepsiz zenginleşme talebine konu teşkil eder (TBK md. 77 vd.).

⁴⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 119. Borçlanma işleminde kural bu olmakla birlikte, TBK md. 18’de istisnaen soyut borç tanınması düzenlenmiştir.

⁴⁸⁷ Vardar Hamamcıoğlu, s. 59.

⁴⁸⁸ Bkz. TMK md. 1024/2: “Bağlayıcı olamayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.”

⁴⁸⁹ Eren, s. 176; Özsunay, s. 93. Öte yandan, taşınırlar üzerindeki tasarruf işlemlerinin sebepten soyut olduğu görüşünde: Oğuzman/Öz, s.749-750.

alacağın devrinin sebebe bağlı mı yoksa soyut mu olduğu konusu ise çok tartışmalıdır. Alacak devrinin sebebe bağlı olduğunu savunan ve bizim de katıldığımız görüşe göre işlemin sebebindeki geçersizlik, alacağın devrini de geçersiz kılar⁴⁹⁰. Soyutluk görüşüne göre ise, alacağın devri işlemi geçerli bir hukuki sebebe dayanmasa dahi geçerli olur ve alacak hakkı, devreden malvarlığından çıkarak bağlı haklarla birlikte devralanın malvarlığına geçer. Söz konusu tartışma, fikri haklar bakımından da mevcuttur. Mali hakkın devrine veya lisans verilmesine ilişkin borçlanma işlemindeki geçersizliğin, bu işlemin ifası niteliğindeki tasarruf işlemi etkileyip etkilemeyeceği konusunda; bir görüş, bu işlemlerin de alacağın devri gibi soyut tasarruf işlemleri olduğunu savunmaktadır⁴⁹¹. Buna göre, borçlanma işlemi herhangi bir sebeple geçersiz olsa dahi, devralan mali hakkın veya lisansın sahibi olur. Öte yandan, fikrî hakların devrinde, bunlara ilişkin tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olduğunu savunan görüş ise buna gerekçe olarak, mali hak veya lisansın eser sahibinin manevi menfaatleriyle ilgili olduğunu ifade etmektedir⁴⁹². Bu görüşe göre, borçlanma ve tasarruf işlemleri gerek birlikte gerekse ayrı ayrı yapılmış olsun, borçlanma işlemindeki geçersizlik tasarruf işlemi etkileyeceğinden ve onun geçersiz olması sonucunu doğuracağından, geçersiz tasarruf işlemi sebebiyle mali hak veya lisans devralan tarafça kazanılamayacaktır⁴⁹³.

Saf inançlı işlemlere gelince; (inanç konusunun bizzat inanandan inanılana kazandırıldığı) inançlı işlemler, evvelce de belirttiğimiz üzere, “inanç anlaşması”

⁴⁹⁰ Eren (Borçlar Hukuku), s. 1231, Aral, s. 94.

⁴⁹¹ Ayiter (Fikir ve Sanat), s. 197. Söz konusu görüşe göre, işlemin soyut kabul edilmesinin gerekçesinin, FESK md. 53 hükmünde, alacağı devreden garanti sorumluluğuna ilişkin TBK md. 191 ve md. 193’e atıf yapılması ve bu hükümden yola çıkılarak mali hakkın devri işleminin alacağın devrine benzetilmesi olduğu düşüncesinde, bkz. Vardar Hamamcıoğlu, s. 286.

⁴⁹² Erel, Ş. N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 303; Vardar Hamamcıoğlu, s. 286. Adı geçen yazar, 310’uncu dipnotta şu yazarlara atıf yapmaktadır: Rehbinder, Schweizerisches, §20, N. 162; Troller, s. 772; Weinmann, s. 569; Streuli-Youssef, s. 21; Uhl, s. 156; Hilty, §22, N. 258.

⁴⁹³ Vardar Hamamcıoğlu, s. 286.

(borçlandırıcı işlem) ve “inançlı devir işlemi” (tasarruf işlemi) olmak üzere iki işlemten meydana gelir⁴⁹⁴. Bu başlık altında esas olarak “inançlı devir” işleminin hukuki sebebi bakımından geçerlilik sorunu incelenecektir. Ancak daha önce, “inanç anlaşmasının” hukuki sebebine de kısaca değinmek gerekir:

Türk hukukunda saf inançlı işlemlerde, borçlandırıcı işlem niteliğini haiz olan inanç anlaşmasının özel bir *causa*’sının olması gerektiği görüşü⁴⁹⁵ ortaya atılmış ve bunun sonucunda “inanç sebebi” (*causa fiducia*) olarak isimlendirilen kendine özgü bir hukuki sebebin varlığı büyük çoğunluk tarafından benimsenmiştir⁴⁹⁶. Yargıtay⁴⁹⁷ da saf inançlı işlemlerde inanç anlaşmasının hukuki sebebinin, kendine özgü *causa fiducia* olduğu görüşündedir. Kanımca da inanılanın inanç konusu hakkı bizzat inananın kazandığı saf inançlı işlemlerde, inanç anlaşmasında inanılanın devir alacağının kazandırma sebebi *causa fiducia*’dır.

İnanç konusu hakkın bizzat inanan tarafından inanılana kazandırıldığı saf inançlı işlemlerde inançlı devir işleminin hukuki sebebi, inanç anlaşmasıdır⁴⁹⁸. İnançlı devir işlemi ile inanan, inanç anlaşmasından doğan devir borcunu ifa eder. Dolayısıyla,

⁴⁹⁴ Tanım için bkz. §2 I. İnanç anlaşması için bkz. §5. İnançlı devir işlemi için bkz. §6. Bu şablonun, inanç konusunun üçüncü kişinin tasarrufuyla kazanıldığı inançlı işlemler için geçerli olmadığını yukarıda belirtmiştik, bkz. §2 I.

⁴⁹⁵ Schöninger, “Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs”, Archiv für civilistische Praxis, C. 96, 1905, s. 171 vd.

⁴⁹⁶ Ammann, s. 34; Blass, s. 136; Keller, s. 31; Bergmaier, s. 70; Tandoğan (İnananın Korunması), s. 78; Wälli, s. 28-29; Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 164; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 417.

⁴⁹⁷ Yarg. HGK, 2010/14-394 E., 2010/395 K., T. 14.7.2010 T.: “...İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inananın geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil eder”. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 17.05.2000, E. 2000/2-888, K. 2000/885. Yarg. HGK, 2011/688 E., 2012/34 K., T. 1.2.2012 (kazancı içti hat bilgi bankası). İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşü de bu yöndedir, bkz. BGE 86 II 221 = JdT 1961 I 203; BGE 71 II 101. Ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 376.

⁴⁹⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 18, s. 176; Wälli, s. 25; Keller, s. 25 vd.; Özdemir, s. 674; Özsunay, s. 97-99, s. 121; Altaş/Kurt, s.11; Blass, s. 92 vd.; BGE 99 II 393.

inananın inanç konusunu inanılana devretmesi işleminin hukuki sebebi, *causa solvendi*'dir.

İnanç konusu hakkın üçüncü kişinin tasarrufuyla kazanıldığı saf inançlı işlemler bakımından ise; hemen yukarıda “*III.Özel Olarak: İnanç Konusu Hakkın Üçüncü Kişinin Tasarrufuyla Kazanılması*” başlığı altında açıklanan ihtimallerde; inanılana üçüncü kişi tarafından yapılan hak devrinin (tasarrufun) dayandığı hukuki sebep cümlesinden olan ve üçüncü kişiyle yapılan borçlandırıcı sözleşmenin sağladığı kazandırmanın hukuki sebebi *causa fidejace* değil; (örneğin bir satım sözleşmesi ise) *causa credendit*dir. Çoğunlukla, üçüncü kişi inanç anlaşmasını bilmeyeceğinden veya bilse bile bu, onun yaptığı satım sözleşmesi bakımından önem taşımaz. Bir başka ifadeyle, üçüncü kişi, inanan değildir.

İnanılanın inanç konusu hakkı bizzat inanandan iktisap ettiği saf inançlı işlemlerde, inançlı devir konusunun taşınır, taşınmaz, alacak veya fikri hak olduğu tüm ihtimallerde; inançlı devrin geçerliliğinin, (söz konusu hakların devrinde genel olarak borçlanma ve tasarruf işlemleri bakımından Türk hukukundaki görüşleri belirttiğim açıklamalarıma paralel olarak ve aynı gerekçelerle), inançlı devrin hukuki sebebini oluşturan inanç anlaşmasının geçerliliğine bağlı olduğu düşüncesindeyim.

§7. Saf İnançlı İşlemlerde Tarafların Hakları ve Borçları

I. İnananın Hakları ve Borçları

Saf inançlı işlemlerde inananın asli edim yükümlülüğü, inanç konusu hakkın inanılana devredilmesidir. İnananın bu yükümlülüğü taraflar arasındaki inanç anlaşmasından doğar. Tarafların amacına ulaşabilmesi için söz konusu borcun yerine

getirilmesi şarttır. Zira inanılan inanç konusunu elde etmediği sürece, yönetim faaliyetinde bulunamaz. Ayrıca inanan, inanç konusunun yönetilmesi sebebiyle inanılan tarafından yapılan masraf ve avansları faiziyle birlikte ödemek, inanç konusunun bakımı ve saklanması ile ilişkin masrafları karşılamak⁴⁹⁹, varsa sigorta bedelini ödemek⁵⁰⁰ ve TBK md. 510/I hükmüne kıyasen, inanılanı, üstlendiği borçlardan kurtarmakla yükümlüdür. İnananın kusuru var ise ayrıca inanan TBK md. 510/II hükmü gereği, yönetim faaliyeti süresince inanılanın uğramış olduğu zararları tazmin etmekle de yükümlüdür.

Keza inanan, inanç anlaşması ile taraflar arasında inanılanın yönetim faaliyetinin karşılığı olarak bir ücret kararlaştırılmışsa, bu ücreti inanılana ödemek zorundadır.

İnananın, inanılan karşısında sahip olduğu haklara gelince: İnanan, inanç konusu hakkın inanç anlaşmasına ve inanç amacına uygun şekilde kullanılmasını inanılandan talep edebileceği gibi, TBK md. 508 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, gerekli gördüğü hallerde, inanılandan, kendisine hesap vermesini, inanç konusu hakkında bilgi vermesini ve yönetim faaliyetlerine ilişkin olarak kendisini aydınlatmasını da talep edebilir. Keza inanan, inanç konusundan elde edilen yararların kendisine verilmesini ve ayrıca, inanç ilişkisi amaca ulaşıldığında inanç konusu yerine elde edilen ikâme değerini kendisine devrini de isteyebilir⁵⁰¹.

II. İnanın Hakkı ve Borçları

Saf inançlı işlemlerde inanılan, kendisine devredilen inanç konusunu, yönetim amacının gerektirdiği kapsamda muhafaza edeceğini/yöneteceğini taahhüt eder.

⁴⁹⁹ Oğuz (Roma Hukuku), s. 275.

⁵⁰⁰ Blass, s. 166.

⁵⁰¹ Özsunay, s. 149-150.

İnanılan bir iş görme yükümlülüğü altına girer. İnanılan iş görme edimini inanç anlaşmasında belirlenen amaç doğrultusunda, inanç konusuna ilişkin yönetim faaliyetlerinde bulunmak suretiyle yerine getirir. Saf inançlı işlemlerde, TBK md. 505 hükmünün bu işlemlere kıyasen uygulanmasıyla, inananın inanılana (inanılanın bağımsız karar alabilme imkânını ortadan kaldırmadığı ve amaca aykırılık teşkil etmeyecek şekilde⁵⁰²) emir ve talimat verebilmesi öğretide kabul edilmektedir⁵⁰³. Gerçekten saf inançlı işlemler inananın menfaatinin üstün tutulduğu işlemler olduğundan, inanılan, inanç konusunu yönetirken inananın emir ve talimatlarına uygun olarak hareket etmelidir⁵⁰⁴. TBK md. 505/II hükmü de saf inançlı işlemlere kıyasen uygulanabilmelidir ve buna göre eğer inanılan, inanç konusunu yönetirken inananın talimatlarına aykırı hareket ederse, inananın karşı verdiği tüm zararları karşılamakla yükümlüdür. Söz konusu hükmün, saf inançlı işlemlerde ‘inananın korunması’ bakımından da bu işlemlere uygulanmaya elverişli olduğu kanaatindeyim.

İnançlı işlem ile amaca ulaşılması, gerekli yönetim faaliyetlerinin tamamlanması veya inanç ilişkisinin diğer bir sebeple sona ermesi durumunda inanılanın inanç konusunu inananın iade etme yükümlülüğü söz konusu olur⁵⁰⁵. İnanılan ayrıca, eğer inanç konusunun yerine geçen malvarlığı değerleri (kâim değer, *surrogat*) veya inanç

⁵⁰² Keller, s. 64.

⁵⁰³ Özsunay, s. 57.

⁵⁰⁴ Keller, § 4 II; Özsunay s. 57. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Reymond, No. 60. Ancak bu, zorunlu bir unsur değildir. Yatırım fonlarında olduğu gibi, kanun bazen aksini düzenlemiş olabilir. Yatırım fonları hk. ayrıntılı açıklama için bkz. § 10 I.

⁵⁰⁵ Yarg. 1. HD., 03.03.2010, E. 2010/1003, K. 2010/2330: “...*inanılanın...inanç sözleşmesinde kararlaştırılan yükümlülüklerini, özellikle inançlı işlem sona erdikten, başka bir anlatımla borç ödendikten sonra inanç konusunu inananın iade etme borcunu yerine getirmesi gerekir.*”

konusu haktan elde edilen yararlar⁵⁰⁶ söz konusu ise, bunları da inanana iade etmekle yükümlüdür⁵⁰⁷.

İnançlı işlemlerde “güven” unsurunun önemi, bu işlemler bakımından ‘özen yükümlülüğüne’ ayrı bir değer kazandırır ve TBK md. 506 hükmü de, saf inançlı işlemlere kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre, inanılan, kural olarak, yönetim borcunu şahsen yerine getirmek zorundadır (TBK md. 506/I hükmü kıyasen). İnanılan, yönetim faaliyetlerini gerçekleştirirken, üstlendiği iş ve hizmetleri, inananın haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür (TBK md. 506/II kıyasen). İnanç anlaşması çerçevesinde, inanılanın özen borcunun derecesi ve sorumluluğu, vekilin özen borcuna ilişkin TBK md. 506/III hükmüne tabidir⁵⁰⁸. İnanılan, inanç ilişkisi sona erinceye kadar, inanç konusunu özenle saklamak ve inanç konusunun korunması için her türlü gerekli önlemi almakla yükümlüdür.

Saf inançlı işlemlere, TBK md. 508/I hükmü de kıyasen uygulanmaya elverişlidir ve hatta uygulanmalıdır. Buna göre inananın talep etmesi halinde, inanılan, ona yürüttüğü işin hesabını verme borcu altındadır. İnanılanın, yönetim faaliyetlerine ilişkin olarak inananı aydınlatma ve inanç konusunun durumuna ilişkin gerekli bilgileri verme borcu da bu kapsamdadır⁵⁰⁹. İnanılanın ayrıca, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, sır saklama yükümlülüğü altında olduğunun kabulü gerekir⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Keller, s. 62 vd.

⁵⁰⁷ Ammann, s. 40.

⁵⁰⁸ Esener (Muvazaalı Muameleler), s. 148; Ammann, s. 39; Gümüş (Vekilin Özen Borcu), s. 266. Adı geçen yazar 1132’nci dipnotta şu esere atıf yapmaktadır: Waldis, Markus J.; Analyse der Haftpflichtsituation des Treuhänders, Zurich, 1981, s. 44 vd.

⁵⁰⁹ Ammann, s. 38; Wollf (Zession), s. 108.

⁵¹⁰ Ammann, s. 38.

III. Yükümlülüklerin Yerine Getiril(e)memesi Durumunda Tarafların Başvuracağı İmkânlar

İnanan inanç anlaşmasından doğan devir yükümlülüğünü yerine getirmezse inanılan, inanç anlaşmasından doğan şahsi talep hakkına dayanarak devrin gerçekleştirilmesini isteyebilir. Devir yükümlülüğü dışında diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda da inanılan, TBK md. 112 vd. hükümleri çerçevesinde zararlarının tazminini talep edebilir.

Öte yandan inananın iflâs etmesi veya inanana karşı bir icra takibi başlatılması durumunda, inanılanın hukuki durumunun ne olacağı da önemli bir sorundur. İflâs ile birlikte çoğu zaman inanç ilişkisi de son bulur (TBK md. 513/I kıyasen) ve inanılan inanç konusunu iade etmekle yükümlü olur. Ancak inanılanın inanç konusunu yönetirken yaptığı tüm masraflar inanan tarafından kendisine ödenmedikçe, inanılan, inanç konusunu iflâs masasına iade etmekten imtina edebilir (TBK md. 510 kıyasen).

İnananın elinde yalnızca TBK md. 112 vd. hükümlerine dayanarak inanılardan tazminat talep etme hakkı vardır.

§8. İnananın Üçüncü Kişilere Karşı Korunması

I. İnananın Korunmasına Yönelik Geliştirilen Teoriler

Saf inançlı işlemlerde en büyük sorun, inanç konusunun mülkiyetini/hakkın sahipliğini inanılana kazandıran⁵¹¹ inananın, devrettiği inanç konusunu geri almasını

⁵¹¹ Türk- İsviçre Hukukunda baskın olan görüş uyarınca, inançlı devir işlemi ile inanılana inanç konusu üzerinde tam bir hak kazandıran, *Theorie des vollen Rechtserwerbes* olarak isimlendirilen teoriyi savunan görüşler için bkz. Gautschi, Art. 396, N. 6 d; Oser-Schönenberger, Art. 17, N. 24; Merz (Legalzession), s. 453; BGE 91 II 449; 78 II 451; 43 III 346; 39 II 810.

tehlikeye düşüren ihtimallerde, inanana nasıl bir hukuki koruma sağlanacağıdır.

İnanılanın, kendisine inançlı olarak devredilmiş inanç konusunu, inanç anlaşmasına aykırı olarak üçüncü bir kişiye devretmesi ihtimalinde veya inanılanın iflâsı halinde durum böyledir⁵¹².

İnançlı işlemi yaparak, (devrettiği inanç konusunu geri alamama) riskini üzerine alan inananın, üçüncü kişilere karşı kuvvetli hukuki korumaya kavuşturulması için geliştirilen teorilerin altında, fikrimce, şu gerekçeler yatmaktadır:

Bir kere, öncelikle, inançlı işlemlerde, (*pozitif hukuktaki düzenleme eksikliği, alışveriş/işlem hayatındaki hızlı değişim ve gelişmeler vb. sebeplerle*) inanılana, tarafların gerçekleştirmek istedikleri ekonomik amacı aşan, bu amacın gerektirdiğinden daha kuvvetli bir hukuki durum sağlanmaktadır.

Temelinde ‘güven’ unsuru yatan inanç ilişkisinde, inanç konusunun devri ile inanç konusu üzerinde inananın tüm yetkileri ve tasarruf hakkı ortadan kalkmaktadır.

İnanılanın alacaklılarının inanç konusuna el atmaları mümkün olduğundan ve inanılanın iflâsı halinde inanç konusu iflâs masasına geçeceğinden, inanan, inanç konusunu geri elde edememe tehlikesiyle karşı karşıyadır. İnanılanın yetkilerinin yalnızca inanç anlaşmasıyla nisbi olarak sınırlandırılması ve inananın, yalnızca TBK md. 112 vd. hükümlerine göre tazminat talep etme hakkına sahip olması⁵¹³ da yeterli görülmemektedir.

⁵¹² İnanılanın iflâsı halinde inanç konusu iflâs masasına girer. Türk hukukunda inanana inanç konusu üzerinde bir çıkarma hakkı (*Aussonderungsrecht*) tanınmamıştır. Ayrıca inanılan aleyhine açılan ve yürütülen bir icra takibinde de inananın bir itiraz hakkı (*Widerspruchsklage*) yoktur, Özsunay, s. 201-202.

⁵¹³ Yukarıda bkz. §7 III.

Bunlardan yola çıkarak, kanımca, “pozitif hukukta mevcut olan hukuki araçlara başvurmak yerine, daha fazla menfaat sağlamak amacıyla inançlı işlemleri tercih eden tarafın, başvurduğu aracın beraberinde getirdiği rizikolara katlanmak zorunda olduğu” veya “bu durumun zaten inançlı işlemlerin bir karakteristiği olduğu” düşüncesi; tarafları şu veya bu sebeple inançlı işlemi yapmaya iten ekonomik gereklilikleri göz ardı etmek için yeterli gerekçeler değildir. Alışveriş hayatının ve toplum düzeninin gerektirdiği ekonomik ihtiyaçların tatmini için inançlı işlemlere başvurmak zorunda olan inananın, (üçüncü kişiler karşısında) ‘gerekli ve yeterli’ hukuki yardımdan yoksun bırakılması da isabetli olmaz. Hiç değilse, işlem hayatının güvenliğinin sağlanması için korunan üçüncü kişilerin menfaatleri⁵¹⁴ ile, inançlı işlemi yapan inananın menfaatinin dengelenmesi ve bu bakış açısıyla bir hukuki koruma getirilmesi yerinde olacaktır. Bu gerekçelerle doktrinde, zayıf konumda olduğu düşünülen inananın korunmasına yönelik, inananı, inanç konusunu geri elde edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalmadığı bir hukuki duruma sokmaya ilişkin birçok teori öne sürülmüştür:

A. Bozucu Şarta Bağlı Kazandırma Teorisi

Alfred Schultze tarafından “*Langobardische Treuhand*” isimli eserde ortaya atılan, Alman inançlı işlem teorisi olarak da bilinen ve tarihi, dogmatik temellere dayanan bozucu şarta bağlı kazandırma teorisi, inanç anlaşmasının bozucu şarta bağlı olarak yapıldığını, şartın gerçekleşmesi ile inanç konusunun, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın *ipso iure* inananın malvarlığına döndüğünü savunur⁵¹⁵. İnananın bu

⁵¹⁴ “...Hukukumuzda kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden geri alınabileceği endişesi taşımamaları, dolayısıyla toplum düzeninin satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi (TMK md. 1023) kabul edilmiştir”, bkz. Yarg. 14 HD., E. 2009/11391, K. 2010/1223, T. 9.2.2010 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁵¹⁵ Schultze, s. 11 vd.

şekilde yeniden malik kılınması ile, kendisine bir istihkak davası imkânı tanınmış olur⁵¹⁶. *Schultze*’ye göre, Alman eşya hukukunun gelişiminde (Roma hukukundaki durumdan farklı olarak ve BGB’de mülkiyetin bu şekilde aynı etkili olarak inanana dönmesini engelleyen bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle), aynı etkili bozucu şarta bağlanmış çeşitli devirlerin yapılabilmesi mümkündür⁵¹⁷. Yazara göre, inançlı işlemlerde de inançlı devir ile, inanç konusunu iktisap eden inanılanın hukuki konumu ‘aynı etkili’ olarak sınırlandırılmalıdır.

Bozucu şarta bağlı kazandırma teorisine göre, inanılanın ölümü halinde, inanç konusu üzerindeki mülkiyet/hak sahipliği kendiliğinden inanana döner. İnanan, inanılanın mirasçılara, inanç konusunu kötüniyetle inanılandan iktisap eden üçüncü kişiye ve inanılanın alacaklılarına karşı istihkak talebinde bulunabilir⁵¹⁸. Benzer biçimde, inanılanın iflâsı halinde inanan, iflâs idaresine karşı istihkak iddiasında da bulunabilecektir.

Tam hak iktisabı teorisine nazaran, bozucu şarta bağlı kazandırma teorisinin inançlı işlemlerde taraflar arasındaki menfaat dengesini daha iyi kurabildiği düşüncesiyle teori destek görmüş ise de⁵¹⁹, birçok yazar tarafından da pozitif hukukta dayanağının olmadığı gerekçesiyle, eleştirilmiştir⁵²⁰. *Schultze*’nin teorisi, Alman hukukunda taşınmaz mülkiyetinin devrinin şarta bağlanmasının mümkün olmadığını düzenleyen BGB 925/2 hükmü karşısında, dayanaksız kalmaktadır.

⁵¹⁶ Gerstle, s. 86.

⁵¹⁷ *Schultze*, s. 11 vd.; Özsunay, s. 155 vd.

⁵¹⁸ Bozucu şarta bağlı kazandırma teorisinin detayları için bkz. Ammann, s. 110 vd.; Gubler, s. 170 vd.; Wälli, s. 98 vd.

⁵¹⁹ Teoriye destek veren görüş için bkz. Schöny, s. 25 vd.

⁵²⁰ Teorinin eleştirisine yönelik ayrıntılı açıklama için bkz. Goltz, s. 13 vd.; Gubler, s. 170 vd.; Ammann, s. 113 vd.

Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde, aleniyet ilkesi gereğince, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin kazandırıcı işlemler şarta bağlanamaz. Tapu Sicil Tüzüğü 16/II hükmü gereği tescil talebi, tescili hükümsüz kılacak bir şarta bağlanamaz. Dolayısıyla bu teorinin hukuk düzenimizde kabulü mümkün değildir. Kaldı ki, bozucu şartın gerçekleşmesi halinde mülkiyetin *ipso iure* inanana dönmesi de Türk hukukuna yabancıdır. İnanç konusunun tekrar inanana dönmesi için ayrı bir devir işlemi yapılması gerekir.

B. Birlikte Hak Sahipliği Teorisi

Bu görüş, inanan ile inanılanın inanç konusu üzerinde (paylı mülkiyet/hak sahipliği veya elbirliği mülkiyeti/hak sahipliği şeklinde) birlikte hak sahibi olduklarını savunur⁵²¹. Kanımca, paylı mülkiyet ile inançlı işlemleri bağdaştırmak mümkün değildir. Zira, paylı mülkiyette müşterek maliklerden her biri kendi hissesi üzerinde serbestçe tasarruf edebilirken; inançlı işlemlerde inanç konusu hak bir bütün olarak inanılana devredilir ve inananın yalnızca, amaç gerçekleşince inanç konusunun kendisine geri devrini talep etme şeklinde bir alacak hakkı (nisbi hakkı) vardır.

İnanana daha kuvvetli bir hukuki durum sağlamayı amaçlayan yazarlar ise inanan ile inanılan arasında elbirliği mülkiyetinin bulunduğunu savunur⁵²². Bu yazarlar, inanan ile inanılanın adi ortaklık kurarak istedikleri sonuca ulaşabilecekleri görüşündedir⁵²³. Elbirliği mülkiyeti esasının benimsenmesi tarafların birlikte hareket etme zorunluluğunu beraberinde getirir, ki bu durum, inançlı işlemlerde inanılanın hukuki durumunun güçlendirilmesi ve basitleştirilmesi amacıyla, inanç konusu üzerinde

⁵²¹ Blass, s. 102.

⁵²² A.g.e., s. 102.

⁵²³ Ammann, s. 120.

onun tek başına malik konumuna getirilmesi gayesine aykırı olur⁵²⁴. Kaldı ki elbirliği mülkiyetinin kabul edilmesi, konusu taşınmaz olan (ve gizleme işlevinin ön planda olduğu) inançlı işlemlerde, tapu sicilinde inanan da malik olarak görüneceğinden, inançlı işlemin gizleme işlevini de tamamen yok edecek niteliktedir⁵²⁵.

C. Nisbi Hukuki Durum Teorisi (*die Relativitätstheorie*)

Bu görüşe göre; inanılanın iç ilişkideki hukuki konumu ile dış ilişkideki konumu farklıdır. İnanılan dış ilişkide, malik veya hak sahibi sıfatıyla hukuki işlem yapabilirken (yani mutlak bir hak sahipliği -*absolute Stellung*- elde ederken); iç ilişkide sadece inananın vekili konumundadır⁵²⁶. İç ilişkide malik/ hak sahibi olan inanan, bu hakkına dayanarak gerek inanılana gerekse üçüncü kişilere karşı istihkak davası açabilir⁵²⁷.

Teori, Alman hukukunda, inanan ile inanılanın hukuki konumlarının bu şekilde (iç ilişkide farklı, dış ilişkide farklı olacak şekilde) ikileştirilmesinin hukuki dayanaktan yoksun olduğu ve hukuki güvenliği tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle, eleştirilmiştir⁵²⁸.

Bu teorinin, Türk hukuku açısından kabulü mümkün değildir. Zira, iç ve dış ilişkide farklılık gösteren tek bir hak sahipliği modeli, ancak bunu öngören açık bir pozitif düzenleme varsa mümkün olabilir. Bu teorinin Türk hukukunda kabul edilmesinin mümkün olmadığı bir başka husus ise, kanımca, inanç konusunu iyi niyetle iktisap eden üçüncü kişilerin haklarının korunmamasıdır. Örneğin bu görüşe göre, inanılanın

⁵²⁴ Güvenç, s. 169.

⁵²⁵ A.g.e., s. 169.

⁵²⁶ Keller, s. 53; Wälli, s. 96.

⁵²⁷ Gerstle, s. 83.

⁵²⁸ Goltz, s. 25; Gerstle, s. 83; Ammann, s.113.

iflâsı halinde inanan, inançlı olarak devredilmiş olan aktifin iflâs masasından çıkarılması yetkisini veya bir cebri icra halinde istihkak iddiasında bulunma hakkınıhaiz olmaktadır⁵²⁹, ki böyle bir kabul, inanç konusunu iyi niyetle iktisap etmiş olan üçüncü kişilerin haklarını zedeler.

D. Şekli Hak Sahipliği /Meşruiyet Teorisi

Bu teori, inançlı devir ile hakkın bir bütün olarak iktisap edilmediğini; yalnızca hakkın maddi olmayan (şekli) bir kısmının inanılan tarafından kazanıldığını ileri sürer⁵³⁰. Yani hakkın asıl sahibi (*Rechtsträger*) inanandır. Taraflar yalnızca (adeta) hakkın kullanılmasının devrini gerçekleştirirler; böylece inanılana yalnızca inançlı işlem ile gerçekleştirilmek istenen amacın gerekli kıldığı kadar iktidar sağlanmış olur. İnanılana hakkın kendisi değil yalnızca kullanımı devredilerek (Türk hukukunda TMK md. 806 hükmüne benzer biçimde), inançlı işlemle esas arzulanan amaca ulaşılabilir. İnanılan yalnızca şeklen hak sahibi sıfatını elde eder⁵³¹. Teoriyi savunanlar, bununla bir yandan inananı koruma ihtiyacının karşılandığını, bir yandan da taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunduğunu savunmaktadır⁵³².

Türk eşya hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmayan ve kanuni dayanaktan yoksun bulunan görüş Türk hukukuna tamamen yabancıdır.

E. Yönetim Hakkı Teorisi

Gerstle tarafından “*Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht*”

isimli eserde ortaya atılan teorinin çıkış noktası, esasen, yukarıda açıklanan

⁵²⁹ Özsunay, s. 160.

⁵³⁰ Gerstle, s. 78 vd., Gubler, s.171-172.

⁵³¹ Gerstle, s. 78; Keller, s. 52-53; Gubler, s. 171.

⁵³² Keller, s. 52.

meşruiyet teorisidir. *Gerstle*'ye göre, inanç konusunu iktisap eden inanılan, aynı etkili bağımsız ve devredilebilir bir yönetim hakkı (*ein unabhangiges Verwaltungsercht mit dinglicher Wirkung*) elde eder⁵³³. *Sui generis* niteliği haiz mutlak bir hak olan bu yönetim hakkı, inanılana talep ve dava etme yetkilerini verir⁵³⁴. Aynı etkili yönetim hakkının mevcut olduğunu ileri süren *Gerstle* inançlı işlemlerde de inanılana kazandırılan hakkın yalnızca bir idare hakkından ibaret olduğunu savunur⁵³⁵.

Gerstle'nin görüşü Türk hukukunda, aynı haklarda *numerus clausus* ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden, bu fikrin kabulü de mümkün değildir.

F. Şekli hukuki durum teorisi

Alman İmparatorluk Mahkemesi⁵³⁶ tarafından ortaya atılan ve kabul gören teori, mülkiyet hakkının *maddi* ve *şekli* olarak ikili bir ayrıma tabi olabileceği esasına dayanır. Buna göre inanılan yalnızca şekli (hukuki) mülkiyet hakkını iktisap eder; maddi (iktisadi) mülkiyet ise inananda kalır. İnanılan, inanç konusunu sadece belirli bir amaç çerçevesinde ve geçici bir süre elinde bulundurduğu için, maddi anlamda değil, ancak şekli ve hukuki anlamda malik sayılabilir⁵³⁷. Öte yandan inanılanın inanç konusunu kullanarak elde ettiği yararları inanana devretmekle yükümlü olması da yararlanma hakkının ve dolayısıyla ekonomik mülkiyetin inanana ait olduğunu

⁵³³ Özsunay, s. 168.

⁵³⁴ Gerstle, s. 137; Özsunay, s. 169.

⁵³⁵ Gerstle, s. 137.

⁵³⁶ Gerstle, s. 76; Özsunay, s. 164. Adı geçen yazar şu karara da atıf yapmaktadır: “Şey, sadece şekli ve hukuki bakımdan müflise (inanılan) ait olup; maddi ve iktisadi bakımdan ona ait bulunmamaktadır” (RG 45 48).

⁵³⁷ Gerstle, s. 76 vd.; Goltz, s. 89.

ortaya koyar⁵³⁸. Teori, Alman hukukunda hâkim görüş tarafından ağır eleştirilere maruz kalmıştır⁵³⁹.

Türk hukukunda da TMK md. 683 hükmü ile düzenlenen teknik anlamda mülkiyet hakkının, şekli ve maddi, ekonomik ve hukuki vb. ayrımlara tabi tutularak, parçalanması mümkün değildir. Mülkiyet hakkının bu şekilde ‘ikileşmesi’, Türk hukukuna yabancıdır. Dolayısıyla, bu teorinin kabulü de mümkün değildir.

G. *Rei vindicatio utilis* teorisi

Tam hak iktisabı ilkesinin sonuçları kısa süre içerisinde (özellikle de inananın iflâsında inananın zayıf hukuki konumu sebebiyle) tatmin edici bulunmamaya başlanmış ve hakkaniyet esasına dayanan *rei vindicatio utilis* teorisi ortaya atılmıştır. İnananın hukuki durumunu kuvvetlendirmek için taraf iradelerinden yola çıkılarak ortaya atılan teoriye göre; inanan, inanç konusu üzerinde vekâlet akdinin kendisine sağlayacağından çok daha kuvvetli bir hukuki konuma sahiptir⁵⁴⁰. İnananın iflâsı halinde, inananın inanç konusunun iadesine ilişkin nisbi talep hakkı ayni hak mertebesine yükseltilmekte ve böylece inananın hakkı kuvvetlendirilmektedir⁵⁴¹. Hakkaniyet esasına dayanan teori, inananın iflâsı halinde inanan ayni nitelikli bir ayırma hakkı (*rei vindicatio utilis*) tanır. Tam hak iktisabı teorisini savunanlar, bu teorinin kanunda herhangi bir pozitif dayanağı olmaması, pozitif hukuk düzeninin temel prensipleri bakımından yetersiz ve dayanaksız kalması sebebiyle teoriyi eleştirmişlerdir⁵⁴².

⁵³⁸ Güvenç, s. 171.

⁵³⁹ Goltz, s. 89.; Blass, s. 97 vd.; Gubler, s.147.

⁵⁴⁰ Ammann, s. 112; Gerstle, s. 70; Gubler, s. 169.

⁵⁴¹ Bir üst dipnottaki yazarlar.

⁵⁴² *Jhering'in*, bu konuya ilişkin olarak verdiği örneklerden biri, Roma hukukunda evlenmede *dos* ile kocanın ilişkisinin ekonomik açıdan inananın inanç konusu ile olan ilişkisine benzediğini savunduğu

Teori Roma hukukundaki hukuk düzeninin ikiliği (*Duplizität der Rechtsordnung*)
esasinda temellenirken, Alman, İsviçre ve Türk hukukları, hukuk düzeninin tekliği
ilkesini benimsemektedir⁵⁴³. Yalnızca hakkaniyet düşüncesi üzerine temellenen ve
hiçbir pozitif hukuk kuralına dayanmayan teori, hukuki güvenilirliği zedeleyebilecek
niteliktedir.⁵⁴⁴

II. Pozitif Hukukun Sunduğu İmkânlar Çerçevesinde Değerlendirme

Türk Hukuku'ndaki aynı hakların sınırlı sayıda olduğunun kabulü ve mülkiyetin
bölünmezliği ilkesi gereği, saf inançlı işlemlerde inananın inanılan karşısındaki zayıf
hukuki konumunun yarattığı sorunun, yukarıda açıklanan teorilerle çözülmesi
kanımca, mümkün değildir⁵⁴⁵. Dolayısıyla mevcut hukuk düzeninin sunduğu

görüşür. *Jhering*'e göre her ikisinde de inanç konusu, er ya da geç iade edilmek üzere inanılan
tarafından yönetilir. Ortak hukuka göre evliliğin sona ermesi halinde *dos*'un iadesi, yalnızca kocanın
kişisel bir yükümlülüğüdür. Oysa Roma hukukunda ortak hukuktan farklı olarak kadına tanınmış olan
rei vindicatio utilis hakkı, kadın için önemli bir güç, destek (*reinforcement*) sağlar. Dolayısıyla
kadının hakkı bir bakıma kuvvetlendirilmiş olur. İmparatorluk Mahkemesi de, kadına bu ayırma
hakkının tanınmasının sebebinin, evli kadının zayıf konumunun güçlendirilmesi olduğunu belirtir.
Jhering'in değindiği bir başka örnek; Roma hukukuna göre eşler arasındaki bağışlamanın geçersiz
olmasıdır. Bu amaçla bağışlayana *rei vindicatio utilis* hakkı tanınmıştır. Eğer eşya artık mevcut
değilse ve bağışlamada bulunulan kişi de bir şekilde zenginleşmiş ise burada yalnızca kişisel bir hak
söz konusu olur; ancak karşı tarafın iflâsı halinde bağışlayan kişi, inanılana karşı aynileşmiş bir alacak
hakkına sahip olur; böylece bu kişi sıra cetvelinde ilk sıraya yerleşir. Her iki durumda da alacaklıya
bir nevi “ön hak” sağlanmaktadır. *Jhering*'e göre buna ilişkin dava, mülkiyetin devrine ilişkin bir
davadır, yalnızca mülkiyeti devretmekle yükümlü olan malike karşı açılabilir. Bu, yalnızca şahsi talep
hakkının güçlendirilmesini ve inananı kolay dava açabilme imkânını vermeyi amaçlamıştır. İflas
halinde, ayırma hakkı sahibi olan kişilerin yanında diğer hak sahiplerinin de kendi taleplerini
dermeyeran etmeleri mümkündür. Bir nevi istihkak davası niteliğini haiz bu dava, nisbi bir talebin
ayrıcılık bir ileri sürme şeklidir.

⁵⁴³ Özsunay, s. 162.

⁵⁴⁴ Gerstle, s. 70.

⁵⁴⁵ Yukarıda belirtilen teorilerin, soruna çözüm olamaması karşısında alternatif bir yol olarak
doktrinde (inanç konusunun taşınmaz olduğu ihtimaller bakımından) *şerh* vermek suretiyle inananı
güçlendirilmiş bir şahsi hak tanınabileceği önerilmiş, böylelikle eşyaya bağlı bir borç yaratılacağı ve
inananın taşınmazın iadesini üçüncü kişilere karşı da talep edebilmesinin önünün açılabilmesi
belirtilmişse de (Güvenç, s. 174-175), kanaatimce, hukuk düzenimizde şerhler bakımından da sınırlı
sayı ilkesinin geçerli olması ve inançlı işlemler bakımından bir şerh imkanının kanunlarımızca
düzenlenmemesi sebebiyle, Türk hukuku bakımından problemin bu şekilde çözüme kavuşturulması da
mümkün değildir. Yazar bu konuda *Trust*'a Uygulanacak Hukuk ve *Trust*'ın Tanınmasına Dair Lahey
Konvansiyonu'nun 01.07.2007 tarihinde İsviçre hukukunda yürürlüğe girmesinin ve *Trust*'ın iç
hukukta tanınması ve uygulanabilir kılınması amacıyla, *Trust* ilişkisinin tapu sicili, gemi sicili ya da
hava taşıtları siciline şerh verilebileceğinin kabul edilmesinin büyük önemi haiz olduğunu; bu şerh
imkanı sayesinde *Trust* ilişkisi bakımından aleniyetin sağlanmış olacağını ve sınırlı sayı ilkesine
herhangi bir aykırılık teşkil etmeden *beneficiary*'nin korunmuş olacağını vurgulamaktadır, s. 174-175.

imkânlar çerçevesinde inananın nasıl korunabileceği sorunu önem teşkil eder. Pozitif hukukta inanılanın iflâsı halinde inanana bir ayırma hakkı tanınabilirse, inanç konusuna ilişkin yalnızca şahsi bir talep hakkına sahip olan inanan, iflâs gerçekleştiğinde, inanç konusunu iflâs masasından çekip alabilme imkanına kavuşur. İnananın böyle bir hakka sahip olup olamayacağı hususunda, İİK md. 188 ve TBK md. 509 hükümlerinin incelenmesi gerekir.

A. İİK md. 188 hükmü gereğince koruma

“Bedelinin tahsili için verilmiş emre veya hamiline muharrer senetler” başlıklı İİK⁵⁴⁶ md. 188/I hükmüne göre, “sırf bedelini tahsil etmek için yahut tayin edilen ilerdeki bir tediye karşılık olarak müflise devredilmiş olan hamiline veya emre muharrer senetleri devredenler geriye isteyebilir.” Bu hüküm esasen, pozitif hukukumuzda, inançlı işlemle hak devrinin bir türünde inananın korunmasını konu alan bir hüküm örneğidir. Buradaki inançlı devir türü, müflise, hamiline ya da emre yazılı bir senedin inançlı olarak devredilmiş olmasıdır. Hükümün kapsamına, TTK md. 688/1’de düzenlenen tahsil cirosu (gerek açık tahsil cirosu gerekse gizli (inançlı) tahsil cirosu) ile müflise devredilmiş olan emre veya hamiline yazılı senetler⁵⁴⁷ ve ileride yapılacak bir ödemenin teminatı olarak müflise devredilmiş olan senetler⁵⁴⁸ girer⁵⁴⁹.

Müflisin malvarlığında, kendisine teminat olarak verilmiş olan bazı kambyo senetleri (örneğin, müflis ileride teslim edeceği malın bedelini temin etmek üzere,

⁵⁴⁶ İcra İflas Kanunu, Kanun No: 2004, Kabul: 9/6/1932, R.G: 19/6/1932, 2128.

⁵⁴⁷ Açık/örtülü tahsil ciroları ile ilerideki bir ödemeye karşılık olarak müflise devredilmiş olan hamiline veya emre yazılı senetler ve bunların inançlı devir olup olmadıkları konusunda açıklamalar için bkz. §9 II.

⁵⁴⁸ Bunlar, teminat cirosu veya garanti cirosu olarak da isimlendirilir.

⁵⁴⁹ Özbek, M.: “İflas Masasından Çıkarılabilecek Mal ve Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001, C.3, s. 997-1028, s. 998-1003.

alıcıdan daha önce bir senet almış olabilir) yer alabilir⁵⁵⁰. Bu gibi durumlarda, müflis kendisine düşen borcunu ifa edemediği iflâs ederse, senetleri devredenler iflâs masasına karşı, İİK md. 188 ile kendisine tanınan masadan çıkarma hakkını kullanabilir⁵⁵¹.

Açık tahsil cirosunda ciro eden, herhangi bir ispat zorluğu ile karşılaşmadan senedi iflâs masasından çıkarabilir⁵⁵². Ancak gizli tahsil cirosunda, cirantanın emre veya hamile yazılı senedi iflâs masasından çıkarabilmesi için, müflisle arasındaki ilişkinin gizli tahsil cirosu olduğunu ispat etmesi gerekir⁵⁵³. Hükmün uygulanabilmesi için iflâs açıldığında senedin müflis inananın elinde bulunması gereklidir. Nitekim inananın senedi tahsil edip malvarlığına karıştırmış olduğu durumlarda inananın çıkarma hakkı ortadan kalkar; artık inanan iflâs masasına karşı yalnızca iflâs alacaklısı sıfatıyla katılabilir. Doktrinde, İİK md. 188 hükmünün inançlı işlemler açısından yalnızca bir istisna hükmü olduğu, bu düzenlemenin tüm inançlı işlemleri içine alacak şekilde genişletilmemesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁵⁴.

B. TBK md. 509 hükmünden yararlanma olanağına göre koruma

Sui generis bir sözleşme teşkil ettiğini savunduğumuz saf inançlı işlemlerdeki inanç anlaşmasına, bir iş görme (asli) borcu da içermesi nedeniyle ve TBK m.502/2 hükmü

⁵⁵⁰ A.g.e., s. 1000.

⁵⁵¹ Nitekim, bu senetler, müflisin malvarlığına girmiş gibi görünse de aslında karşılıksızdır ve devredene aittir, Özbek, s. 1000. Adı geçen yazar, 14'ncü dipnotunda Postacıoğlu s. 139'a atfen şunu belirtmektedir: “*Teminat amacıyla yapılmış olan cirolarda, müflisin iflâsıyla senedin karşılıksız kalması halinde bu senetler, müflis tarafından ifanın yapılması koşuluyla karşılığa kavuşacak bir rehin niteliğinde görülmektedir. Borçlunun iflâsı üzerine ifa yapılamayacağından teminat da konusuz kalmakta ve sahibine iade edilmektedir*”.

⁵⁵² Özbek, s. 999.

⁵⁵³ Özsunay, s. 205.

⁵⁵⁴ A.g.e., s. 206.

uyarınca, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği⁵⁵⁵ yönündeki görüşümüzü yukarıda⁵⁵⁶ belirtmiştik.

Bu kabul, inançlı işlemlerde TBK md. 509 düzenlemesinden kıyas yolu ile yararlanmanın mümkün olup olmadığı sorusunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Belirtilen hükmün uygulamasının inançlı işlemlere de yayılması eğiliminin giderek artması da sorunun önemini artırmaktadır. Bu hususu aşağıda, “İnananın TBK 509/I hükmünde öngörülen **kanuni temlikten** yararlanma olanağı” ve “İnanılanın iflâsı halinde inananın TBK 509/III hükmünde öngörülen **ayırma hakkından** yararlanma olanağı” şeklinde iki başlık altında inceleyeceğiz.

1. İnananın TBK md. 509/I hükmünde öngörülen **kanuni temlikten** yararlanma olanağı

a. Genel Olarak

TBK md. 509/I hükmü uyarınca, vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer. TBK md. 509/I düzenlemesi, vekilin, müvekkil hesabına elde ettiği hakkı ona verme borcunu yerine getirmekten kaçınması veya vekilin iflâsı gibi ihtimallere karşı müvekkili korumak için getirilmiştir⁵⁵⁷. Zikredilen hükümde öngörülen kanuni temlikin konusunu yalnızca *alacaklar* teşkil eder; bunun dışında vekilin kendi adına müvekkil hesabına kazandığı mülkiyet hakkı, kanuni temlike konu olmaz⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Wälli, s. 28-29; Keller, s. 25; BGE 83 II 530.

⁵⁵⁶ Yukarıda bkz. §5 II A ve §5 IV.

⁵⁵⁷ Gautschi, Art. 401, 1, a-c, 2, a; Oser-Schönenberger, Art. 401, N. 2.

⁵⁵⁸ Gautschi, Art. 401, N. 10, b; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 517.

Üçüncü kişilerle gerçekleştirdiği hukuki işlemleri kendi adına; ancak vekâlet veren hesabına yapan (dolaylı temsilci) vekillere ilişkin olan TBK md. 509 hükmünün, niteliği gereği bu tür işlemlerden farklılaşan⁵⁵⁹ saf inançlı işlemlere kıyasen uygulanması mümkün müdür ve mümkün ise bu uygulama hangi kanuni dayanakla ve nasıl olmalıdır?

Öğretide bu soruya çoğunlukla olumlu cevap verilmektedir⁵⁶⁰. Hâkim görüş⁵⁶¹ gibi kanımca da, *sui generis* niteliği haiz olan -inanç konusunun üçüncü kişiden kazanıldığı- saf inançlı işlemlere, TBK md. 509/I hükmü, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Diğer bir söyleyişle, TBK md. 509/I hükmü ile dolaylı temsili gerektiren vekâlet ilişkileri bakımından müvekkile getirilen kanuni temlik korumasının, saf inançlı işlemler bakımından inanan için de *kıyasen* geçerli olması gerekir. Ancak bu, kanımca, saf inançlı işlemlerin hukuki karakteri, yapısı ve işlevi nedeniyle, özellikle de inanç konusunun inanç ilişkisi sona erene kadar inananda kalması gereği dikkate alınarak, ancak *bu işlemlere özgü (TBK md. 509/I hükmünde yer almayan) aşağıda⁵⁶² açıklanacak olan önemli bir modaliteyle (uygulama şartıyla) birlikte* yapılacak (nitelikli) bir kıyasa dayanmalıdır. Böyle bir kıyas (yani, *kıyasen uygulanacak hükmün içermediği bir uygulama şartı öngörmek suretiyle o hükmü aslında değiştirerek somut olay veya ilişkiye tatbik etmek*) ise,

⁵⁵⁹ İnanç konusunun üçüncü kişilerden kazanıldığı saf inançlı işlemler ile dolaylı temsili içeren vekâlet sözleşmeleri arasındaki farklara ilişkin açıklamalar için yukarıda bkz. §3 I B.

⁵⁶⁰ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 552 vd.; Weber, Art. 401 N. 3, 4.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 368; BGE 115 II 471; BGE 130 III 312 E. 5. 1. Aksi görüşte olan yazarlar ise, vekâlete ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla inanç anlaşmasına uygulanacağını kabul etseler dahi, inançlı işlemin amacının TBK md. 509'un bu işleme uygulanmasına elverişli olmadığını ileri sürmekte; söz konusu hükmün, dolaylı temsili gerektiren vekâlet halleri için öngörüldüğünü, inançlı işlemlerin bu tip vekâletten farklı olması sebebiyle TBK md. 509 hükmünün inançlı işlemlere uygulanamayacağını savunmaktadırlar, bkz. Wälli, s. 35-41, 101-102; Gubler, s. 261 vd.

⁵⁶¹ Bir üstteki dipnotta belirtilen yazarlara ek olarak bkz. Felmann, N. 36; Honsell, H.: Schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Auflage, Bern, 2003, s. 318; Bühler, R.: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, 2002, Art. 401, N. 1.; Jäggi/Gauch, N. 179; Merz (Legalzession), s. 423; BGE 115 II 471; BGE 117 II 429; BGE 112 III 96.

⁵⁶² Bkz. §8 II B 1 b.

kanımca, TBK md. 502/II atfına dayanan bir kıyas oluşturmaz. Çünkü TBK md. 502/II hükmündeki “*niteliklerine uygun düşme*” koşulu, TBK md. 509/I düzenlemesinin saf inançlı işlemlere uygulanması bağlamında sağlanmış değildir ve (bu nedenledir ki) TBK md. 509/I kuralı, kıyasen uygulama atfında yapılması gerekenin ötesine geçilerek, yani uygulama şartlarında önemli bir değişiklik yapılmak suretiyle, saf inançlı işlemlere uygulanmak durumundadır. Bu özellikteki bir kıyas ise, daha ziyade, hâkimin, TMK md. 1/II kapsamında, (örf ve âdet hukuku kuralı bulunmadığı için ya da takdirde⁵⁶³) kanun koyucu gibi (*modo legislatoris*) hareket ederek hukuk kuralı yaratırken yararlanacağı bir kıyastır. Özetle, buradaki kıyas, *sui generis* sözleşmelerde (bizim de kabul ettiğimiz) yaratma ve kıyas görüşüne uygun olarak⁵⁶⁴, hâkimin, saf inançlı sözleşmelerdeki inanç anlaşması için söz konusu olan bir hukuk boşluğunu doldurmak için yaratacağı kuralda, TBK md. 509/I hükmünden istifade etmesidir.

b. Hâkimin, TMK md. 1/II Hükmüne Dayanarak Hukuk Kuralı Yaratırken TBK md. 509/I Hükmünden Kıyasen Yararlanması

i. Genel Olarak

Önüne, buradaki gibi kanun boşluğu mevcut olan bir somut olay gelen hâkim, söz konusu kanun boşluğunu nasıl doldurmalıdır? Örf ve âdet hukukunda somut ilişkiye uygulanacak bir kural yoksa, hâkim, “kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural yaratacak idiyse öyle bir kural yaratacaktır” ilkesine uygun olarak, amaca uygunluk ve adalet perspektifinden yapacağı bir menfaat değerlendirmesi çerçevesinde, genel

⁵⁶³ -ki inançlı işlemlerde böyle bir örf ve âdet kuralının gelişmiş olduğuna dair herhangi bir doktrin ya da yargı tespiti yoktur-.

⁵⁶⁴ Bkz. §5 II A.

ve soyut bir hukuk kuralı yaratacaktır⁵⁶⁵. Hâkim böyle bir kural yaratırken, daha serbest bir şekilde, uygun gördüğü belli hükümlerin öngördüğü çözümlerden de yararlanabilir; TMK md. 5 hükmünün işaret ettiği kıyasen uygulamadan farklı olarak, hâkimin hukuk yaratırken başka hükümlerin öngördüğü çözümlerden yararlanmasında daha geniş bir serbestlik vardır⁵⁶⁶. Yani hâkim, TMK md. 1/II gereğince burada, örf ve âdet hukuku kuralı da bulunmadığından, hukuk yaratırken çok daha serbest bir şekilde yapacağı kıyas ile TBK md. 509/I hükmünden yararlanabilecektir.

ii. TMK md. 1/II Kapsamında TBK md. 509/I Hükmüne Kıyasen Yaratılacak Hukuk Kuralı Önerisi

1. *Sui generis* niteliği haiz inanç anlaşmasında, eğer inanan, inanılana karşı tüm borçlarını ifa etmişse, özel modalitelere tabi tutulması gereken, nitelikli bir kanuni temlik düzenlemesine ihtiyaç olduğu açıktır.
2. Böyle bir düzenleme mevcut olmadığına göre, bu konuda gerçek bir kanun boşluğu vardır ve bu boşluk TMK m. 1/II hükmü gereğince doldurulmalıdır.
3. TMK md. 1/II gereğince (örf ve âdet hukuku kuralı da olmadığından) hâkimin hukuk yaratması bahis konusu olur ve hâkim hukuk yaratırken TBK md. 509/I hükmünden *çok daha serbest bir şekilde* yapacağı kıyasla yararlanabilir.

⁵⁶⁵ Gürzumar (TMK 5), s. 160.

⁵⁶⁶ A.g.e., s. 161.

Bu tespitler çerçevesinde, saf inançlı işlemler bağlamında, TBK md. 509/I hükmündeki kanuni temlik düzenlemesinden *serbest bir kıyas* ile yararlanmak suretiyle, aşağıdaki şekilde bir hukuk kuralı önerisinde bulunmaktayız:

“Saf inançlı işlemlerde, eğer inanan inanılan karşısındaki borçlarını tamamıyla ifa etmişse;

- (i) *Taraflarca **inanç konusu yapılmış olan** bir alacak söz konusu ise; inanan, bu alacağın (alacakların) temlik sonucunun doğmasını istediğini beyan etmiş ise, bu alacak (ya da alacaklar), ayrıca bir alacağın temlik işlemine, yani inanılanın katılımına ihtiyaç olmaksızın, inanana intikal eder.*
- (ii) *Taraflarca **inanç konusu yapılmamış olan** bir alacak söz konusu ise; inanan, bu alacağın (alacakların) temlik sonucunun doğmasını istemediğini beyan etmemiş ise, bu alacak (ya da alacaklar), ayrıca bir alacağın temlik işlemine, yani inanılanın katılımına ihtiyaç olmaksızın, inanana intikal eder.”*

Burada önerilen hukuk kuralı, kanunda açıkça öngörülen bir “kanuni temlik” değildir. Çünkü kanunda, inançlı işleme uygulanacak böyle bir kanuni temlik öngörülmemiştir. Ancak bu temlik, hâkimin yarattığı hukuk kuralına dayanan bir temlik veya intikaldir. Temlik, hâkimin yarattığı hukuk kuralındaki bir ‘hukuki şart’a (*condicio iuris*) bağlanmıştır⁵⁶⁷.

⁵⁶⁷ Bu görüşümüzün alternatifi, kıyasın TBK md. 502/II hükmüne dayandığının kabulü olabilirdi. Buna göre, denebilirdi ki, TBK md. 509/I hükmü emredici nitelik taşımadığına göre (bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 368), bu hüküm kendisine kıyasen uygulanacak olan saf inançlı işlemlerdeki inanç anlaşmasını yapmakla taraflar, bu hükmün öngördüğü hukuki sonucun doğmasını *zımnen sınırlandırmış* sayılmalıdırlar. Yani taraflar, kanuni temlik sonucunun doğmasını, inanç anlaşmasının bir gereği olarak, bu bölümde açıkladığımız hukuk kuralı önerimizdeki kayıtlara bağlamış (yani böyle bir kaydı zımnen kabul etmiş) sayılmalıdırlar. Gerçekten, tarafların TBK md. 509/I hükmünün öngördüğü sonucu bertaraf etmeleri mümkün olduğuna göre, bu sonucun doğumunu belli bir olumlu

iii. TBK md. 509/I Hükümünde Öngörülen Kanuni Temlikin Kapsamına Giren

Alacaklar

Hâkim, hukuk kuralını yaratırken, öncelikle, hangi alacağın (alacakların) TBK md.

509/I hükümünde öngörülen kanuni temlikin kapsamına girdiğini değerlendirmelidir.

Dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet ilişkileri için getirilen TBK md. 509/I hükümünde

öngörülen kanuni temlikin -halihazırdaki düzenlemesi ile- hangi alacakları kapsadığı

tespit edildikten sonra, artık iş, saf inançlı işlemler için yaratılacak hukuk kuralının

hangi alacak (alacakları) kapsayacağı/ kapsaması gerektiği hususunun

değerlendirilmesine kalır.

TBK md. 509/I hükmü, vekilin, müvekkilin *işini görürken*, *üçüncü kişilerden*

kazandığı alacakların kanuni temlikini düzenlemektedir⁵⁶⁸. Buna göre;

◆ TBK md. 509/I'deki kanuni temlikin konusu yalnızca **alacak haklarıdır**.

(Birinci Önerme)

◆ Bu alacaklar, sadece, (i) vekilin, müvekkilin vekalet konusu ***işini görürken***

(*işini görmesi nedeniyle*) (ii) ***üçüncü kişilerden kazandığı*** alacak haklarıdır. (İkinci

Önerme)

ya da olumsuz şarta bağlamak suretiyle (açıkça ya da zımnen) sınırlandırmaları da mümkün olabilmelidir. Ancak, hemen yukarıda (bkz. §8 II B 1 b i) ve bu bölümde tafsilatlı olarak açıklanan hukuk boşluğu yaklaşımının yöntem olarak daha isabetli olduğu fikrindeyim.

⁵⁶⁸ Vekilin, bizzat müvekkilden devraldığı alacakların bu madde kapsamına girip girmediği konusu öğretilerde çok tartışılmış; hâkim görüş, söz konusu hükmün ancak vekilin *üçüncü kişilerden kazandığı alacaklar* için uygulanabileceği yönünde toplanmıştır, bkz. Ammann, s. 139 vd.; Keller, s. 70 vd.; Bergmaier, s. 213 vd.; Felmann, Art. 401 N. 35-36. Hâkim görüşün aksine, ilgili hükmün, vekilin, alacağı bizzat inanandan devraldığı durumlarda da uygulanması gerektiğini savunan yazarlar ise, vekilin malvarlığında bulunan alacaklar arasında, bunların kökenine, yani kimden iktisap edildiklerine bakarak bir ayırım yapmanın haklı ve inandırıcı bir gerekçesi olmadığını belirtmişlerdir, Hofstetter, J.: Schweizerisches Privatrecht, Band. VII, 6. Teilband, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Basel Genf München 2000, s. 137-138; Honsell, s. 318, Jäggi/Gauch, N.200; Weber, Art. 401, N.5; Weber, Art. 401, N. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 372, dn. 92; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 534-536.; Gümüş (Borçlar Özel), s. 188.

Bu iki önerme, (hukuk boşluğu doldurma yoluyla) saf inançlı işlemlere kıyasen uygulanacak olan TBK md. 509/I hükmündeki ‘*vekil*’ yerine ‘*inanılan*’, ‘*müvekkil*’ yerine ise ‘*inanan*’ ifadeleri konulmak suretiyle, aşağıda altı farklı durum (örnekler tahdidi değildir) üzerinden değerlendirilmiştir:

- *İlk durum*; inananın inanılana devrettiği inanç konusu alacaklarla ilgilidir. Bu tür alacaklar, yukarıda belirtilen ikinci önermeyi sağlamadığından, TBK md. 509/I’deki kanuni temlike (evvelce açıklanan yöntemle) yapılacak kıyasa tabi olamaz.
- *İkinci durum*; inananın inanılana devrettiği inanç konusu para alacağının (aksi devir anlaşmasında kararlaştırılmamışsa, TBK md. 189/II hükmü gereğince devralan inanılana geçen) işlemiş olan faizleri (faiz alacağı) ile ilgilidir. Söz konusu faiz alacağı, ikinci önermedeki “inananın işini görürken (işini görmesi nedeniyle) üçüncü kişiden kazandığı alacak” olmadığından, bu alacaklar da kanuni temlikin konusu olamazlar.
- *Üçüncü durum*; inananın inanılana devrettiği alacağın, devir sırasında *henüz işlememiş olan faizleri* ile ilgilidir. Buradaki faiz alacağı doğrudan inanılana doğacağı için, söz konusu alacak, inanılanın üçüncü kişi karşısında iktisap ettiği bir alacak niteliğini taşır. Ancak bu faiz alacağının TBK md. 509/I’deki kanuni temlike kıyasen tabi olup olmadığının tayin edilebilmesi için, ilk önce, ikinci önermedeki “(i) inananın işini görürken” şartının hangi durumda ve nasıl gerçekleşmiş sayılacağı hususunun tartışılması gerekir. Devir sırasında *henüz işlememiş olan faiz alacağının*, ‘inananın işi görülürken’ iktisap edilen bir alacak sayılıp sayılamayacağı sorusu cevaplanırken, şu iki farklı yaklaşımın söz konusu olabileceği düşüncesindeyim:

- *Nedensellik bağı yaklaşımı*

- *Zaman (süreç) yaklaşımı*

Nedensellik bağı yaklaşımı kabul edilirse; faiz alacağı, inanılanın iş görmesi nedeniyle değil ve fakat zaten kendiliğinden doğacağı için (yani inanılan iş görmese de faiz alacağı zaten doğacağından), söz konusu alacağın doğması ile işin görülmesi arasında nedensellik bağı yoktur. Dolayısıyla, “(i) inananın işini görürken” şartının gerçekleşmediği sonucuna varılmalıdır.

Zaman (süreç) yaklaşımı kabul edilirse; henüz işlememiş olan faiz alacağı doğduğu anda, bunun bağlı olduğu asıl alacağın inanılarda bulunup bulunmadığı hususu önem kazanır. Eğer henüz işlememiş olan faiz alacağı, asıl alacak inananın menfaatine olarak inanılarda bulunduğu anda (o zaman aralığında/o süreçte) doğarsa, bu yaklaşıma göre, söz konusu faiz alacağının, inanılanın “(i) inananın işini görürken” doğduğu kabul edilmelidir.

Kanımca, *zaman (süreç) yaklaşımını* benimsemek suretiyle, somut örnekte “(i) inananın işini görürken” şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu şekildeki bir kabul, dolaylı temsili içeren vekâlet ilişkileri bakımından mümkün görülmeyecek olsa dahi, hiç değilse, saf inançlı işlemler (örneğin alacağın tahsil amacıyla inançlı devri) bakımından (evvelce açıklanan yöntem ile yapılacak kıyas kapsamında) mümkün olabilmelidir. Zira, saf inançlı işlemler, yukarıda iki kurum arasındaki ayrımı açıkladığımız gerekçelerle⁵⁶⁹ (mahiyeti ve işlevi gereği) bu tür vekâlet ilişkilerinden farklılık arz eder⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Bkz. yukarıda §3 I B.

⁵⁷⁰ Alacağın tahsil amacıyla inançlı devrinde, inanılan, inanandan inanç konusu alacağı devraldıktan sonra, alacaklı sıfatıyla, inanan hesabına hiçbir şey yapmasa dahi, alacağa bağlı olarak (aylık, günlük,

Bu açıklamalar ışığında, “(i) inananın işini görürken” şartı yerine gelmiş sayıldığı takdirde (veya ihtimâlde), artık sıra, inananın inanılana devrettiği para alacağının (devir sırasında) *henüz işlememiş olan faizlerinin* TBK md. 509/I’deki kanuni temlike tabi olup olmayacağının tespitine gelir. Bu soru cevaplanırken, söz konusu faiz alacağının taraflarca ‘inanç konusu’ yapıp yapılmadığına göre iki ihtimal birbirinden ayrılmalıdır:

İlk ihtimal; inanç anlaşmasının taraflarının, henüz işlememiş olan faiz alacağının bizzat kendisini de *inanç konusu yapmamış* olmaları ihtimalidir. İnanılanın üçüncü kişi karşısında kazandığı faiz alacağı, inanç konusu asıl alacağın bir fer’i olduğu için, kural olarak, asıl alacakla birlikte el değiştirir. Zira, TBK md. 189/II hükmüne göre, asıl alacak devredildiğinde işlemiş faizler de onunla birlikte devredilmiş olur. Ancak bu, emredici bir hüküm değildir. Yani taraflar, asıl alacağın inanılana devredilmesi, işlemiş faiz alacaklarının ise inananda kalması konusunda anlaşabilirler. Kanunda bu konuda açık hüküm bulunmamakla birlikte, hâkim görüşe göre, faiz alacağının asıl alacaktan bağımsız olarak devredilebilmesi mümkündür⁵⁷¹. Kısaca, alacağı devralan yeni alacaklı (vekil/inanılan), bu alacağa bağlı olan (ve hem bu alacakla birlikte iktisap ettiği halihazırda işlemiş olan hem de *kendisinin* borçlu karşısında iktisap ettiği, kendisi alacaklı iken işleyecek olan) faiz alacağını, asıl alacaktan bağımsız olarak devredebilir.

yıllık) faiz alacağı kendiliğinden doğar, inanılan söz konusu faizin alacaklısı olur. Bunun, üçüncü kişi karşısında inananın “işini görürken” iktisap edilen bir alacak sayılıp sayılmayacağı hususunda da aynı yaklaşımın (*zaman – süreç*) kabulünün mümkün olduğu kanısındayız. Dolayısıyla, bu işlemlerde de inanılanın, alacakla ilgili bir iş yaptığı varsayılmalıdır.

⁵⁷¹ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 323; Aydoğdu, M.: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz ile İlgili Düzenlemeler”, *DEÜHFD*, C. 12, S. 1, Y. 2010, Basım Yılı: 2011, (s. 85-136), s. 88; Yücesoy Yılmaz, Y.: Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması, (s.303-330), s. 304, erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-140-1823>, erişim tarihi: 15.02.2020.

Bu durumda, (yalnızca saf inançlı işlemler için kıyasen uygulama bakımından değil, salt vekâlet sözleşmesi bağlamında doğrudan uygulama bakımından da) TBK md. 509/I hükmündeki kanuni temlik, bu maddede aranan diğer şartlar gerçekleşmişse, vekilin/inanılanın üçüncü kişi karşısında iktisap ettiği (yani kendisi alacaklı olduktan sonra işlemiş olan) faiz alacağının -bu alacak vekile/inanılana devredilen inanç konusu alacağa bağlı bir hak olduğu halde- bu asıl alacaktan bağımsız olarak kendiliğinden intikalini (yani asıl alacaktan bağımsız bir kanuni temlik) *de* işaret etmektedir. Zikredilen hususlar da değerlendirildiğinde, bu ihtimalde, taraflarca inanç konusu yapılmamış olan faiz alacağı, kural olarak TBK md. 509/I'deki kanuni temlike tabi olmalıdır, meğer ki inanan bu sonucun doğmasını istemediğini beyan etmiş olsun. Özetle; *eğer inanan, inanılan karşısındaki borçlarını tamamıyla ifa etmişse, ilgili faiz alacağının kanuni temlike tabi olmasını istemediğini beyan etmemiş ise, alacak inanana -ayrıca bir alacağın temlik işlemine, yani inanılanın katılımına ihtiyaç olmaksızın- intikal eder.*

İkinci ihtimal; inanç anlaşmasının taraflarının, bu faiz alacağının bizzat kendisini de *inanç konusu yapmış* olmaları ihtimalidir. Faiz alacağının inanç konusu olan asıl alacağa bağlı bir hak olmasının, onun asıl alacaktan bağımsız olarak kanuni temlikini engellemeyeceğini, çünkü bizzat TBK md. 509/I hükmünün bu ayrışmaya imkân vermiş sayılması gerektiğini, yukarıda belirttik. Öyleyse artık, taraflarca bizzat kendisi de inanç konusu yapılmış olan faiz alacağının TBK md. 509/I'deki kanuni temlike (TMK md. 1/II hükmü gereği yaratılacak hukuk kuralı gereği) kıyasen tabi olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Bu ihtimalde, artık inanç konusu olan bir alacağın inanana kendiliğinden intikali söz konusu olduğundan, ilk ihtimalde vardığımız sonuç değişir. Nitekim, inanç anlaşmasının işlevi ve mahiyeti gereği,

tarafların, inanç konusu yapmış oldukları bir alacağın, aralarındaki inanç ilişkisi bitmeden inanana geri dönmesini istemedikleri kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu ihtimalde, *eğer inanan, inanılan karşısındaki borçlarını tamamıyla ifa etmişse, ilgili faiz alacağının temlikı sonucunun doğmasını istediğini beyan ederse/etmişse, faiz alacağı, -ayrıca bir alacağın temlikı işlemine, yani inanılanın katılımına ihtiyaç olmaksızın- intikal eder.*

Gerçekten; inananın, alacağını belirli bir süre yönetmesi amacıyla inanılana devrettiğini varsayalım. Taraflar bu süre boyunca elde edilecek faizlerin de inanılan tarafından belirli bir şekilde değerlendirileceği hususunda anlaşmış olsunlar (yani faiz alacağını da inanç konusu yapmış olsunlar). Bu örnekte, faiz alacağının, taraflarca belirlenen süre dolmadan, TBK md. 509/I hükmü gereği kanuni temlik ile inananın malvarlığına geçmesi, taraflar arasındaki saf inançlı işlemin amacı ile bağdaşmaz⁵⁷². Faiz alacağının kendiliğinden inanana intikalinin, inananın bu imkândan yararlanmak *istediğini beyan etmesi* anına kadar gerçekleşmeyecek olması, işlemin amacına ve taraf iradelerine daha uygundur.

Özetle; saf inançlı işlemler bakımından, bir alacağın (burada TMK md. 1/II yöntemiyle yaratılacak hukuk kuralı önerisi başlığı altında ortaya koyulan yöntem ile) kıyasen TBK md. 509/I'deki kanuni temlik korumasından yararlanıp yararlanamayacağı hususu, söz konusu alacağın taraflarca *inanç konusu* yapıp yapılmadığına göre çözülmeli; **eğer alacak inanç konusu yapılmışsa yukarıda önerilen⁵⁷³ hukuk kuralının ilk fıkrası; eğer inanç konusu yapılmamışsa ikinci fıkrası uygulanmalıdır.**

⁵⁷² Kocayusufpaşaoğlu, s. 368-369.

⁵⁷³ Bkz. §8 II B 1 b ii.

Aynı yöntem ve aynı sonuç, inananın inanılana devrettiği inanç konusu hakkın fer'i olmayan (alacağın bizzat *kendisi* de ister *inanç konusu* yapılmış olsun ister olmasın) alacaklar için de söz konusudur. Bu önermemizi *dördüncü* ve *beşinci durum* altında şu şekilde somutlaştırabiliriz:

- *Dördüncü durum*; inananın inanılana devrettiği inanç konusu hakkın fer'i olmayan ve taraflarca *inanç konusu yapılmış* olan, inanılanın üçüncü kişiden kazanacağı alacaklara ilişkindir. Örneğin inanan, inanılana, yönetmesi için bir taşınmazını devretmiş olsun. Taraflar, taşınmazın inanılan tarafından üçüncü kişilere kiralanması sonucu elde edilecek kira bedeli alacaklarının da inanılan tarafından yönetilmesini (yani kira alacaklarının da inanç konusu olmasını) kararlaştırmış olsunlar. Kira alacakları, inanılana devredilmiş olan inanç konusu taşınmazın fer'i niteliğinde olmadığından, yukarıdaki '*inanç konusunun asıl alacaktan bağımsız olarak inanana intikal etme*' ayrıntısı burada söz konusu olmaz. Üçüncü kişiden elde edilen bu kira alacağı, kanuni temlik gerçekleştiği anda mevcut olmak kaydıyla, (TMK md. 1/II hükmüne dayanarak hukuk kuralı yaratılması metodolojisi izlenerek) önerilen⁵⁷⁴ hukuk kuralının ilk fıkrasına tabi olmalıdır. *Eğer inanan, inanılan karşısındaki borçlarını tamamıyla ifa etmişse ve ilgili kira alacağının temliki sonucunun doğmasını istediğini beyan ederse/etmişse, söz konusu kira alacağı, ayrıca bir alacağın temliki işlemine, yani inanılanın katılımına ihtiyaç olmaksızın, inanana intikal etmelidir.*

⁵⁷⁴ Bkz. §8 II B 1 b ii.

- *Beşinci durum;* yine inananın inanılana devrettiği inanç konusu hakkın fer'i olmayan ve fakat bu sefer taraflarca *inanç konusu yapılmamış* olan, inanılanın üçüncü kişiden kazanacağı alacaklara ilişkindir. Burada örnek olarak, dördüncü durumda bahsedilen 'taşınmaz ve kira bedeli alacağı' örneği ele alındığında; tek fark, bu sefer kira alacağının taraflarca inanç konusu yapılmamış olmasıdır. Yukarıda dördüncü durumda varılan sonuç yerine, bu ihtimal bakımından, artık kira alacakları, yukarıda önerilen hukuk kuralının⁵⁷⁵ ikinci fıkrasına tabi olarak çözülmelidir. Yani, *eğer inanan, inanılan karşısındaki borçlarını tamamıyla ifa etmişse, kira alacağının temlikî sonucunun doğmasını istemediğini beyan etmez/etmemiş ise, söz konusu kira alacağı, ayrıca bir alacağın temlikî işlemine, yani inanılanın katılımına ihtiyaç olmaksızın, inananın intikal etmelidir.*
- *Altıncı ve son durum ise;* inanan ile üçüncü kişi arasında yapılan/yapılacak olan sözleşmeden doğan bir hakkın, *inanç konusu olarak*, inanılan tarafından üçüncü kişiden kazanılmasıdır. Burada, inananın "iş görülmeksizin", inanılan tarafından üçüncü kişiden kazanılan bir alacak sözkonusu olduğu için, bu alacak, -taraflarca inanç konusu yapılmamış olsa bile- TBK md. 509/I'deki kanuni temlike (yukarıda açıklanan yöntemle yapılacak kıyasa) tabi olamaz. Bir başka ifadeyle, bu örnekte her ne kadar inanç konusu alacak hakkı üçüncü kişiden kazanılıyor olsa da "işin görülmesi" koşulu sağlanmadığından, TBK md. 509/I hükmü uygulanmaz.

Örnek: İnanan (A) ile üçüncü kişi (Ü), TBK md. 129 uyarınca, inanılan (B) lehine bir sözleşme yapıyor. Bu sözleşme uyarınca (B) inanç konusunu, sözleşmeden doğan borcunu ifa eden (Ü)'den iktisap eder ve sözleşmeden doğan inanç konusu alacak

⁵⁷⁵ Bkz. §8 II B 1 b ii.

hakkı bizzat (B)’de doğar. (B), alacağı üçüncü kişiden kazanmış olsa dahi, ortada bir “iş görme” olmadığından, inanç konusu alacak hakkı TBK md. 509/I hükmünde öngörülen kanuni temlik korumasına tabi olmayacaktır.

iv. **Saf İnançlı İşlemlerde Alacak İntikalinin Üçüncü Kişiler Karşısındaki Etkisi**

TBK md. 509/I hükmünün saf inançlı işlemlere yukarıda açıkladığımız şekilde kıyasen uygulanmasıyla inanılana intikal edecek olan malvarlığı unsurları salt *münferit alacak haklarıdır*. Yani, söz konusu alacağa kaynak olan (geniş anlamda) borç ilişkisi veya bu borç ilişkisinden doğan yenilik doğuran haklar intikale konu değildir⁵⁷⁶.

İnanılanın üçüncü kişilerdeki alacağının TBK m.509/I hükmüne kıyasen ve kendiliğinden inanana geçmiş olduğunun kabulü halinde, bu cüz’i intikale, kanımca, TMK md. 5 hükmü atfı gereğince, TBK’nın alacağın temlikine ilişkin hükümleri, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanacaktır. Böylece, bu alacağın inanana geçtiği, özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TBK md. 185). Keza borçlu, inanılana (eski alacaklıya) karşı intikali öğrendiği sırada haiz olduğu tüm itiraz ve defileri, inanana (yeni alacaklıya) karşı da ileri sürebilir (TBK m.188/I). Ayrıca, inanan, alacağın kendisine intikal ettiğini borçluya haber vermedikçe, intikalden haberi olmayan iyiniyetli borçlu, hala alacaklı olarak bildiği inanılana ödeme yaparsa, borcundan kurtulur (TBK md. 186).

⁵⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 369.

2. İnanılanın iflâsı halinde inananın TBK md. 509/III hükmünde öngörülen ayırma hakkından yararlanma olanağı

TBK md. 509/III hükmü, eski düzenlemeye (BK md. 393/III) paralel olarak, “vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflâs masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflâs masası da yararlanır” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu hüküm, taşınır eşyaya ilişkin olup taşınmazlar kapsam dışı bırakılmıştır. TBK md. 509/III hükmünün taşınmazları da kapsadığını savunan yazarlar⁵⁷⁷ olsa da böyle bir kabulün, tapu siciline güven ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Kaldı ki bu durum, hukuk güvenliğini de tehlikeye sokar. Hükümdeki “edinmiş olduğu” ifadesi, ayırma hakkının yalnızca vekilin kendi adına vekalet veren hesabına üçüncü kişilerden iktisap ettiği taşınırlar için uygulanabileceğini gösterir⁵⁷⁸.

TBK md. 509/III hükmündeki ayırma hakkı düzenlemesinin (dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet ilişkilerinde vekile karşı tüm borçlarını yerine getirmiş olan müvekkil ile saf inançlı işlemlerde inanılana karşı tüm borçlarını ifa etmiş olan inananın benzer/aynı hukuki konumları ve hukuki koruma ihtiyaçları dikkate alınarak), TBK md. 502/II hükmü atfıyla kıyasen ve aynen öngördüğü sonuçla, saf inançlı işlemlere de uygulanması, kanımızca mümkündür. Zira TBK md. 509/I hükmündeki durum ile TBK md. 509/III hükmünde düzenlenen durum birbirinden farklılık arz eder: TBK md. 509/I hükmünün saf inançlı işlemlere, basit bir kıyas ile (yani ‘vekil’ yerine ‘inanılan’, ‘müvekkil’ yerine ‘inanan’ ibareleri konmak suretiyle) uygulanması (bu

⁵⁷⁷ Wolf, s. 435.

⁵⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BK md. 393/III (TBK md. 509/III) hükmünde yer alan bu ibarenin, üçüncü kişiden yapılacak bir iktisabı gösterdiğini, zira vekilin vekâlet verenden “kendi adına fakat vekâlet veren hesabına bir mal iktisap etmesinin” anlamsız olduğunu belirtmektedir, bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 372.

işlemlerin amacına ters düştüğü için) mümkün değilken; TBK md. 509/III hükmü bakımından durum farklıdır. Gerçekten de inanan, inanılanın kendi adına ve inanan hesabına edinmiş olduğu taşınırın iflâs masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilmelidir; hatta bu şekildeki bir kabul saf inançlı işlemlerin niteliği için de daha uygundur. Yani, TBK md. 509/III hükmünün, saf inançlı işlemlere, TMK md. 1/II gereği hukuk yaratılmak suretiyle kıyasen uygulama yöntemine başvurmayaya gerek olmaksızın, TBK md. 502/II atfıyla kıyasen uygulanması mümkündür.

TBK md. 509/III hükmünün (kıyasen) uygulama alanına giren durumlarda, inanılanın, iş görme borcunu ifa ederken üçüncü kişiden kendi adına (ve fakat inanana devretmek üzere) aldığı, kendi mülkiyetinde bulunan, bu sebeple onun iflâsı sonucu iflâs masasına giren bir taşınır eşya söz konusudur. İnanana, bu taşınır eşyayı iflâs masasından çekip çıkarmak suretiyle tasfiyeden kurtarmasını sağlamak üzere tanınan ayırma hakkı, yalnızca inanılanın kendi adına ancak inanan hesabına üçüncü kişilerden elde ettiği taşınırın bakımından söz konusu olur. İnananın ayırma hakkından yararlanabilmesi, inanılana karşı tüm borçlarını ifa etmiş olması şartına bağlıdır⁵⁷⁹. İnanılanın üçüncü kişiden elde ettiği para onun malvarlığı ile karışacağından (bu paranın muhafazası için özel olarak açtırılmış ayrı bir banka hesabı örneği haricinde), TBK md. 509/III'e kıyasen doğan bir ayırma hakkından söz edilemez⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 371. Adı geçen yazar, 90'ncı dipnotunda şu esere de atıf yapmaktadır: Fellman, Art. 401, N. 121.

⁵⁸⁰ Tandoğan (Borçlar Özel, C.II), s. 536; Kocayusufpaşaoğlu, s. 371.

§9. Saf İnançlı İşlemlerin Uygulamadaki Görünümleri

I- Kıymetli Evraka Bağlanmamış Alacakların Tahsili Amacıyla Yapılan İnançlı Devirler

Saf inançlı işlemlerin en tipik örneğinin, alacağın tahsil amacıyla inançlı devri olduğu evvelce belirtilmişti. Bu tür inançlı devir işlemlerindeki iş görme borcunun kapsamı tahsil eyleminin bizzat kendisi ile sınırlıdır⁵⁸¹. Alacağın tahsil amacıyla inançlı devrinde inanan, alacağını inanılana devreder. Devir borcu doğuran inanç anlaşmasında, devralan tarafından devredilen alacağın borçlusundan bu alacağın tahsil edilmesi ve tahsil edilen paranın inanılan tarafından inanana ödenmesi konusunda uzlaşılır. Böyle bir inançlı devir işlemi, alacağın devrinin geçerli olması kaydıyla geçerlidir ki, geçerlilik için gereken şartlardan biri de devrin yazılı olarak yapılmasıdır (TBK m. 184/I)⁵⁸². İnanç anlaşmasındaki alacağı devir taaahhüdünün yazılı bir şekle tabi olması söz konusu değil ise de (TBK m.184/II), inanç anlaşmasının taraflarını karşılıklı olarak borç altına sokan kayıtların yazılı devir sözleşmesine dercedilmesi kuşkusuz mümkündür⁵⁸³. Alacağın tahsil amacıyla inançlı olarak devrinde inanç anlaşması, bu tasarruf işleminin TBK md. 183 vd. hükümlerine tabi olmasına engel teşkil edemeyeceği için⁵⁸⁴; inanç anlaşmasındaki taraflara borç yükleyen kayıtlara bizzat yazılı devir sözleşmesinde yer verilmesi de devir işlemi TBK'nın anılan hükümlerine doğrudan tabi bir alacağın devri işlemi olmaktan çıkarmaz.

Kanun, inançlı devir konusu olan alacağın doğduğu sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça inanan, TBK md. 183 hükmü uyarınca, borçlunun rızasını aramaksızın

⁵⁸¹ Tahsil eylemine ek olarak taraflarca üzerinde uzlaşılan başkaca yönetim faaliyetleri de yönetim borcunun kapsamına dahil edilebilir, bkz. §5 II D.

⁵⁸² Bkz. yukarıda § 6, I.

⁵⁸³ Bkz. yukarıda § 5, I ve § 6, I.

⁵⁸⁴ Aydıncık, s.165; Özsunay, s. 61.

alacağını inanılana devredebilir. Tahsil amacıyla inançlı devirde inanılan, kendisine devredilen alacağı “tam hak sahibi” olarak edinir⁵⁸⁵. Dolayısıyla devreden inanan artık alacaklı sıfatını yitirir ve alacak üzerinde herhangi bir etkide bulunabilmesi mümkün olmaz. Tam hak iktisabı ilkesi uyarınca, alacak hakkı kendisine devredilen inanılan, devredilen alacağı, kişiye özgü olanlar dışındaki tüm ferîleri ve öncelik hakları ile birlikte elde eder (TBK md. 189). Bu bağlamda kural olarak, alacağa ait teminatlar ve işlemiş faizler de alacağı devralan inanılana geçer⁵⁸⁶. Tarafların, inanç anlaşmasında bunun aksini kararlaştırmaları mümkün olup; saf inançlı işlem niteliğini haiz olan alacağın tahsil için devri işleminde inananın menfaatinin korunması ön planda olduğundan, faizlerin temlikle birlikte inanılana geçmeyeceğinin kararlaştırılması⁵⁸⁷, işlemin amacına daha uygundur. İnanılan, tahsil için devraldığı alacağın tahsili ile ilgili gerekli işlemleri yapmak ve tahsil ettiği meblağı inanç anlaşmasına uygun olarak, tamamen veya kısmen devreden inanana tediye etmek borcu altındadır⁵⁸⁸.

Alacağın tahsil amacıyla inançlı devrinin geçerli olması için, borçlunun devirden haberi olması gerekmez de iyi niyetli borçlunun, alacağı devreden inanana ödeme ile borcundan kurtulması mümkün olduğundan, bunun ihbarı, alacağı devralan inanılan bakımından tedbirli bir davranış olur⁵⁸⁹. Alacağın inançlı devri, devreden inanan veya devralan inanılan tarafından kendisine bildirildiği (ya da bildirilmese bile kendisi durumu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu) halde, borçlu, inanana ödemedede bulunacak olursa, bu ödeme kendisini borçtan kurtarmaz (TBK md. 186).

⁵⁸⁵ Özsunay, s. 104.

⁵⁸⁶ Özdemir, s. 283.

⁵⁸⁷ Aydıncık, s. 184. Adı geçen yazar bu konuda şu esere atıf yapmaktadır: Oftinger/Bär, Syst. Teil, s. 77 N 293.

⁵⁸⁸ Özsunay, s. 47.

⁵⁸⁹ Özdemir, s. 279.

Tahsil amacıyla inançlı alacak devirlerinde TBK md. 187 hükmü gereğince borçluya alacağı mahkemeye tevdi ile borcundan kurtulma imkânı tanınmalıdır⁵⁹⁰. Aynı şekilde, inançlı devirde üçüncü kişi borçlu, devri öğrendiği sırada inanana karşı sahip olduğu def'ileri, inanılana karşı da ileri sürebilir (TBK md. 188/1). Buradaki def'i kavramını itirazları da kapsayacak şekilde geniş anlamak gerekir⁵⁹¹. Borçlu ile eski alacaklı arasındaki borç ilişkisinden doğan zamanaşımı gibi savunmalar ve bu borç ilişkisini değiştiren imkânsızlık, ayıp gibi savunmalar alacağın devrinin borçlu tarafından öğrenilmesinden sonra gerçekleşmiş olsa bile yeni alacaklıya karşı etkili olmalıdır⁵⁹². Üçüncü kişi borçlunun, inanılanın şahsına karşı haiz olduğu def'ileri de ileri sürebilmesi mümkün olmakla birlikte⁵⁹³ borçlu, inanan ile inanılan arasındaki inanç anlaşmasına dayanarak, devrin inançlı olduğunu ve inanılanın devrolunan alacağı inananı iadeten devredeceği hususunu bir def'i olarak ileri süremez⁵⁹⁴. Bu işlemlerde taraflar, inanç anlaşmasında inanılana bir ücret veya komisyon verilmesi konusunda anlaşabilirler⁵⁹⁵.

Alacağın tahsil amacıyla inançlı devri, alacağın tahsili için bir kişiye tahsil yetkisi verilmesinden farklıdır. Tahsil için temsil yetkisi verme, alacaklının bir kişiye, alacağı tahsil hususunda tek taraflı irade beyanıyla verdiği bir yetkidir⁵⁹⁶. Tahsil için temsil yetkisi, tahsil yetkilisine verilmiş olan bir "hukuki kudret"tir ve bundan, borçlunun ona ifada bulunmak yetkisi elde edilmektedir⁵⁹⁷. 'Tahsil için temsil

⁵⁹⁰ Aydıncık, s. 176.

⁵⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (Borçlar Hukuku), s. 252 vd; Eren (Borçlar Özel C.II), s. 1229; Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 917.

⁵⁹² Eren (Borçlar Özel C.II), s. 1229; Tekinay, s. 256.

⁵⁹³ Özsunay, s. 117.

⁵⁹⁴ Bergmaier, s. 207 vd.

⁵⁹⁵ Özsunay, s. 47, dn. 36.

⁵⁹⁶ Kocaman, s. 31.

⁵⁹⁷ Kocaman, A. B.: "Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine", AÜSBF, 1994, C.49, S.1-2, s. 291-301, s. 296, erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36528> (Havale), erişim tarihi: 9.7.2020. Adı geçen yazar, 24'ncü dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: v.Tuhr, JheringsJb. 48, s. 17. V. Tuhr, 'hakimiyet veya kudret hakları'nın yanısıra, bunlardan başka 'tali haklar' denilebilecek

yetkisi'nde borçlu, yetki veren alacaklı karşısında; tahsil yetkilisine ifada bulunmak (ödemek) hususunda sadece yetkili değil ve fakat aynı zamanda yükümlüdür de; meğer ki, yetki veren alacaklı yerine tahsil yetkilisine ifada bulunmak, borçlu için ifanın sözleşmeye aykırı şekilde zorlaştırılmasına yol açsın⁵⁹⁸. Borçlu bu durumda tahsil yetkilisine ifada bulunmaktan kaçınırsa, tıpkı yetki veren alacaklıya karşı ifadan kaçınmış gibi temerrüde düşer⁵⁹⁹.

Bir alacağın tahsili için yetki verilmesinde, yetkiyi tanıyan alacaklının alacaklılarının icra ve/veya iflâs yolları ile alacağa el koydurmaları her zaman mümkündür. Ayrıca alacağının tahsili için yetki veren kişinin bizzat kendisi alacağı üzerinde tasarrufta bulunabilir; örneğin alacağını bir başka kişiye devredebilir, rehnedebilir, üzerinde bir intifa hakkı tesis edebilir. Keza yetki veren alacaklı, alacağını bizzat kendisi tahsil edebileceği gibi, bir diğer kişiye de aynı yetkiyi verebilir. Esasen, tahsile yetki vermek yerine, tahsil için alacağın inançlı devrinin tercih edilmesinin sebebi, işlemlerde kolaylık ve basitliğin sağlanması ve ikinci durumda alacaklının, ilkinde kıyasla daha güvenceli bir hukuki konumda bulunmasıdır⁶⁰⁰. Uygulamada alacağın tahsil amacıyla devrine sıkça rastlanmaktadır⁶⁰¹.

salâhiyetlerden bahsetmekte ve bu ikinci grubun, hak sahibine hukuki bir hüküm ve netice tevlit etmek salâhiyetini bahsettikleri cihetle 'kudret hakları'na dahil olduklarını ifade etmektedir. V.Tuhr ayrıca bunları; '*Gestaltungsrechte*' (yenilik doğuran haklar) ve '*Machtbefugnisse*' olarak ikiye ayırmaktadır. Bu ikinci grubun '*Verwaltungsrechte*' (idare hakları) şeklinde de ifade edilebileceğinden bahseden yazar, 'hareket salâhiyeti' olarak tanımladığı bu grup hak için şu ifadeleri kullanmaktadır: "*...Machtbefugnisse, üçüncü şahsın iştiraki olmaksızın, işbu üçüncü şahsın mamelekine tesir eden muameleler yapmak ve harekette bulunmak salâhiyetidir...Bilvasıta temsile istinaden başkasına ait bir şey üzerinde kendi namına tasarrufta bulunmak salâhiyeti de bu gruba girer*", bkz. von Tuhr (Borçlar Umumi Kısım), s. 22-23, 26-27.

⁵⁹⁸ Kocaman (Havale), s. 296. Adı geçen yazar, 26'ncı dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: v.Tuhr, JherinisJb. 48, s. 3.

⁵⁹⁹ Kocaman (Havale), s. 296. Adı geçen yazar 27'nci dipnotunda şu esere atıf yapmaktadır: v.Tuhr, JherinisJb. 48, s. 4.

⁶⁰⁰ Kocaman, s. 42; Akyol, Ş.: Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 82, dn. 12.

⁶⁰¹ YARGITAY 11. HD, E. 2015/9740, K. 2016/2354, T. 3.3.2016; 19. HD, E. 2015/773, K. 2015/16481, T. 8.12.2015; 15. HD., E. 2016/3868, K. 2017/2204, T. 24.5.2017; 19. HD, E. 2016/19363, K. 2018/4796, T. 4.10.2018; 13. HD., E. 2015/34221, K. 2018/2089, T. 19.2.2018; 17.

Tahsile yetki vermede, alacağın tahsil amacıyla devrinin aksine, alacaklı değişmemekte; tahsil yetkilisine yalnızca alacağı iddia ve talep hususunda bir yetki ve sınırlı tasarruf kudreti⁶⁰² verilmektedir⁶⁰³. Tahsil için temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkinin mutlaka vekâlet ilişkisi olması gerekmez. Aradaki ilişki diğer bir iş görme ilişkisi olabileceği gibi⁶⁰⁴, arada hiçbir temel borç ilişkisinin bulunmaması da mümkündür⁶⁰⁵. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin, alacağın tahsili için inançlı devir mi yoksa tahsile yetki mi olduğunun açıkça belirlenemediği durumlarda, TBK md. 19 gereğince tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınır; ortak irade tespit edilemezse, mesele, güven teorisi uyarınca yapılan yoruma göre çözümlenir. Yazılı temlik sözleşmesi ile devredilen alacağın, tahsil amacıyla inançlı olarak devredildiğini iddia eden taraf, bu iddiasını HMK md. 201 uyarınca yazılı delil ile ispatlamalıdır.

HD., E. 2015/8730, K. 2018/484, T. 31.1.2018; 11. HD., E. 2016/14371, K. 2017/174, T. 11.1.2017 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁶⁰² Sınırlı tasarruf kudretinden ne anlaşılması gerektiği açıklanırken, ilk önce tasarruf yetkisinin mahiyetine değinmekte yarar vardır. Bir hakkın maliki, kural olarak, o hak üzerinde tasarruf edebilir (tasarruf yetkisi). Tasarruf yetkisi, tasarruf işlemi yapabilmek, bir hakka doğrudan doğruya tesir icra etmek kudret ve ehliyetidir, Ayiter, K.: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, No. 28-10, Ankara 1953, s. 117. Kural olarak tasarruf yetkisi hak sahibinindir, yani normal olarak daima hak sahibi o hakta tasarruf edebilir (örn: alacaklının alacak hakkı üzerinde tasarruf etmesi); ancak tasarruf yetkisi temsil yetkisi sebebiyle bir diğerine geçmiş olabilir. Tahsil için temsil yetkisi vermede, alacak hakkı sahibi, alacağını tahsil etmesi amacıyla, bir başkasına yalnızca ‘tahsil’ için yetki vermekte, yani yukarıda açıkladığımız gibi ona bir ‘hukuki kudret’ tanımaktadır. Bu, tahsil yetkilisine sınırlı bir tasarruf kudreti sağlar ki bu da *borçlunun, kendisine (tahsil yetkilisi) ifada bulunma yetkisinin edinilmesinden ibarettir*. Tahsil için temsil yetkisi elde eden tahsil yetkilisi, yalnız bu sonuç/amaç ile donatılmış olup, ilgili alacak üzerinde başkaca bir tasarrufta bulunamaz.

⁶⁰³ Kocaman, s. 31.

⁶⁰⁴ Esener (Temsil), s. 63.

⁶⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 231.

II- Emre Yazılı Senetlerin Tahsil Amacıyla İnançlı Ciro

TTK md. 645 hükmüne göre; kıymetli evrak öyle bir senettir ki, bunun içerdiği hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez. Yani kıymetli evrakta hak ve senet arasında yoğun bir bağılılık vardır⁶⁰⁶.

Kıymetli evrak, devir bakımından yapılan sınıflandırmaya göre üç gruba ayrılmıştır: nama, emre ve hamiline yazılı senetler. Nama yazılı senetler, belli bir kişinin adına yazılı olup onun emrine kaydını içermeyen, kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan (TTK md. 654), tedavül kabiliyeti en zor olan senetlerdir. Nama yazılı kıymetli evrakın inançlı devri, yazılı devir beyanı ve senedin teslimi ile olur (TTK md. 647/1-2). Hamiline yazılı senetler ise devri en kolay olan kıymetli evraklardır ve bunlarda devir için teslim yeterlidir (TTK md. 647/1).

Kıymetli evraka bağlı hakların tahsil amacıyla devri bakımından emre yazılı senetlerin tahsil amacıyla inançlı cirosuna özellikle değinmeye değer.

Emre yazılı senetlerin devri ciro ve teslim ile olduğu (TTK md. 647/1-2 ve TTK md. 648/2) için, inançlı devirleri de “inançlı *ciro*”dur. TTK, ciroyu poliçe dolayısıyla düzenlemiş (TTK md. 681 vd.); bono, çek, kambiyo senetlerine benzeyen senetler ve diğer emre yazılı senetler bakımından kural olarak poliçenin cirosuna atıf yapmıştır (TTK md. 778/1(a); 818/1(d); 831)⁶⁰⁷. *Ciro*; emre yazılı senetlerde, senedin içerdiği hakkı devretmeye yönelik yazılı bir irade beyanıdır⁶⁰⁸. *Ciro* senetten doğan tüm hakları devreder (TTK md. 684/1, TTK md. 778/1 (a), 818/1 (d)). *Ciro* eden, *ciro* ile

⁶⁰⁶ Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A.: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş Yedinci Basıdan Sekizinci Tıpkı Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 17 (Kıymetli Evrak).

⁶⁰⁷ A.g.e., s. 153.

⁶⁰⁸ A.g.e., s. 153.

kendi sahip olduğu hakları değil, senetten doğan hakları devreder; dolayısıyla cirantanın temel ilişki nedeniyle sahip olduğu teminat, cezai şart ve tazminat gibi hak ve talepler ciro edilene intikal etmez⁶⁰⁹. Ciro ile iktisap bir devren iktisap biçimidir. Cironun bono (poliçe) ya da bonoya bağlı olan ve ‘alonj’ denilen bir (eklenti) kâğıt üzerine yazılması ve ciranta tarafından imzalanması gerekir (TTK md. 683/1, TTK md. 648/1).

Ciro, devir, tahsil veya rehin amaçlarıyla yapılabilir⁶¹⁰. TTK md. 688 hükmünde tahsil cirosu düzenlenmiştir ve bu, açık tahsil cirosu⁶¹¹ veya gizli-örtülü tahsil cirosu şeklinde olabilir:⁶¹²

Açık tahsil cirosunda; ciranta ciro edilene poliçenin veya bononun içerdii alacağı kendi adına tahsil etmek yetkisini verir. Senedi tahsil cirosu ile alan kişi, senetten doğan alacağı tahsil edecek ve tahsil ettiği meblağı ciro edene verecektir. Açık tahsil cirosunda ciro, “bedeli tahsil içindir”, “vekâleten” ya da bedelin bir başkası adına kabul edileceğini belirten bir şerhi ya da sadece vekil etmeyi ifade eden benzer bir kaydı içeri (TTK md. 688/1, 778/1 (a), 648/1). Açık tahsil cirosunda, tahsil amacının aksettirildiği bu ve benzeri çeşitli ifadelerden, burada bir tam hak devri olmadığı cirodan anlaşılır. Yani, açık tahsil cirosunda amacın senetten doğan bütün hakları devretmek değil, ciro edilenin, ciranta adına alacağı tahsil ederek ciro edene ödemesi olduğu senetteki ciroya yansır⁶¹³. Bu sebeple, açık tahsil cirosu aslında, bir inançlı

⁶⁰⁹ A.g.e., s. 155.

⁶¹⁰ Yarg. HGK., E. 2013/12-1686, K. 2015/1301, T. 6.5.2015 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁶¹¹ Bundan sonra, “tahsil cirosu” ifadesi, “açık tahsil cirosu”nu ifade etmek üzere kullanılacaktır.

⁶¹² Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya (Kıymetli Evrak), s. 178-179.

⁶¹³ Poroy, R./ Tekinalp, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 1995, s. 161.

hak devri değildir. Açık tahsil cirosunda senedin mülkiyetine ve senetten doğan alacaklara ciranta sahip olduğundan, bu tür ciroda devir fonksiyonu yoktur⁶¹⁴.

Açık tahsil cirosu ile senedi teslim alan hamil, senetten doğan tüm hakları kullanabilir (TTK md. 688/1, 778/1 (a), 648/1)⁶¹⁵. Ancak hamil senedi başka bir kişiye ancak tekrar tahsil cirosu yapmak suretiyle devredebilir; rehin veya devir cirosu yapamaz (TTK md. 688/1, 778/1 (a), 648/1). Tahsil cirosunda ciro edilen ciranta adına hareket eder. Yani hamil, senetten doğan alacağı ciranta adına ileri sürer ve ödeme talep eder, tahsil ettiği meblağı cirantaya verir. Hamil senedin esas alacaklısı olmayıp temsilci sıfatında olduğundan, kambiyo senedi borçlusu, cirantaya karşı sahip olduğu şahsî def'ileri hamile karşı ileri sürebilir; ancak hamilin şahsına karşı sahip olduğu def'ileri ileri süremez (TTK md. 688/2). Ayrıca, tahsil cirosunun içerdiği tahsil yetkisi, bu yetkiyi veren cirantanın ölümü ve fiil ehliyetini kaybetmesiyle ortadan kalkmaz (TTK md. 688/3)⁶¹⁶.

Buna karşın, tahsil amacıyla devir cirodan anlaşılmıyorsa (tam ciro/beyaz ciro) veya hamiline yazılı senet tahsil amacıyla devredilmişse, bu durumda ortada bir inançlı devir olduğu kabul edilmelidir. Gizli tahsil cirosu olarak da anılan bu hal, saf inançlı işlemlerin uygulamadaki tipik örneğini oluşturur⁶¹⁷. Gizli tahsil cirosu, öğretide,

⁶¹⁴ İmregün, O.: Kıymetli Evrak Hukuku, 3. B., İstanbul 2001, s. 77; Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri, Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 3. Bası, Ankara 1970, s. 151; Öztan (Kıymetli Evrak), s. 611; Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. B., Ankara 2009, s. 147; Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya (Kıymetli Evrak), s. 132.

⁶¹⁵ Bonoyu ödeme (poliçeyi kabul + ödeme) için ibraz; ödememe (poliçede kabul etmeme + ödememe) halinde ödememe (poliçede: kabul etmeme + ödememe) protestosu çekmek vs. için bkz. Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya (Kıymetli Evrak), s. 173 vd.

⁶¹⁶ Tahsil cirosunda esasen, senet kendisine ciro edilen kişiye vekâlet verilmiş olur. Zira ciro edilen, ciranta adına bir hukuki işlem gerçekleştirmek suretiyle iş görür (TBK md. 502). Dolayısıyla bu ilişkilere, TBK md. 502 vd. hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak, tahsil cirosuyla ilgili olarak TTK md. 688/3 düzenlemesinin getirilmiş olması sebebiyle, aksi yönde düzenlemeyi içeren TBK md. 513 hükmü, bu ilişkilere uygulanmamalıdır.

⁶¹⁷ Yarg. HGK., E. 2013/12-1686, K. 2015/1301, T. 6.5.2015; Yarg. 12. HD., E. 2014/19229, K. 2014/27579, T. 18.11.2014; Yarg. 19. HD., E. 2013/18547, K. 2014/1710, T. 22.1.2014, Yarg. 11 HD., E. 2016/9378, K. 2016/9743, T. 20.12.2016 (kazancı içtihat bilgi bankası).

fidüsyer ciro, tahsil amacıyla inançlı ciro, gizli vekâlet cirosu, inançlı ciro⁶¹⁸, veya örtülü tahsil cirosu⁶¹⁹, gizli tevkil cirosu, itimada dayanan ciro gibi farklı isimlerle de anılır⁶²⁰. İnançlı tahsil cirosunda, dışa karşı bir tam ciro söz konusudur. İç ilişkide ise ciranta ile ciro edilen arasında, bu cironun yalnızca senet bedelini tahsil için olduğu konusunda anlaşma yapılır⁶²¹. Güvene dayalı olan bu ciroda, inançlı devir yapılmış olur⁶²². Burada ciro, ciro edilene senet üzerinde hak sahipliği kazandırmaz⁶²³.

İnançlı tahsil cirosunun tercih edilmesinin sebebi, genellikle, ciro edilen inanılana borçlular karşısında daha güçlü bir hukuki konum ve görünüm kazandırılma amacıdır⁶²⁴. Yapılan ciro, dışa karşı üçüncü kişiler açısından temlik cirosu hükmündedir (tam veya beyaz ciro) ve iyiniyetli üçüncü kişilerin ciro edilen inanılardan temlik veya rehin cirosu yoluyla iktisapları korunur (TTK md. 686/2). Ciranta ile hamil arasında inançlı tahsil cirosu bulunduğunu ispat eden borçlu cirantaya karşı sahip olduğu def'ileri hamile karşı da ileri sürebilir⁶²⁵.

III. Yönetim Amacıyla Gerçekleştirilen Diğer İnançlı Devirler

Saf inançlı işlemler, alacak dışında başka malvarlığı değerlerinin yönetilmek amacıyla devrini de hedefleyebilir.

⁶¹⁸ Özsunay, s. 108.

⁶¹⁹ Yarg. 11 HD., E. 2016/9378, K. 2016/9743, T. 20.12.2016 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁶²⁰ Karayalçın, s. 149; Öztan (Kıymetli Evrak), s. 618; Poroy/Tekinalp, s. 171; Pulaşlı, s. 149. Bundan sonraki açıklamalarda gizli tahsil cirosunu ifade etmek üzere, “inançlı tahsil cirosu” ifadesi kullanılacaktır.

⁶²¹ Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan (Kıymetli Evrak Hukuku), s. 179.

⁶²² Özbek, s. 999.

⁶²³ Ülgen/Helvacı/Kaya/Ertan (Kıymetli Evrak Hukuku), s. 179.

⁶²⁴ Pulaşlı, s. 149.

⁶²⁵ Emre yazılı bir senedin, sonradan iflâs eden bir kişiye, ilerideki bir ödemeye karşılık olarak ciro edilmesi veya hamiline yazılı bir senedin teslim suretiyle devrine gelince; bunlar teminat amacıyla yapılır. Bir başka ifadeyle, ileride müflise yapılacak bir borcun ifasının temin edilmesi için, ileride yapılacak bir ödemenin garanti altına alınması için, müflise bazı senetler devredilmiş olabilir. Senetler müflisin elinde vekâlet sebebiyle bulunmaz; bunlar müflise yalnızca teminat amacıyla ciro edilmiştir. Burada inançlı bir devrin varlığı kabul edilmelidir; ancak buradaki inançlı devir, saf inançlı işlem değil; karma bir inançlı işlem teşkil eder.

2011 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan ve bir *taşınırın* yönetim amacıyla inançlı olarak devredildiği olayda; davacı (inanan) kendisi işletmek üzere otobüs satın almış ancak (*o tarihte emekli olması sebebiyle Bakanlar Kurulu'nun 86/10553 sayılı kararının 3. maddesi gereği ticari plaka satın alamayacağı kuralı sebebiyle*), otobüsü oğluna (inançlı olarak) devretmiş; Bakanlar Kurulu engellemesi kalkınca (yani söz konusu ticari plakaların trafik komisyonu kararıyla otobüs plakasına dönüşmesi ile plaka tahsisi yapılırca) plakayı kendisine geri devredeceği hususunda oğlu ile uzlaşmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı, (mahkeme ve özel daire her ne kadar 'muvazaa' olarak nitelendirmişse de) Hukuk Genel Kurulu, "*inanan davacının, araç üzerindeki mülkiyet hakkını Bakanlar Kurulu Kararnamesinin engellemesi nedeniyle, belirli bir süre veya amaçla inanılan davalı oğluna geçirmesi, inanılan davalının da amaç gerçekleşince hakkı tekrar inanana devretmesi gerekirken bu yükümlülüğü yerine getirmediği için dava açılması, dikkate alındığında uyuşmazlığın inançlı sözleşme hukuksal nedenine dayandığı*" gerekçesiyle, isabetli olarak inançlı işlem olarak nitelendirmiştir⁶²⁶.

Yönetim amacıyla gerçekleştirilen inançlı devirlere ilişkin literatürdeki benzer bir örnek şudur: Yabancı uyruklu bir kişi (A), (yabancı uyruklu kişilerin Köy Kanunu gereğince Türkiye'de köylerde taşınmaz edinmeleri kural olarak yasak olduğundan), köyde Ü'den satın almak istediği taşınmazın, B tarafından alınması, ileride yasal engel kalktığında taşınmazın kendisine geri devredilmesi konusunda anlaşılır. Bu örnekte A inanan, B inanılan kişidir. Öngörülen koşullar ileride gerçekleştiğinde, B bu anlaşma gereğince taşınmazın mülkiyetini A'ya geçirmeyi üstlenmiştir⁶²⁷.

⁶²⁶ Bkz. Yarg. HGK., E. 2011/13-14, K.2011/189, T. 15.4.2011 (kazancı içtihat ve bilgi bankası).

⁶²⁷ Örnek için bkz. Kılıçoğlu, s. 243. Ayrıca yazar, saf inançlı işlemlere eşler arasında da sıkça rastlandığını belirterek, şu örneği vermektedir: "*Evli olan A ve B bir kooperatife üye olup, konut*

Bir taşınmazın yönetim amacıyla inançlı olarak devredildiği başka bir saf inançlı işlem örneği ise şu şekildedir: İnanan, sahibi olduğu kentsel dönüşüme konu taşınmazını, taşınmazda mevcut yapının yıkımı, yüklenici ile eser sözleşmesi imzalanması, kat mülkiyetinin tesisi vb. işlemlerin yapılması için inanılana devreder; inanılan ise tüm işlemler bittikten sonra bağımsız bölümlerin mülkiyetini davacıya devretme borcu altına girer⁶²⁸.

Yargıtay'ın başka bir kararında da yine yönetim amacıyla gerçekleştirilen (inançlı) taşınmaz devrine rastlanmaktadır: Olayda, yurtdışında yaşayan, yazları Türkiye'ye geldiğinde kalacak bir yere ihtiyaç duyan davacı (inanan), nizalı bağımsız bölümü inşaat halindeyken yükleniciden satın almış, bir kısım kaparo vermiş, bakiye bedeli ise Kanada'ya döndükten sonra davalı (inanılan) aracılığı ile ödemiş ve ayrıca daireyi satın alması, bu bağımsız bölümle ilgili tapuda her türlü işlemi yapması, oturma ruhsatı alması, elektrik su bağlama vb. her türlü işi takip etmesi için davalıya vekalet vermiştir. Davalı, uyuşmazlığa konu daireyi tapuda kendi adına tescilini yaptırmış ve daha sonra davacı talep ettiğinde, inanç konusu taşınmazı ona devretmemiştir.

Yargıtay somut olayda, taraflar arasındaki uyuşmazlığı yönetim amacıyla yapılan inançlı işlem olduğunu belirtmektedir⁶²⁹.

sahibi olmaya karar vermişlerdir. Kooperatifin aidatlarının yarısı A tarafından ödenmiş, inşaatın tamamlanıp dairenin tapusunun alınması aşamasında tapunun A ve B üzerine yarı hisseler halinde verilmesi konusunda anlaşmışlardır. Kooperatif inşaatı tamamlanıp tapu işlemlerine başlandığında B, yarı hissenin A'ya verilmesine yanaşmamıştır. Bu durumda B taraflar arasındaki inanç anlaşmasına aykırı davranmıştır”, a.g.e., s. 243.

⁶²⁸ Örnek için bkz. Vardar Hamamcıoğlu, G.: Taşınmaz Mülkiyetinin İnançlı İşlemlerle Devri ve Buna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1, Haziran 2018, ss. 87-120, s. 89 (Taşınmaz Mülkiyeti). Adı geçen yazar, 6'ncı dipnotunda, benzer bir Yargıtay karar örneğini (yargıtaya kararına konu olayda kişi, sahibi olduğu taşınmazı yurt dışında yaşıyor olması nedeniyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması amacıyla davalıya devretmiş, davalı inşaatın bitiminde bağımsız bölümlerin mülkiyetini devir borcu altına girmiştir, bkz. Yarg. 1 HD., T.3.6.2014, E.2013/9411, K.2014/10780) belirterek şu esere atıf yapmaktadır: Halman Çetin, E.: Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, Ankara 2016, s. 433.

⁶²⁹ Karar için bkz. Yarg. 14 HD., E. 2003/5267, K.2003/8127, T. 17.11.2003 (kazancı içtihat bilgi bankası).

Benzer bir Yargıtay kararında; ABD’de yaşayan davacı (inanana), Söke’de sahibi olduğu bir narenciye bahçesi ve bahçede bulunan evleri ile ilgilenmesi için davalı (inanılan) ile yazılı anlaşma yapmışlardır. Davalı, bu anlaşmadan doğan yönetim borcunun bir gereği olarak, davacının kendisine gönderdiği para ile bir traktör almış ve onu bahçede zırai amaçla bir süre kullanmıştır. Taraflarca kararlaştırılan süre sona erip bahçe ile ilgilenme durumu bittiğinde, davalı (inanılan) traktörü davacı (inanana) devretmekten imtina etmiştir. Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak Yargıtay, burada da taraflar arasında yönetim amacıyla yapılan bir inançlı devir olduğunu belirtmiştir⁶³⁰.

İnanılanın inanç konusunu paraya çevirme işini üstlendiği inançlı işlemler ve yatırım fonlarının yönetimi⁶³¹ de yönetim amacıyla yapılan inançlı işlemler kategorisine girer⁶³². Bu tür işlemlerde, işleme saflık niteliği kazandıran, esas olarak, inananın menfaatinin ön planda tutulmasıdır⁶³³.

Nihayet, Yargıtay, 1999 tarihli bir kararında; muhtelif meblağlarda *paraları*, bir Türk bankasına tevdi ederek, bu paraları yurtdışında bulunan başka bir bankaya (orada yönetilmek ve değerlendirilmek üzere) havale etmesini isteyen ve belirlenen süre dolduktan sonra ise paraları faizleriyle birlikte talep eden davacı ile Türk bankası

⁶³⁰ Yarg. 4 HD., E. 2016/8690, K. 2018/4579, T. 30.5.2018 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁶³¹ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 545. Yatırım fonları ve bunların saf inançlı işlem niteliği hakkındaki açıklamalar için aşağıda bkz. §10 I.

⁶³² Özsunay, s. 53; Gerstle, s. 24.

⁶³³ Yukarıda bkz. §2 II C 1.

arasında, açıklanan koşullarda yapılan sözleşmeyi inanç sözleşmesi⁶³⁴, taraflar arasındaki ilişkiyi de inanç ilişkisi olarak nitelendirmiştir⁶³⁵.

Diğer taraftan, yönetim amacıyla yapılan saf inançlı işlemlere anonim ortaklıklarda da rastlanır. Anonim ortaklıklarda pay sahibinin mali ve katılma hakları mevcuttur. Pay sahibinin mali haklarına; kâr payına katılma hakkı (TTK md. 507), tasfiye payı alma hakkı (TTK md. 507) ve rüçhan hakkı (TTK md. 461, 466) örnek verilebilir. Pay sahibinin katılma haklarına ise; genel kurula katılma hakkı (TTK md. 425), oy kullanma hakkı (TTK md. 434), bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK md. 437) ve özel denetim isteme hakkı (TTK md. 438) örnek gösterilebilir. Pay sahipleri katılma haklarını, payların itibari değerleri ile orantılı olarak kullanırlar ve genel kurulda karar alınması sürecine katılırlar. Oy haklarını bizzat kullanabilecekleri gibi, TTK md. 425 hükmü uyarınca, temsilci vasıtasıyla da kullanabilirler. Gerçekten, pay sahibi, hastalık, iş yoğunluğu, yol ve konaklama maliyetlerinin fazla olması, gizli kalma isteği gibi çeşitli sebeplerden dolayı, genel kurula şahsen katılmak istemeyebilir. Bu durumda kendisini genel kurulda temsil edecek ve iradesini yansıtabilecek bir temsilci atayabileceği gibi, payını bu amaçla kullanması için inançlı olarak bir kimseye devretmeyi de tercih edebilir⁶³⁶. İnanılan, kendisine devredilen pay sebebiyle sahip olduğu malî hakları ve katılma haklarını, inananla aralarındaki inanç anlaşması gereği, inanç ilişkisi devam ettiği sürece, inananın menfaatine olacak şekilde kullanmakla yükümlüdür.

⁶³⁴ Yargıtay'ın, taraflar arasındaki sözleşmeyi inanç anlaşması olarak nitelendirirken kullandığı ifadenin tam içeriği şu şekildedir: "...taraflar arasındaki mevduat sözleşmesi yalın bir mevduat hesap sözleşmesi olmayıp, inançlı işlem sözleşmesini de içeren karma nitelikli bir sözleşmedir", bkz. Yarg. 11 HD., E. 1999/1095, K. 1999/6032, T. 1.7.1999 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁶³⁵ Bkz. Yarg. 11 HD., E. 1999/1095, K. 1999/6032, T. 1.7.1999 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁶³⁶ Ayan, Ö.: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 428. Maddesinde Düzenlenen Organın Temsilcisi ve Bağımsız Temsilci", GÜHFD, 2012, C. 16, S. 3, s. 1-46, s. 5-6; Altaş/Kurt, s. 7.

İnançlı pay devrinin geçerli olabilmesi için, payın devrine ilişkin kanunda öngörülen şekil şartlarına uyulması gerekir. Hisse senedine bağlanmamış olan paylar (çıplak pay) alacağın temliki hükümlerine göre devredilir⁶³⁷. Nama ve hamiline yazılı pay senetlerinin devri ise yukarıda açıklanmıştı⁶³⁸.

Son olarak, anonim şirket yönetiminde kendisinin temsil edilmesine olanak sağlamak amacıyla yapılan *inançlı yönetim kurulu üyeliği* de burada zikretmek gerekir⁶³⁹.

İsviçre hukukunda *der fiduziarische Verwaltungsrat* terimi ile ifade edilen⁶⁴⁰ *inançlı yönetim kurulu üyeliğinde*⁶⁴¹, çeşitli sebeplerle şirket yönetiminde bizzat yer almak istemeyen menfaat sahibi⁶⁴², (şirket yönetiminde kendisinin temsil edilmesine olanak sağlamak üzere) inancılı yönetim kurulu üyesi ile sözleşme (inançlı yönetim sözleşmesi) yapar⁶⁴³. Taraflar bu sözleşmede, yönetim kurulu üyeliği görevinin,

⁶³⁷ Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 1605. Adı geçen yazar, 1112'nci dipnotta şu esere atıf yapmaktadır: Bürgi, Zürcher Kommentar, Vorb. Zu Art. 683-687, Nr. 28; v. Steiger, AG, 158; Lutz, 38. Ayrıca bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu: Ortaklıklar Hukuku I, Güncelleştirilmiş 13 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 548. Adı geçen yazar şu esere de atıf yapmaktadır: Meier-Hayoz, N. 319; Büren/Stoffel/Weber (2011) N. 254.

⁶³⁸ Bkz. §6 I.

⁶³⁹ *İnançlı yönetim kurulu üyeliği* kavramına; menfaat sahiplerinin talimatlarına ve menfaatlerine uygun olarak görevini ifa etmesi amacıyla ve bir “**oy sözleşmesi**” aracılığıyla, yeterli çoğunluk sağlanarak seçilen inancılı üye de dahil edilmektedir, Tekinalp, Ü.: Anonim Şirketlerin Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 86 vd (Tüzel Kişilerin Temsili). Ancak bunlarda, herhangi bir hakkın devri söz konusu değildir. Gerçekten, burada, inancılı yönetim kurulu üyesi inanılan niteliğini haiz olsa da bu keyfiyet, menfaat sahibi tarafından kendisine bir hakkın devredilmesinden değil; onun “oy sözleşmesi” ile yönetim kurulu üyesi konumuna sahip kılınmasından kaynaklanır.

⁶⁴⁰ Terim için bkz. Gautschi, s. 303-304; Jäggi: s. 3-4; Bürgi, W.: Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Art. 698-738, Zürich 1969, s. 553; Thalmann, A.: Die Treupflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Zürich 1975, s. 58; Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P.: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28, N. 175; 108.

⁶⁴¹ Yanlı, V.: “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu” (Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan), İstanbul 1999, s. 166; Okutan, G. N.: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s. 140. Tekinalp (Tüzel Kişilerin Temsili), s. 100-101. Ayrıca doktrinde, inancılı yönetim kurulu üyesinin, “gizli temsilci” (bkz. Tandoğan, H.: “*Hükmî Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili*” *Batider*, 1961, C.I, S.1, s.7) ya da “örtülü temsilci” (bkz. Tekinalp (Tüzel Kişilerin Temsili), s. 80, 100-101) ifadeleri ile anıldığı da görülmektedir.

⁶⁴² Menfaat sahipleri; pay sahiplerinin yanında ayrıca alacaklılar, şirket çalışanları, müşteriler, tedarikçiler, sendikalar, çeşitli sivil toplum kuruluşları, devlet ve hatta şirkete yatırım yapmayı düşünen potansiyel yatırımcılardır, Pulaşlı, H.: Corporate Governance- Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2003, s. 2-4.

⁶⁴³ Korkut, Ö.: Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 5.

sözleşme tarafı olan menfaat sahibinin veya üçüncü bir kişinin çıkarlarının korunması için menfaat sahibinin talimatları doğrultusunda yürütülmesi konusunda uzlaşırlar⁶⁴⁴. Bu amaçla pay sahibi, payını inançlı üyeye devreder (inançlı devir). İnançlı pay devri, yalnızca bir genel kurul toplantısında oy kullanılması amacıyla yapılabileceği gibi, bir süre o paylarla ilgili bütün işlemlerin yürütülmesi için de gerçekleştirilebilir⁶⁴⁵. İnançlı üye, sözleşme sona erdiğinde kendisine inançlı olarak devredilmiş olan payları, menfaat sahibine (inanana) geri devretmek zorundadır⁶⁴⁶.

Pozitif dayanağı olmayan inançlı yönetim sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına tabi değildir; ancak tarafların sözleşmeyi yazılı yapmaları, ileride inançlı üyenin, menfaat sahibinin talimatlarını yerine getirmemesi sebebiyle, şirkete, pay sahiplerine ya da alacaklılara karşı tazminat sorumluluğunun söz konusu olması halinde, zarara uğrayanlar için bir ispat kolaylığı sağlar⁶⁴⁷.

Menfaat sahibi ile inançlı yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda bir görüş, burada *saf inançlı işlem* olduğunu belirtmektedir⁶⁴⁸. Hâkim görüş ise, taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisinden ibaret olduğudur⁶⁴⁹. Hâkim görüşün aksine fikrimce, yukarıda açıklanan sebeplerle, *inançlı yönetim kurulu*

⁶⁴⁴ İnançlı yönetim kurulu üyeliğine ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Thalmann, s. 43; Homburger, E.: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V/5b, Der Verwaltungsrat, (Art. 717), Zürich 1997, N. 920; Wernli, M.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel 2002, Art. 707, N. 26; Yanlı, s. 655; Pulaşlı (Yönetim Kurulunda Temsil), s. 166.

⁶⁴⁵ Korkut, s. 30.

⁶⁴⁶ A.g.e., s. 140. Adı geçen yazar 190'ncı dipnotta şu esere atıf yapmaktadır: E. Schucany: Abhängiger Verwaltungsrat, s. 111.

⁶⁴⁷ Korkut, s. 11.

⁶⁴⁸ Wälli, s. 43–48; Tandoğan (İnananın Korunması), s. 75.

⁶⁴⁹ Pulaşlı, s. 415; Korkut, s. 112. Adı geçen yazar 58'nci dipnotta şu eserlere atıf yapmaktadır: Picenoni, s. 324; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: § 28, N. 175; Böckli: Aktienrecht, 2. Aufl., N. 1636; Albers-Schönberg: s. 83, 90–91; Krneta: Praxiskommentar, Art. 707, N. 159; Gross: s. 87; Metzler/Schmuki: s. 171; Nussbaumer/von der Crone: s. 139; Bilgili (Sorumluluk), s. 102.

üyeliğinin 'inançlı pay devri' ile gerçekleştirilen türü saf inançlı işlem niteliğini haizdir.

§10. Sermaye Piyasası Kanunu'nda "İnançlı Mülkiyet" Esasına Dayalı Olduğu Belirtilen Kurumların Saf İnançlı İşlem Olup Olmadığı Sorunu⁶⁵⁰

I. Yatırım Fonları

A. Mevzuat ve Tanım

Türkiye'de yatırımların finansmanında halkın tasarruflarından yararlanma düşüncesinin benimsenmesi ile yatırım fonu fikri 1961 yılından sonra doğmuş⁶⁵¹, ilk kanuni düzenleme ise, 28.7.1981 tarihli 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda (SPK)⁶⁵² yer almıştır. Bu Kanun'da yatırım fonları birer sermaye piyasası kurumu olarak düzenlenmiştir. SPK md. 37 hükmüne göre yatırım fonu, *"bu Kanun hükümleri uyarınca halktan katılma belgeleri karşılığında toplanan paralarla, belge sahipleri hesabına, riskin dağıtılması ilkesi ve **inançlı mülkiyet** esaslarına göre sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek amacıyla kurulan **malvarlığı**"* dır.

⁶⁵⁰ 6362 sayılı SerPK'ya dayanılarak çıkarılan KST md. 5 hükmünde düzenlenen ve saf inançlı işlem niteliğini haiz olduğunu savunduğum 'Sahipliğe Dayalı Kira Sertifikaları' ve bu işlemlerin hukuki niteliği, (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliği'nin 6.6. maddesi uyarınca, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazmakta olduğum *"Türk Hukuku'nda Saf İnançlı İşlemler"* başlıklı işbu doktora tezinden türettiğim) "Sahipliğe Dayalı Kira Sertifikaları ve Bunların Saf İnançlı İşlem Niteliği" başlıklı makalede inceleme konusu yapıldığından, bu işlemlere, bu tezde ayrı bir başlık altında ayrıca yer verilmemiştir. Söz konusu makale için bkz. Berktaş Yüksel, E., "Sahipliğe Dayalı Kira Sertifikaları ve Bunların Saf İnançlı İşlem Niteliği", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C.10, S.1, ss. 150-182, erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/52790/704507>.

⁶⁵¹ Poroy, R./ Erem, T. S.: "Türkiye'de Sermaye Piyasası'nın Gelişmesi için Gerekli Hukuki Tedbirler", Sermaye Piyasası Etüdü, Bölüm II, Ankara 1964, s. 170; Gürsoy, K. T.: Mukayeseli Hukukta, Özellikle Türk ve İsviçre Hukuklarında Yatırım Fonları, Batider, 1977, s. 5.

⁶⁵² 30.07.1981 tarih, 17416 sayılı RG.

Kanun'un genel gerekçesinde, fon malvarlığının kime ait olacağının tespitinde iki alternatifin (yani *müşterek mülkiyet* ve *inançlı mülkiyet* esaslarının) söz konusu olduğu, bu iki seçenek arasından *inançlı mülkiyet* esasının seçildiği, buna göre fona inançlı olarak fon yöneticisinin “malik”⁶⁵³ olduğu, tasarruf sahiplerinin işlemlerinin bir kısmını katılma payı olarak inançlı yöneticinin “mülkiyetine” verdikleri, bu intikalin bir inanç sözleşmesi (fon sözleşmesi, fon iç tüzüğü) ile sağlandığı, yöneticinin sözleşme çerçevesinde katılma payları karşılığında aldığı paraların maliki olduğu, ancak bu paraları sözleşme çerçevesinde kullanmak zorunda olduğu belirtilmiştir⁶⁵⁴. Hemen aşağıda zikredilecek ve halen yürürlükte olan daha yeni tarihli kanun da dahil olmak üzere, sermaye piyasası hukuku mevzuatında “inançlı mülkiyet esası” ile kastedilen, SPK'nın gerekçesinde ifade edilmiş olan bu esastır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK)⁶⁵⁵ md. 52/1 hükmünde de SPK'daki tanıma benzer bir düzenleme getirilmiştir⁶⁵⁶. Hükmün önceki düzenlemeden en önemli farkı, fonu kurma ve yönetme görevinin portföy yönetim şirketlerine (PYŞ'lere) verilmiş olması⁶⁵⁷ ve fon portföyünde yer alabilecek olan sermaye piyasası araçlarının⁶⁵⁸ kapsamının genişlemiş olmasıdır. Bu düzenlemeye

⁶⁵³ *İnançlı mülkiyet* esası ifadesinin yerinde kullanılıp kullanılmadığı konusundaki görüş ve açıklamalarımız için bkz. §10 I B 6 a.

⁶⁵⁴ SPK Genel ve Madde Gerekçesi

⁶⁵⁵ Yayımlandığı R.G. Tarih: 30.12.2012, Sayı: 28513.

⁶⁵⁶ SerPK'ya dayalı olarak çıkarılan, 9 Temmuz 2013 tarihli ve 28702 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği III-52.1 (YFET) madde 3, (t) bendinde de yatırım fonuna ilişkin aynı tanım tekrar edilmiştir.

⁶⁵⁷ Bu husus, SerPK md. 52 gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: “*Madde ile AB'nin UCITS düzenlemelerine (2009/65/EC sayılı direktif) paralel olarak, yatırım fonlarının portföy yönetimi alanında uzman kurumlar tarafından yönetilebilmesi ve böylelikle fon sektörünün daha rekabetçi bir yapıya kavuşması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda, SPK'da fon kurucusuna ilişkin olarak düzenlenen yetki ve sorumluluklar, burada PYŞ için düzenlenmiştir.*”

⁶⁵⁸ SerPK uyarınca fon portföyünde yer alabilecek olan sermaye piyasası araçları hakkında açıklamalar için §10 I B 6 b.

göre yatırım fonlarında, tasarruf sahiplerinin sermayeleri ile oluşturulan malvarlığı fon kurucusu PYŞ tarafından yönetilir ve işletilir⁶⁵⁹.

B. Fonun ‘Tüzelkişiliği Haiz Addolunması’

Fonun, kural olarak, tüzel kişiliği yoktur (SerPK md. 52/1, YFET md. 3/t). Ancak, SerPK md. 52/5 (Değişik:20/2/2020-7222/32 md.) uyarınca; *“fon; tapu ve diğer resmî sicillere tescil, değişiklik, terkin ve düzeltme talepleri dâhil olmak üzere her türlü sicil işlemleri ile ortağı olacağı limited ve anonim şirketlerin kuruluş, sermaye artırımı veya pay devri işlemleri dâhil her tür ticaret sicili işlemleriyle sınırlı olarak tüzel kişiliği haiz addolunur. Yatırım fonu portföyünde bulunan taşınmazlar, taşınmaza dayalı haklar ve taşınmaza dayalı senetler tapu kütüğüne fon adına tescil edilir. Tapuda, ticaret sicilinde ve diğer resmî sicillerde fon adına yapılacak işlemler, portföy yönetim şirketi ile portföy saklama hizmetini yürüten kuruluşu temsil eden birer yetkilinin müşterek imzalarıyla gerçekleştirilir.”*

Fona, söz konusu hüküm ile yalnızca tapu ve başta ticaret sicili olmak üzere diğer resmi sicillerde gerçekleştirilecek olan işlemler ile sınırlı olarak tüzel kişilik tanınmış olması, üzerinde durulması ve tüzel kişilere ilişkin genel prensiplere göre açıklığa kavuşturulması gereken bir husustur.

Gerçekten, tüzel kişi, kendisine başlı başına kişilik tanınmış, belli bir amaca yönelmiş kişi ya da mal topluluğudur⁶⁶⁰. Hukuk düzeni, gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de hukuk süjesi olarak hak ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir. Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı

⁶⁵⁹ Tekinalp, Ü.: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es Yayınları, İstanbul 1982, s. 109.

⁶⁶⁰ Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku C. II (Kişiler Hukuku), Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 8.

olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK md. 48). Tüzel kişilerde *numerus clausus* ilkesi geçerlidir; dolayısıyla, ancak kanunun öngördüğü türde tüzel kişiler kurulabilir. Kişi veya mal topluluklarının nasıl tüzel kişilik kazanacağı, kendileri ile ilgili özel hükümlerde belirlenir (TMK md. 47/1). Örneğin; anonim, limited ve kollektif şirketler ticaret siciline tescil ile (sırasıyla TTK md. 355/1, TTK md. 588/2, TTK md. 232); dernekler, kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine verdikleri anda (TMK md. 59/1); vakıflar, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile (TMK md. 102/f.1); sendikalar ve konfederasyonlar, kurucularının kuruluşun merkezinin bulunacağı ilin valiliğine dilekçelerine ekli olarak kuruluş tüzüğünü vermeleriyle (Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁶⁶¹ md. 7/1) tüzel kişilik kazanır.

Tüzel kişilerin hak ehliyeti tüzel kişilik kazandıkları anda doğar⁶⁶². Fiil ehliyetini ise, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla kazanırlar (TMK md. 49). Yani tüzel kişiler, kanuna ve ana statülerine göre zorunlu organlarını oluşturdukları anda fiil ehliyetini kazanır ve böylece kendi fiilleriyle hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme yeteneğine sahip olurlar. Tüzel kişinin organları (zorunlu/zorunlu olmayan) ise kanunla belirlenir. Özetle, kuruluş aşamasını tamamlamakla hak ehliyetine sahip olan tüzel kişi, zorunlu organlarını oluşturmadığı

⁶⁶¹ Kanun Numarası: 6356, Kabul Tarihi: 18/10/2012, Yayımlandığı R.G.Tarih: 7/11/2012, Sayı: 28460.

⁶⁶² Ticaret şirketlerinin hak ehliyeti bakımından; 6762 sayılı TTK md. 137 hükmünde yer alan ve tüm ticaret şirketleri için geçerli olan “şirket sözleşmesinde yazılı olan konularla sınırlı hak ehliyeti” (*ultra vires* ilkesi), AET’nin 68/151 sayılı şirketlere ilişkin Birinci Yönergesinin ilgili hükmü dikkate alınarak TTK’ya alınmamıştır. Böylece ticaret şirketleri TMK md. 48 hükmü çerçevesinde haklardan yararlanabilecek ve borçları üstlenebileceklerdir (TTK md. 125/2), Pulaşlı (Şerh C.II), s. 91-92; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Ortaklıklar Hukuku), s. 91.

sürece fiil ehliyetine sahip olamayacaktır⁶⁶³. Şu hâlde, tüzel kişinin fiil ehliyetinden (geçici de olsa) yoksun bulunması hukuken olanaksız değildir⁶⁶⁴.

Yatırım fonlarına gelince; kanun koyucu SerPK md. 52/5 ile, yatırım fonuna, ancak söz konusu hükümde öngörülmüş olan amaçlarla sınırlı olarak ve fonun portföye dahil edilecek ilgili malvarlığı unsuruna sahip olabilmesi için, tüzel kişilik tanımıştır. Yatırım fonu, yalnızca (tapu ve diğer resmî sicillere tescil, değişiklik, terkin ve düzeltme talepleri dâhil) her türlü sicil işlemleri ve ayrıca (ortağı olacağı limited ve anonim şirketlerin kuruluş, sermaye artırımı veya pay devri işlemleri dâhil) her tür ticaret sicili işlemleri ile sınırlı olarak, yani salt bu amaçlarla tüzel kişiliği haiz addolunmuştur.

SerPK md. 52/5 hükmünde kanun koyucunun yatırım fonuna (hükmün saydığı amaçlarla sınırlı olarak) tanıdığı bu tüzel kişilik, fiil ehliyetinden (hemen yukarıda açıklanan normal durumdan farklı olarak geçici değil, sürekli olarak) yoksun bulunan bir hak sahipliğidir. Çünkü bu tüzel kişilik için, kanunda, ona fiil ehliyeti kazandıracak organ ya da organlar öngörülmemiştir. Bu bağlamda, “*tapuda, ticaret sicilinde ve diğer resmî sicillerde fon adına yapılacak işlemlerin, portföy yönetim şirketi ile portföy saklama hizmetini yürüten kuruluşu temsil eden birer yetkilinin müşterek imzalarıyla gerçekleştirileceğini*” belirten SerPK md. 52/5 hükmünün PYŞ’ye (ve portföy saklayıcısına) bir organ değil, kanun tarafından öngörülmüş özel nitelikli bir *kanuni temsilci* sıfatı tanıdığını kabul etmek doğru olur. Bu özel nitelikteki *kanuni temsilcilik*, tüzel kişi *sayıldığı* için (çok sınırlı bir alanda) hak

⁶⁶³ Dural/Öğüz, s. 249. Adı geçen yazar, şu eserlere de atıf yapmaktadır: *Riemer*, Juristische Personen, Art. 54/55, Nr.9.; *Weber*, SPR II/4, 149, dn. 8.

⁶⁶⁴ Aksi yönde bkz. Serozan, R.: Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 21. Yazar tüzel kişilerde hak ehliyeti ile fiil ehliyetinin birbirinden ayıramayacağını belirtmektedir.

ehliyetine sahip olduğu halde fiil ehliyetine sahip bulunmayan “fon tüzel kişiliği” hükme bağlanmış özel bir kanuni temsil müessesidir.

Yatırım fonu bir malvarlığıdır ve bu malvarlığına giren unsurların sahibi de PYŞ’dir. SerPK’den anlaşıldığına göre, asıl olan fonun bir hak sahibi kişi (tüzel kişi) değil, hak nesnesi (fonda yer alan malvarlığı unsurlarının her birinin ayrı ayrı hak nesnesi) olması ve bu hakların da PYŞ’ye ait olmasıdır. Hukuk dogmatiği bakımından da olması gereken budur. Gerçekten, bir mal topluluğunun tüzel kişilik kazanması, ancak kanun bunu açıkça öngörmüşse mümkündür ki, Türk ve İsviçre hukuklarında vakıflar için durum budur. SerPK md. 52/5 hükmü sayesinde, bir malvarlığına tüzel kişilik vasfı tanınması keyfiyetine, yatırım fonunun, kanunen (çok sınırlı amaçlar bakımından da olsa) bir tüzel kişi “addedilmesi” örneği de eklenmiş olmaktadır. Hatırlatmak gerekirse, kanun koyucu, SerPK md. 52/5 hükmünde, yatırım fonlarını, salt tapu sicilinde ve diğer resmî sicillerde yapılması gereken sicil işlemleri ve ayrıca (“ortağı olacağı” limited ve anonim şirketlerin kuruluş, sermaye artırımı veya pay devri işlemleri de dâhil) her tür ticaret sicili işlemi ile sınırlı olarak, tüzel kişiliği haiz (tüzel kişi) addetmektedir. Bu hüküm, PYŞ’ye ait fondaki malvarlığı unsurları arasında bir taşınmazın (ya da taşınmazların) da bulunması durumunda, fona o taşınmazın (ya da taşınmazların) *maliki* olma olanağını bahşettiği gibi; ayrıca, yatırım fonlarına, ticaret şirketlerinin “ortağı olma” olanağını da vermektedir. Kanun koyucu, aslında *hak konusu* (bununla kastedilen, ilgili fonun içerdii her bir malvarlığı unsurunun, ayrı bir hakkın objesini teşkil etmesidir) olarak düzenlediği bir malvarlığını (yatırım fonunu), çok sınırlı durumlar bakımından ve istisnaen de olsa,

aynı zamanda, hak sahibi bir varlık olarak da addederek, bir *tüzel kişilik fiksiyonu* yaratmakta, böyle bir tüzel kişiliği *varsaymaktadır*⁶⁶⁵.

Özetle, fonun tüzel kişiliği, hak ehliyeti SerPK'nın getirmiş olduğu fiksiyona dayalı olarak ve yalnız SerPK md. 52/5 hükmünde belirtilen amaç ve işlev ile sınırlı olduğu varsayılan, fiil ehliyeti olmayan atipik bir tüzel kişiliktir. Kanun koyucu bir yandan SerPK md. 53/1 hükmü ile fonun malvarlığının, PYŞ'nin ve portföy saklayıcısının malvarlığından ayrı olmasını düzenlerken, bir yandan da fon malvarlığında yer alan unsurlar hakkında SerPK md. 52/5 hükmünde sayılan işlemlerin gerçekleştirilebilmesi ve yatırım işlemleri için gerekli olan hareket kabiliyetinin (yatırım işlemlerinin gerektirdiği hız ve kolaylıkta) sağlanmasını temin etmek istemiştir. Gerçekten de kanun koyucunun söz konusu düzenleme ile yalnızca sayılan işlemlerle sınırlı olarak fona tüzel kişilik tanınması bu pratik amaca hizmet etmektedir.

C. Fonun Kuruluşu

Yatırım fonunu kurmak için öncelikle kurucu, (yönetim faaliyeti ayrı bir şirket eliyle yürütülecekse) PYŞ ile 'portföy yönetim sözleşmesi' ve saklayıcı ile 'portföy saklama sözleşmesi' imzalar. Ardından, söz konusu saklama sözleşmesini de içeren bir taslak (*şemsiye fon içtüzüğü*) hazırlar ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun (Kurul)

⁶⁶⁵ Fiksiyon (varsayım), aslında mevcut olmayan bir olguyu mevcut sayar; aslında özdeş (eşit) olmayan iki olguyu bile eşitler. Böylece mevcut olan belirli bir olgu için öngörölmüş olan bir kuralın, özdeşliği sanal olarak farzedilen (hayal edilen) başka bir olguya uygulanması sağlanır. "Fiksiyon" tekniği, kanunun kapsamını gereksiz yere genişletmek ve sürekli yinelemelerden kaçınma amacını taşıyan "atıf" tekniğine benzer. Atıf kuralında olduğu gibi, varsayım kuralında da kanun, dolambaçlı yol yerine kestirme yolu seçer ve kuraldan tasarruf eder. Fiksiyona, "gizli, üstü örtülü atıf" gözüyle de bakılır. Örneğin; "A olgusu için öngörölmüş olan hukuki sonuçlar B olgusuna da uygulanır" diyecek (atıfta bulunacak) yerde, kanun koyucu, kestirmeden, "B olgusu A olgusu gibidir" der ve böylece A olgusuna bağlı hukuki sonuçları B olgusu için tek tek yinelemekten kurtulmuş olur, Serozan, R.: Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ekim 2015, s. 24 (Hukukta Yöntem). Varsayımın tersinin iddia ve ispat edilmesi mümkün değildir.

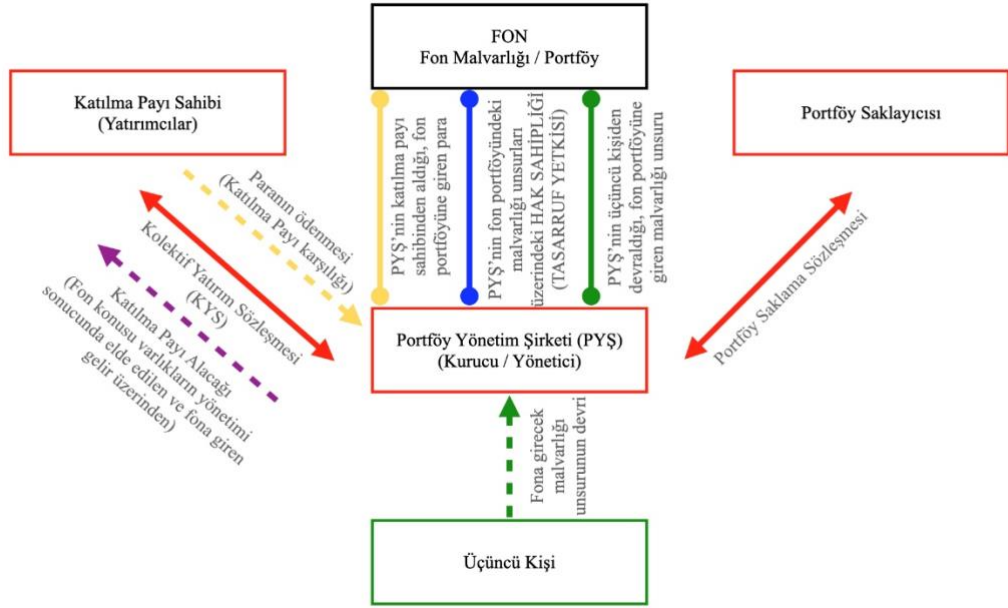
onayına sunar (SerPK md. 52/2 ve YFET md. 10/2). Fon içtüzüğünde yalnızca PYŞ'nin ve Portföy Saklayıcısı'nın imzaları vardır; katılma payı sahiplerinin imzası yer almaz. Fonun kuruluş izni alabilmesi için kurucu ile portföy saklayıcısı arasında yapılan saklama sözleşmesinin kurulacak şemsiye fonu⁶⁶⁶ da kapsamı ve içtüzüğün Kurulca onaylanması gereklidir (SerPK md. 52/2 ve YFET md.10/2). Kuruluş başvuruları, gerekli belgelerin Kurula eksiksiz olarak sunulmasından itibaren iki ay içinde Kurul tarafından karara bağlanır (SerPK md. 52/2 ve YFET md. 4) Kurulca onaylanan içtüzük, Kurul kararının şirket tarafından tebellüğ edildiği tarihi izleyen altı iş günü içinde kurucunun merkezine bulunduğu yerin ticaret siciline tescil ettirilir ve TTSG ile Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP)'ta ilan olunur (YFET md. 5).

D. Taraflar

Yatırım fonu, “Portföy Yönetim Şirketi (PYŞ)”, “Portföy Saklayıcısı” ve “Katılma Payı Sahipleri” olmak üzere üçlü sacayağına dayanır⁶⁶⁷:

⁶⁶⁶ Yatırım fonlarının, ‘şemsiye fon’ şeklinde kurulması zorunludur (YFET md. 10/1).

⁶⁶⁷ Yatırım fonlarında her ne kadar çoğunlukla PYŞ hem kurucu hem yönetici olsa da, bazen kuruculuk ve yöneticilik faaliyeti iki farklı PYŞ bünyesinde ayrılabilir. Bu ihtimallerde her ne kadar dört aktör söz konusu olsa da (hukuki yapının belirlenmesinde ‘yöneticilik’ faaliyeti esas alındığından) üçlü sacayağı esas geçerliliğini korur.



Yatırım fonu kurulduktan sonra, kurucu PYŞ, fona ait katılma paylarını (fon *izahnamesini* KAP'ta yayınlarak) halka arz eder ve ihracı gerçekleştirir. Fona katılmak isteyen yatırımcı, izahnamede belirtilen esaslar çerçevesinde, PYŞ'ye başvurarak belirli miktarda katılma payı alımı için alım talimatı verir. Yatırımcının alım talimatı vermesi (alacağı katılma payına karşılık belirli bir meblağ ödemeyi öngörmesi) ile katılma payı sahibi ile PYŞ arasında kolektif yatırım sözleşmesi kurulmuş olur⁶⁶⁸. PYŞ'nin yatırımcı tarafından verilen talimatı gerçekleştirmesi ile birlikte yatırımcı 'katılma payı sahibi' sıfatını kazanır. PYŞ, fon malvarlığını (yani yatırımcılardan topladığı fon portföyüne giren paraları ve ayrıca bu paralarla üçüncü kişilerden devraldığı yine fon portföyüne giren diğer malvarlığı unsurlarını⁶⁶⁹), katılma payı sahipleri hesabına 'inançlı mülkiyet' esasına göre yönetir.

1. Portföy Yönetim Şirketi

⁶⁶⁸ 'Kolektif Yatırım Sözleşmesi hk. ayrıntılı açıklama için bkz. § 10 I E.

⁶⁶⁹ PYŞ'nin, üçüncü kişilerden satın ve devraldığı (fon portföyüne giren) taşınmazlarla ilgili olarak; üçüncü kişi, sattığı taşınmazın devri için tescilin fon adına yapılmasını talep edecektir.

Yatırım fonlarında, kurucu (ve aynı zamanda çoğunlukla yönetici de olan) PYŞ, ana faaliyet konusu yatırım fonlarının kurulması ve yönetimi olan anonim ortaklıktır (SerPK md. 55/1 ve YFET md. 3/m). PYŞ, fonun katılma payı sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde temsili, yönetimi, yönetiminin denetlenmesi ile faaliyetlerinin içtüzük ve izahname hükümlerine uygun olarak yürütülmesinden sorumludur. PYŞ, fona ait varlıklar üzerinde kendi adına ve fon hesabına mevzuat ve içtüzüğe uygun olarak tasarrufta bulunmaya ve bundan doğan hakları kullanmaya yetkilidir (YFET md. 9/1). PYŞ, faaliyetlerini yürütürken yönetimindeki fonların, katılma payı sahiplerinin çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür (SerPK md. 55/6).

2. Portföy Saklayıcısı

Portföy saklayıcısı, SerPK md. 56 kapsamında yetkilendirilmiş portföy saklama hizmetini yürüten kuruluştur (YFET md. 3/ö). Saklama hizmeti; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun, sermaye piyasası faaliyetleriyle ilişkili olarak kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin hizmetlerdir (SerPK md. 3/s). Portföy saklama hizmetini yürüten portföy saklayıcısı, SerPK md. 56/1 hükmünde portföy saklama hizmetinin kapsamında sayılan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle PYŞ'ye ve KPS'lere verdiği zararlardan sorumludur (SerPK md 56/2).

Yatırım fonunun portföyündeki varlıklar, fon adına açılmış ayrı bir saklama hesabında saklanmak üzere portföy saklama hizmetini yürüten Portföy Saklayıcısı'na teslim edilir (SerPK md. 56/1). Portföy Saklayıcısı ile PYŞ aynı tüzel kişi olamaz, bunlar görevlerini yerine getirirken birbirlerinden bağımsız olmalıdır ve sadece

katılma payı sahiplerinin menfaatleri doğrultusunda hareket etmelidir (SerPK md. 56/6).

Yukarıdaki şemada da görüldüğü üzere, Portföy Saklayıcısı ile katılma payı sahipleri arasında sözleşme ilişkisi yoktur⁶⁷⁰.

3. Katılma Payı Sahibi/Yatırımcı

Katılma payı sahipleri, katılma payı olarak fona katılan yatırımcılardır. Katılma payı ise, “yatırımcının sahip olduğu hakları taşıyan ve fona katılımını gösteren, kayden izlenen sermaye piyasası aracı”dır⁶⁷¹. Katılma paylarının ihracı⁶⁷² için, Kurul’ca belirlenen standartlara uygun olarak izahname⁶⁷³ ve yatırımcı bilgi formu⁶⁷⁴ düzenlenir ve yine Kurul’a başvurulur (YFET md. 11/2). Katılma payları, ancak fon izahnamesi Kurul’ca onaylandıktan sonra ihraç edilebilir (YFET md. 11/3). Katılma payları, yatırımcı bilgi formunun KAP’ta yayımını takiben, bu formdaki esaslar çerçevesinde ve formda belirtilen satış başlangıç tarihinden itibaren yatırımcılara sunulur (YFET md. 11/7). Katılma payı alımı, birim pay değerinin PYS’ye tam olarak nakden ödenmesi ile gerçekleşir (YFET md. 15/1).

⁶⁷⁰ Yıldız Destanoğlu, B.: Yatırım Fonu Katılma Belgeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004, s. 131.

⁶⁷¹ Sermaye Piyasası Kurulu katılma paylarını şu şekilde açıklamaktadır: “Katılma payı, yatırımcının fon portföyüne kaç adet payla ortak olduğunu gösterir. Yatırım fonlarındaki katılma paylarını, şirketlerin ortaklık paylarına benzetebiliriz. Nasıl yatırımcılar, ortaklık payı olarak şirketlere ortak olurlar ve o şirketler üzerinde hak sahibi olurlar ise, benzer şekilde yatırım fonlarında da katılma payı ile fon portföyüne ortak olunur. Ancak, ortaklık payı sahipleri şirket yönetimine katılabilirken, katılma payı sahiplerinin fon yönetimine katılma hakları yoktur”, bkz. <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/253>, erişim tarihi: 17.10.2017.

⁶⁷² Katılma paylarının halka arz edilmesi veya belirli kişi ve/veya kuruluşlara tahsisli ya da nitelikli yatırımcılara satılması zorunludur (YFET md. 11/1).

⁶⁷³ Fon izahnamesi; fonun özelliklerine ve buna bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesidir (YFET md. 3/f).

⁶⁷⁴ Yatırımcı bilgi formu, yatırımcıların fonun yapısını, yatırım stratejisini ve risklerini makul ölçüde anlayabilmeleri ve bilgiye dayalı olarak yatırım kararları alabilmeleri amacıyla hazırlanır (YFET md. 12/1).

Katılma paylarının itibari değeri yoktur (YFET md. 14/1). Katılma paylarının alım satımına esas teşkil eden fon birim pay değeri, fon toplam değerinin katılma paylarının sayısına bölünmesiyle elde edilir (YFET md. 14/2). Bu değer, fon portföyüne dahil olan unsurların ve getirilerinin değeri ile bağlantılı olarak değişmektedir. Dolayısıyla, fon portföyünün değerindeki her artış (veya eksilme), katılma payının değerinin de artmasına (veya eksilmesine) yol açar⁶⁷⁵. Katılma payı, sahiplerine, fon portföyüne dahil olan değerler üzerinde bir mülkiyet hakkı (ya da başka bir mutlak hak) tanımaz⁶⁷⁶; yalnızca PYŞ karşısında bir alacak hakkı verir. Katılma payı, fon portföyünü oluşturan malvarlığının belirli bir oranını temsil eder.

E. Kolektif Yatırım Sözleşmesi⁶⁷⁷

1. Tanımı ve Kurulması

Sermaye piyasası mevzuatında kolektif yatırım sözleşmesinin tanımına ve içtüzük ile ilişkisine yer verilmemiştir; ancak YFET md. 8/3 “*şemsiye fona bağlı her bir fonun katılma payları, şemsiye fon içtüzüğüne dayalı olarak ihraç edilir*” demek suretiyle, içtüzük şartlarının, kolektif yatırım sözleşmesinin bir parçası haline geleceğini vurgulamaktadır. Bir yatırım fonunun katılma payı ihracının gerçekleştirilmesi için, Kurulca belirlenen standartlara uygun olarak *izahname* ve *yatırımcı bilgi formu* düzenlenmesi ve Kurul’un onayının alınması gerekir (YFET md. 11/2 ve 11/3). İzahname ve yatırımcı bilgi formunun KAP’ta yayımını takiben, katılma payları, bu

⁶⁷⁵ Nomer, N. F.: “Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sahibi ile Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibinin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s. 618 (Yatırım Fonları).

⁶⁷⁶ Fon malvarlığı üzerinde katılma payı sahiplerinin müşterek mülkiyetinin bulunacağını kabul eden sistemlerin aksine, Türk hukukunda kabul edilen sistemde (fon portföyünün inançlı mülkiyet esasları çerçevesinde PYŞ’ye ait olduğu inançlı mülkiyet sistemi), katılma payları, fon portföyü üzerindeki mülkiyet hakkını temsil etmez, bkz. Yıldız Destanoğlu, s. 136.

⁶⁷⁷ Kolektif yatırım sözleşmesi doktrinde, “yatırım fonu sözleşmesi”, “müşterek yatırım sözleşmesi” vb. isimlerle de anılmaktadır, bkz. Yasaman, H.: “İsviçre ve Fransız Hukuklarında Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulama İmkanları”, İstanbul 1980, s. 68, 194; Şener, s. 103.

formdaki esaslar çerçevesinde ve formda belirtilen satış başlangıç tarihinden itibaren, formda belirtilen dağıtım kanalları aracılığıyla yatırımcılara sunulur (YFET md. 11/7).

Yatırım fonlarında, katılma payının ihracı için *fon izahnamesi* aracılığı ile PYŞ'nin yaptığı (genele yöneltilen) halka çağrı, TBK md. 8/II uyarınca icap sayılmalıdır⁶⁷⁸. (Eski) BK md. 7/2'ye göre; “*tarife ve cari fiyat irsali, icap teşkil etmez*” idi ve öneriye davet olarak düzenlenmişti⁶⁷⁹. (Yeni) TBK md. 8/2 hükmü bunu değiştirmiş ve “*fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*” hükmünü getirmiştir. PYŞ tarafından halka arz edilen izahname, katılma payını alacak olan yatırımcının, ilgili fona ait esaslı bilgileri (fonun değeri, fonun süresi, katılma payının alım ve satım esasları vb.) içerir. Bir başka ifadeyle, *izahname*, yatırımcının fon katılma payını alım talimatı vermesi anında taraflar arasında kolektif yatırım sözleşmesinin kurulmasına imkân veren (sözleşmenin kurulması için gerekli tüm esaslı unsurları içeren) bir öneri niteliğini haizdir. Neticede, PYŞ'nin fon izahnamesini halka arz etmesi, katılma payı sahiplerine (kabul ile) kolektif yatırım sözleşmesini kurmak imkân ve yetkisini verir ve öneriyi yapan PYŞ buna engel

⁶⁷⁸ Aynı görüşte bkz. Yasaman, s. 70-71. PYŞ'nin yayınladığı *izahname* ile yatırımcılara katılma payı almaları için çağrıda bulunmasının kolektif yatırım sözleşmesinin kurulması için bir icaba davet olduğu; yatırımcıların icap niteliğindeki satın alma iradelerinin (alım talimatının) PYŞ tarafından kabulü ile birlikte kolektif yatırım sözleşmesinin kurulduğu görüşünde olan yazarlar için bkz. Yıldız Destanoğlu, s. 115; Yıldırım, s. 37. Yatırımcıların, fona katılma arzularını kapsayan beyanlarının, fon organlarına yapılmış birer icap olduğunu, organların ise bunu kabul veya reddetmekte serbest olduklarını (fon kurucusunun, icabı kabul eden herkese katılma payı vermek zorunda olmaması gerektiğini) savunan Gürsoy, ayrıca, halka çağrının, sözleşmenin tüm unsurlarını ihtiva etmediğini, zira ne satış bedeli ne de senetlerin miktarının bu aşamada belli olduğunu belirtmektedir, bkz. Gürsoy, s. 44-45. Ancak yazar, söz konusu açıklamaları ‘fon tüzüğü’ için yapmaktadır. Dolayısıyla, tüzük ile kolektif yatırım sözleşmesi arasındaki ayrım göz ardı edilmektedir. *Nomer* ise, kolektif yatırım sözleşmesini şu şekilde ifade etmiştir: “*bir yatırımcının kurucuya belli bir meblağ ödeyerek fona katılması veya bir başkasından katılma belgesi iktisap etmesiyle, dolayısıyla yatırımcının katılma belgesi sahibi sıfatını kazanmasıyla, kurucu ile yatırımcı arasında sözleşme kurulmuş olur*”, bkz. *Nomer* (Yatırım Fonları), s. 595-622, s. 600.

⁶⁷⁹ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel) İstanbul 2011, s. 55.

olamaz, yani PYŞ bu önerisiyle bağlıdır. Bu bağlılığın iki yönü vardır: 1- PYŞ, önerisi ile bağlı olduğu için, katılma payı sahibi kabul ile (alım talimatı vererek) sözleşmeyi kurabilir, 2- PYŞ, önerisinden dönerek katılma payı sahibinin sözleşmeyi kurmasına engel olamaz.

Katılma payını almak isteyen yatırımcı, PYŞ'ye alım talimatını (kolektif yatırım sözleşmesi kurmayı kabul beyanını) yöneltmelidir. Alım talimatına ilişkin olarak özel bir şekil şartı öngörülmemiştir⁶⁸⁰. İzahnamede belirtilen esaslar çerçevesinde talimat verilmesi yeterlidir. Özetle, kolektif yatırım sözleşmesinde icap PYŞ tarafından yapılır; yatırımcıların, ilgili fona ait katılma paylarını alım talimatı vermeleri, yani PYŞ'nin icabını kabul etmeleri ile yatırımcılar ile PYŞ arasında kolektif yatırım sözleşmesi kurulmuş olur. Yani sözleşmenin kurulması için fon kurucusu ile katılma payı sahiplerinin iradelerinin uyuşması yeterlidir. Kolektif yatırım sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması ise, PYŞ'nin, katılma payı sahibinin *alım talimatını gerçekleştirmesi geciktirici koşulu*na bağlıdır. Söz konusu geciktirici koşul, kolektif yatırım sözleşmesinin kurulması için gerekli olan bir kurucu olgu değildir; bu şart, *izahnamenin getirdiği düzenlemeler nedeniyle*, sözleşmenin istenen hukuki sonuçları doğurması için varlığı zorunlu olan bir *tamamlayıcı olgu*⁶⁸¹ özelliğine sahiptir.

⁶⁸⁰ Yıldız Destanoğlu, s. 160.

⁶⁸¹ Sirmen, A. L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992, s. 15.

2. Konusu ve Hukuki Niteliği

Kolektif yatırım sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen⁶⁸², sürekli borç ilişkisi doğuran⁶⁸³, isimsiz⁶⁸⁴ ve genel işlem koşullarını içeren iltihaki bir sözleşmedir.

Kolektif yatırım sözleşmesi şekle bağlı değildir⁶⁸⁵. Fon kurucusu, her bir katılma payı sahibi ile münferit kolektif yatırım sözleşmesi yapar. Sözleşmenin “kolektif” olarak isimlendirilmesinin sebebi, ayrı ayrı da olsa fon kurucusunun birden fazla yatırımcı ile sözleşme yapması ve her bir yatırımcıdan topladığı paraları ayrı ayrı işletmek yerine, tek bir havuzda toplayarak işletmesidir⁶⁸⁶.

Sözleşmenin konusu, katılma payı sahiplerinden toplanan bedellerle bir fon portföyü oluşturmak ve bu portföyü riskin dağıtılması ilkesine göre işleterek kâr elde etmek, elde edilen kârı da yatırımcılara kâr payı olarak ödemektir⁶⁸⁷. Yatırımcıların PYŞ’den beklentileri, koydukları sermaye ile PYŞ’nin onlar için yatırım yapması ve oluşturduğu portföyü yatırımcıların menfaatine koruması, gözetmesi ve yönetmesidir. Kurucu ile katılma payı sahipleri arasındaki ilişkilere, SerPKda, ilgili mevzuatta ve fon içtüzüğünde hüküm bulunmayan hâllerde, TBK md. 502 ilâ 514 üncü maddeleri hükümleri *kıyasen* uygulanır (SerPK md. 52/4 ve YFET md. 9/3).

Doktrinde, fon kurucusu PYŞ ile yatırımcılar arasındaki inanç anlaşmasının, *kolektif yatırım sözleşmesi* mi yoksa *fon içtüzüğü mü* olduğu konusu tartışmalıdır. Kurucu ile yatırımcılar arasındaki inanç anlaşmasının fon içtüzüğü olduğunu savunan görüş⁶⁸⁸,

⁶⁸² Yıldız Destanoğlu, s. 135.

⁶⁸³ Nomer (Yatırım Ortaklıkları), s. 23.; Şener, s. 104.

⁶⁸⁴ Yıldız Destanoğlu, s. 123.

⁶⁸⁵ Şener, s. 108.

⁶⁸⁶ Tekinalp (Sermaye Piyasası Hukuku), s. 109; Yasaman, s. 76; Nomer (Yatırım Fonları), s. 603.

⁶⁸⁷ Yıldırım, s. 36.

⁶⁸⁸ Okat, s. 75; Karşlı, M.: Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler, İstanbul 1989, s. 119; Çıtak, S./Akbulak, Y.: “İnançlı Mülkiyet İlkesi ve Menkul Kıymetler Yatırım Fonları Açısından İncelenmesi”, Araştırma Raporu, Ankara 1990, s. 6

buna gerekçe olarak, eski Kanun'un ilgili maddesinin gerekçesinde yatırım fonlarında inanç anlaşmasının fon içtüzüğüne karşılık geldiğinin belirtildiğini, yatırımcıların paralarının intikalinin içtüzük ile sağlandığını ve bunların ancak içtüzük hükümlerine uygun olarak kullanılabileceğinin düzenlendiğini söylemektedir⁶⁸⁹. Öncelikle, kanımca fon içtüzüğü 'sözleşme' niteliğini haiz olmadığından bu görüşe katılmam da mümkün değildir. Fikrimce, doktrindeki baskın görüş gibi⁶⁹⁰, aşağıda gerekçeleri açıklanacağı üzere⁶⁹¹, yatırım fonlarında PYŞ (inanılan) ile katılma payı sahibi yatırımcılar (inanan) arasındaki inanç anlaşmasını, kolektif yatırım sözleşmesi oluşturmaktadır.

3. Şemsiye Fon İçtüzüğü ve Aralarındaki Hukuki İlişki

Yatırım fonlarının, 'şemsiye fon' şeklinde kurulması zorunludur (YFET md. 10/1). Şemsiye fon, katılma payları tek bir içtüzük kapsamında ihraç edilen tüm fonları kapsayan yatırım fonudur (YFET md. 4/1)⁶⁹². Şemsiye fon, YFET md. 4/2 a ile j bentlerinde sayılan varlık ve araçlardan oluşan portföy veya portföyleri işletmek amacıyla kurulur.

Şemsiye fon içtüzüğü, "... *katılma payı sahipleri ile kurucu, portföy saklayıcısı ve varsa yönetici arasında fon portföyünün **inançlı mülkiyet** esaslarına göre işletilmesini, Kanunun 56 ncı maddesi kapsamında saklanması, vekâlet akdi hükümlerine göre yönetimini ve garantili fonlarda garantiye ilişkin esasları konu*

⁶⁸⁹ Okat, s. 73 vd.

⁶⁹⁰ Ertuş, V./Tuncel, K./Teker, B.: Yatırım Fonları Türkiye Uygulaması, Ankara 1997, s. 11; Tuncer, S.: "Türkiye'de Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları", İstanbul 1982, s. 51; Nomer (Yatırım Fonları), s. 614; Kılıç, s. 18; Çevik, s. 70.

⁶⁹¹ Aşağıda bkz. § 10 I E ve § 10 I F 3.

⁶⁹² Şemsiye fon türleri; "borçlanma araçları şemsiye fonu", "hisse senedi şemsiye fonu", "kıymetli madenler şemsiye fonu", "fon sepeti şemsiye fonu", "para piyasası şemsiye fonu", "katılım şemsiye fonu", "değişken şemsiye fon", "serbest şemsiye fon", "garantili şemsiye fon" ve "koruma amaçlı şemsiye fon" olarak sayılmıştır (YFET md. 6)

alan genel işlem şartlarını içeren iltihaki bir sözleşme..” olarak tanımlanmıştır (YFET md. 8). Doktrinde ise fon içtüzüğü; kurucu tarafından hazırlanan, yatırım fonunun hukuki temelini teşkil eden, fona ve katılma paylarına ilişkin esasları içeren genel işlem koşulları şeklinde ifade edilmiştir⁶⁹³.

İçtüzüğün temel amacı, katılma payı satın alarak fona katılmak isteyen tasarruf sahiplerinin, tasarruflarını hangi esaslar çerçevesinde yatırıma konu edeceğine ilişkin bilgi vermektir⁶⁹⁴. YFET md. 8 hükmünde yer alan tanımda her ne kadar fon içtüzüğünün genel işlem koşullarını içeren iltihaki bir “sözleşme” olduğu belirtilmişse de bu tanım yanıltıcıdır. Fon içtüzüğünün içerdiği kayıtlar ancak yatırımcı ile Kurucu PYŞ arasında kolektif yatırım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte bu sözleşmenin içeriğine dahil olacak olan kayıtlardır.

Özetle, fon içtüzüğü başlıbaşına bir sözleşme niteliğinde olmayıp, katılma payı sahipleri ile kurucu, portföy saklayıcısı ve varsa yönetici arasında fon portföyünün inancılı mülkiyet esaslarına göre işletilmesini, SerPK md. 56 kapsamında saklanmasını, vekâlet akdi hükümlerine göre yönetimini ve garantili fonlarda garantiye ilişkin esasları konu alan TBK md 20 vd. hükümlerindeki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıcı hükümlerine tabi genel işlem koşulları (YFET md. 8) vasfıyla, kolektif yatırım sözleşmesinin içeriğine dahil edilmek üzere hazırlanmış bir metindir. Kolektif yatırım sözleşmesi kurulunca, bu metin de onun bir parçası haline gelir.

Şemsiye fon içtüzüğünün YFET’teki tanımı, kanımca, kolektif yatırım sözleşmesi düşünüldükçe kaleme alınmış olup iki kavramın bağımsızlığını gözden kaçırabilecek

⁶⁹³ Yıldız Destanoğlu, s. 127-128.

⁶⁹⁴ A.g.e., s. 127.

ve hukuki nitelikleri itibariyle karışıklığa sebep olabilecek yapıdadır⁶⁹⁵. Anılan maddenin lafzından, yatırımcı ile kurucu/yönetici (PYŞ) ve portföy saklayıcısının da şemsiye fon içtüzüğünün tarafı olduğu şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır; ancak YFET'in ilgili hükmü amacına göre yorumlandığında, hükümde ifade edilmek istenen, genel işlem koşulu niteliği taşıyan içtüzükteki şartların, kolektif yatırım sözleşmesinin yanısıra hem portföy yönetim sözleşmesine hem de saklama sözleşmesine dahil edilecek olmasıdır⁶⁹⁶. Yatırım fonunun kurulma aşamasında öncelikle PYŞ'nin portföy saklayıcısı ile anlaşarak aralarında bir saklama sözleşmesi yaptığını, daha sonra bu saklama sözleşmesinin içeriğini ve temel noktalarını kapsayacak şekilde fon içtüzüğünü hazırladığını, diğer gerekli belgelerle birlikte Kurul'un onayına sunduğunu ve Kurul'un onayının ardından, (eğer portföyün yönetimi ayrı bir şirket tarafından yürütülecekse) bir PYŞ ile anlaşarak portföy yönetim sözleşmesi imzaladığını yukarıda zikretmiştik. Ancak bu aşamalardan sonra katılma paylarının alım-satımı için tasarruf sahipleriyle *kolektif yatırım sözleşmesi* imzalanır. Kanımca, katılma payı sahibi yatırımcıların, içtüzük metnini de içeren *fon izahnamesi*'ndeki koşulları kabul etmeleri (izahnamedeki esaslar çerçevesinde katılma payı alım talimatı vermeleri) ile kolektif yatırım sözleşmesi kurulmuş olur ve içtüzük, kolektif yatırım sözleşmesinin parçası haline gelerek genel işlem koşulu niteliğini kazanır.

Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK md. 20). Sözleşme taraflarından biri, sözleşme

⁶⁹⁵ Aynı görüşte bkz. Yıldırım, s. 84. Doktrinde her iki kavramın aynı nitelikte olduğu görüşünde olan yazarlar için bkz. Okat, s. 75 vd.; Sumer, s. 128.

⁶⁹⁶ Gemici, İ. A.: Portföy Yönetim Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Ankara 2005, s. 103.

kurulmadan önce, bu koşulları, tek taraflı olarak kendi lehine olacak şekilde belirler ve sözleşme aşamasında diğer tarafa sunar⁶⁹⁷. Genel işlem koşulları ancak her iki tarafın da bunların sözleşme içeriği olması konusunda birbirine uygun irade beyanları ile geçerlilik kazanır⁶⁹⁸. Bir sözleşmenin içeriğini düzenlemek üzere sözleşmenin kurulmasından önce taraflardan yalnız biri tarafından⁶⁹⁹, daha sonra farklı kişilerle imzalanacak olan aynı türden çok sayıda sözleşme için⁷⁰⁰ önceden hazırlanan genel işlem koşulları⁷⁰¹ genel ve soyut niteliktedir⁷⁰².

Şemsiye fon kurulurken, içtüzüğün Kurul’ca onaylanması, içtüzük hükümlerinin genel işlem koşulu niteliğini ve böylece TBK’nın genel işlem koşullarına ilişkin sözleşme özgürlüğünü sınırlandırıcı hükümlerine tabi olması sonucunu ortadan

⁶⁹⁷ Kocayusufoğlu, s. 226.

⁶⁹⁸ Tekinalp, Ü.: “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”, Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara 1986, s. 135.

⁶⁹⁹ Atamer, Y. 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 Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, 2012, C. 8, s. 9-73, s. 61.

⁷⁰⁰ Buna karşın “*Immer noch „allgemeine“ Geschäftsbedingungen? Kritische Gedanken zum Vielzahlkriterium nach § 305 Abs. 1 BGB*” isimli makalesinde, Alman Hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin BGB § 305 hükmünün ilk fıkrasında yer alan tanımdaki “çok sayıda sözleşme” ibaresi hakkındaki eleştirel görüşlerini dile getiren Buz, taraflar arasındaki sözleşmenin içerik denetimine tabi olması için, bu sözleşmenin “ileride yapılacak çok sayıda sözleşme için hazırlanmış olma” kriterini (*Vielzahlkriterium*) de ayrıca aramanın isabetli olmadığını belirtmektedir. Yazar, tek tarafca önceden (karşı tarafla müzakere edilmeden) hazırlanmış (*Verträgen vorformuliert*) (ve fakat ileride çok sayıda sözleşme için hazırlanmış olmayan) bireysel sözleşmelerin içerik denetiminin kapsamı dışında olmasının hiçbir haklı nedeni olmadığını; zira, sözleşmenin karşı tarafının “çok sayıda sözleşme için öngörülme” kriteri sebebiyle değil ve fakat sözleşme şartlarını müzakere edememe sebebiyle dezavantajlı konumda olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, “çok sayıda sözleşme” kriteri, olsa olsa, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme içeriğine etki edemediğine ve sözleşme şartlarını müzakere edemediğe işaret eder, bu durumu içinde barındırır; ancak bu kesinlikle, bireysel sözleşmede söz konusu riskin olmadığı anlamına gelmez (s.18-19). Kaldı ki, içerik kontrolü için “çok sayıda sözleşme” kriterini aramanın, pratik faydası da yoktur; çünkü uygulamada, yalnızca bir sefer için önceden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşmelere seyrek rastlanmaktadır ve buna rağmen (içerik kontrolü “çok sayıda sözleşme” kriterinin varlığına bağlı olduğu sürece) hâkim bu kriterin sağlanıp sağlanmadığını her somut olayda incelemek zorunda kalacaktır. Bu durum ise hâkim için gereksiz zaman kaybı ve gider yaratacaktır. Görünen o ki, artık, AGB teriminin, “ileride yapılacak çok sayıda sözleşme için hazırlanmış olma” kriterini içermeyen yeni bir terim ile değiştirilmesinin zamanı gelmiştir (s. 28). Bu açıklamalar için bkz. Buz, V.: “*Immer noch ‘allgemeine’ Geschäftsbedingungen? Kritische Gedanken zum Vielzahlkriterium nach § 305 Abs. 1 BGB*”, Archiv für die civilistische Praxis, 2019, C.219, S 1-153, s. 1-28.

⁷⁰¹ Kılıçoğlu, s. 165-166.

⁷⁰² Havutçu, s. 85.

kaldırmaz⁷⁰³. Kurul'un idari işlem niteliğindeki onayından geçen bir fon içtüzüğünde TBK md. 25'e aykırı bir hüküm mevcutsa, Kurul'un bu kararına karşı idari yargıda iptal yoluna gidilmese dahi, bu hükme TBK md. 20 vd. maddeleri uygulanabilmelidir. Nitekim Kurul'un onaya ilişkin değerlendirmesi, yukarıda ilgili mevzuatta belirtilen bilgi ve belgelerin eksik olup olmadığına ve fon içtüzüğünün ilgili Kanun ve Tebliğ'de belirtilen asgari şartları taşıyıp taşımadığına yönelik bir incelemedir. Kaldı ki, Kurul'a özel olarak içtüzükte yer alan bir hükmün genel işlem koşulu niteliğini haiz olup olmadığını inceleme ve bu anlamda bir içerik denetimi yapma yetkisi veren bir kanun hükmü bulunmamaktadır. TTK'da sigorta sözleşmelerinde genel şartlar bakımından bu tür bir denetim öngörülmüş olmakla birlikte bu şartların her zaman ayrıca hâkim denetiminden geçmesinin mümkün olması da bu kanaati destekler⁷⁰⁴.

Benzer şekilde, bir idari otoritenin, herhangi bir sözleşme için, uygulamakla yetkili ve görevli olduğu ilgili mevzuata uygun olduğuna dair vermiş olduğu onay, bu sözleşmenin genel anlamda hukuka uygun olduğu ve dolayısıyla herhangi bir mevzuata aykırılık teşkil etmediği şeklinde yorumlanamaz. Bu durum, örneğin, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nu uygulamakla görevli Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından onaylanan sözleşmelerin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırılığının tartışılıp tartışılmayacağını inceleyen Danıştay kararlarında da açıkça ortaya konulmuştur. Zira Danıştay, BTK tarafından verilen onayın, onaylanan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'a uygun olduğu anlamına

⁷⁰³ Atamer, s. 63.

⁷⁰⁴ A.g.e., s. 63.

gelmediğini ifade etmiş ve bu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun hükümlerinden bağışık tutulamayacağına hükmetmiştir⁷⁰⁵.

Fon içtüzüğünün içeriği kolektif yatırım sözleşmesinden daha geniştir. Kolektif yatırım sözleşmesine dahil olan her husus İktüzükte yer alırken, İktüzükte düzenlenen tüm hususlar kolektif yatırım sözleşmesinin içeriğinde bulunmamaktadır⁷⁰⁶. Kolektif yatırım sözleşmesinin, genel işlem koşullarını içeren iltihaki bir sözleşme olduğunu yukarıda belirttik. İltihaki sözleşmenin varlığı için, sosyal ve ekonomik açıdan güçlü olan tarafın diğer tarafa tartışmasız empoze ettiği bir sözleşme olması, bir tarafın güçlü tarafça önceden hazırlanmış genel işlem koşullarını tartışmasız kabul edip ona katılması yeterlidir. İltihaki sözleşmeden bahsedilebilmesi için mutlaka sözleşmenin bütün hükümlerinin önceden tek taraflı olarak tespit edilmiş olması gerekmez; sözleşmede yalnız belirli hükümlerin bu şekilde olması yeterlidir⁷⁰⁷. Ancak doktrindeki başka bir görüşe göre, iltihaki sözleşmeden bahsedebilmek için sözleşmenin bütün hükümlerinin önceden tek taraflı olarak tespit edilmiş olması gerekir⁷⁰⁸. Buna göre, bazı hükümleri taraflarca özel olarak düzenlenmiş, kalan

⁷⁰⁵ “Bütün bu hususların birlikte değerlendirilmesinden, erişim ve arabağlantı referans tekliflerinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından onaylandığı/belirlendiği, surette ilgili Kurumun anlaşma koşullarının belirlenmesi, onaylanması ve denetlenmesi noktalarında yetkisi bulunduğu açık olmakla birlikte, telekomünikasyon sektöründe gerçekleşebilecek rekabet ihlalleri konusunda, genel yetkili olan Rekabet Kurulu’nun, düzenleyici otorite kararları uyarınca hareket etmiş olduğu saptanmış olsa dahi anti-rekabetçi davranışlar sergileyen teşebbüslerin davranışlarını tespit ve yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu ve bu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun uygulamasından bağışık tutulmasının, sektörde gerçekleştirilebilecek rekabet ihlallerinin yaptırımsız kalması sonucunu doğurabileceğinden, şikayete konu iddialarına ilişkin davranışların varlığı ve bu davranışların rekabet ihlali niteliğinde olduğunun saptanması veya bu duruma yönelik somut delillere ulaşılması halinde, konu hakkında soruşturma zamanaşımı süresi içerisinde, Rekabet Kurulu’nca soruşturma açılması ve ihlalin kesin olarak tespiti halinde yaptırım uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır”, bkz. Danıştay 13. Daire 2010/4805 E., 2014/832 K.

⁷⁰⁶ Nomer (Yatırım Fonları), s. 609.

⁷⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 229. Ayrıca, Yargıtay’ın bazı kararlarında yer verdiği “iltihaki sözleşmeler bir kamu hizmeti ifa edip, hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve tüketicinin bağlanması gereken standart hükümleri içeren ve tüketicilerin olduğu gibi bağlanmak zorunda kaldığı sözleşmelerdir” (Yargıtay 13. HD., 18.03.1996 T., E. 1734, K. 2495.) şeklindeki tanımının yerinde olmadığı, bu tanımdaki sözleşme tipinin iltihaki sözleşmelerin yalnızca bir türünü oluşturduğu, iltihaki sözleşme kavramının çok daha geniş olduğu görüşündeyiz.

⁷⁰⁸ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel, C. I), s. 27.

hükümlerinde ise genel işlem koşullarına yollama yapılmış olan sözleşmeler için ‘iltihaki’ terimi kullanılmamalıdır⁷⁰⁹. Doktrinde tartışmalı olan bu tanım, kolektif yatırım sözleşmesi bakımından pratik bir fark ve etki yaratmaz. Zira, ister ‘iltihaki sözleşmenin varlığı için mutlaka sözleşmenin bütün hükümlerinin önceden tek taraflı olarak tespit edilmiş olmasını’ arayan görüş, ister aksi yöndeki görüş kabul edilsin, kolektif yatırım sözleşmesi, kanımca, her iki tanım uyarınca da “iltihaki sözleşme” olarak nitelendirilebilir.

4. Katılma Payı Sahiplerinin KYS’den Doğan Hakları ve Borcu

a. Geri Satım Hakkı

Yatırım fonlarında katılma payı sahipleri, katılma paylarını diledikleri zaman PYŞ’ye geri satabilirler. Kolektif yatırım sözleşmesinde, katılma payı sahiplerinin en önemli hakkı, geri satım (katılma paylarını fona iade) hakkıdır⁷¹⁰. (Bozucu) yenilik doğurucu hak niteliğindeki geri satım hakkı, PYŞ’ye varması gerekli, tek taraflı irade beyanıyla (geri satım talimatıyla) kullanılır. Katılma payı satımı, yatırımcıların paylarının bilgilendirme dokümanlarında belirlenen esaslara göre fona iade edilerek paraya çevrilmesi şartıyla gerçekleştirilir (YFET md.15/1). PYŞ’nin iade yükümlülüğü, katılma payı sahibinin fon malvarlığı üzerindeki payının gerçek karşılığının yatırımcıya nakit olarak ödenmesi şeklinde yapılır. Geri satım hakkı için ilgili mevzuatta herhangi bir özel şekil şartı öngörülmemiştir; yatırımcılar (kural olarak) izahnamede belirtilen alım-satım esaslara uygun şekilde geri satım talimatını verebilirler⁷¹¹.

⁷⁰⁹ A.g.e., s. 27.

⁷¹⁰ Yıldız Destanoğlu, s. 137.

⁷¹¹ A.g.e., s. 139.

Katılma payı sahibinin talebi üzerine PYŞ, katılma payını yatırımcıdan geri almak zorundadır. Yatırımcının bu hakkını kullanması, PYŞ ile aralarındaki kolektif yatırım sözleşmesini feshetmesi anlamına gelir. Söz konusu hak, yatırımcıların kolektif yatırım sözleşmesinde PYŞ karşısındaki zayıf hukuki konumunu dengeler⁷¹². Zira kolektif yatırım sözleşmesi iltihaki sözleşmedir⁷¹³ ve yatırımcılar, sözleşme şartlarını belirleme veya şartlar üzerinde pazarlık yapma hakkına sahip değillerdir⁷¹⁴. Ayrıca yatırımcılar, kolektif yatırım sözleşmesini imzaladıktan sonra da PYŞ'ye talimat veremez ve portföyün yönetilmesine müdahalede bulunamazlar⁷¹⁵. Bu nedenle yatırımcılara, katılma paylarını her zaman fona geri satıp, kolektif yatırım sözleşmesini feshedebilme hakkı tanınmıştır. Bu hak aynı zamanda PYŞ'nin fon malvarlığı üzerindeki inançlı hak sahipliğinin de bir sonucudur⁷¹⁶. Zira inançlı işlemlerde inanılan, inanç konusunu inanç anlaşmasında belirlenen amaca uygun kullanmayı ve gerektiğinde inanana devretmeyi de üstlenmektedir.

Geri satım hakkı, fesih hakkının özel bir görünümü olup; mevcut bir hukuki durumun ortadan kaldırılması sonucunu doğuran, bozucu yenilik doğurucu haktır⁷¹⁷. Söz konusu hakkın kullanılması, geri satılan katılma payına ilişkin olarak kolektif yatırım sözleşmesinin feshedilmesine ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesine yol açar⁷¹⁸.

⁷¹² Nomer (Yatırım Fonları), s. 617; Tekinalp (Sermaye Piyasası Hukuku), s. 132.

⁷¹³ Bkz. § 10 I E 2 ve § 10 I E 3.

⁷¹⁴ Yıldız Destanoğlu, s. 138.

⁷¹⁵ A.g.e., s. 138.

⁷¹⁶ Nomer (Yatırım Fonları), s. 600.

⁷¹⁷ Yıldız Destanoğlu, s. 142; Yıldırım, s. 98; Yasaman, s. 112. *Yasaman*, yatırımcıların katılma paylarını geri satmalarının kolektif yatırım sözleşmesini sona erdirmesi sebebiyle, geri satım hakkının süresiz bir fesih hakkı olarak da nitelendirildiğini belirtmektedir.

⁷¹⁸ Yıldız Destanoğlu, s. 142.

b. Kâr Payı ve Tasfiye Payı Alma Hakkı

Katılma payı alacağı, fon konusu malvarlığı unsurlarının yönetimi sonucunda elde edilen ve Fon’a giren gelir üzerindeki payı ve fon portföyünde yer alan sermaye piyasası araçları üzerindeki hakkı ifade eder ve kâr payı alma hakkı ile tasfiye payı alma haklarını kapsar (YFET md. 14/8). Fon portföyünün değerinde gerçekleşen artışlar (kâr), katılma paylarının günlük fiyatlarına yansır ve katılma paylarında günlük artış gerçekleşir.⁷¹⁹ Dolayısıyla yatırımcılar katılma paylarını geri sattıkları zaman tahsil ettikleri satım bedeli ile fona katılırken katılma payı almak için ödedikleri alım bedeli arasındaki olumlu fark, sermaye kazancı ve kâr (faiz) payını oluşturur. Yani, katılma payının bir üçüncü kişiye (nitelikli yatırımcıya) satımı⁷²⁰ veya (PYŞ)’ye geri satımı bedelinin içinde, -fon portföyünün değerinin artmış olması şartıyla- yatırımcıların kâr payları da yer alır. Katılma payı sahibinin PYŞ karşısındaki (alacak hakkı niteliği taşıyan) kâr payı alma hakkı, payını bir üçüncü kişiye sattıktan veya fona geri satmak için satım talimatı verdikten sonra, artık salt satış bedeline ilişkin bir alacak hakkı olur⁷²¹.

Tasfiye payına gelince; fon sona erince, fon portföyü, fon içtüzüğündeki ilkelere göre tasfiye edilir ve nakde çevrilir. Elde edilen tasfiye bakiyesi, katılma payı sahiplerine, payları oranında dağıtılır. Tasfiye payı alma hakkı, tasfiye sonunda bakiye elde

⁷¹⁹ Piyasa fiyatının düşmesine bağlı olarak fon portföyünün değerinde gerçekleşen azalmaya bağlı olarak katılma paylarında günlük azalma da olabilir.

⁷²⁰ Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-52.4) md. 16/5 hükmü, katılma paylarının *nitelikli yatırımcılar* arasında devrini mümkün kılmaktadır. Söz konusu hükme göre; *“nitelikli yatırımcılar arasında katılma payı devrinin gerçekleştirilebilmesi için devralan kişinin nitelikli yatırımcı vasfını haiz olduğuna ilişkin bilgi ve belgelerin kurucuya iletilmesi ve kurucunun onayının alınması zorunludur. Kurucu söz konusu bilgi ve belgeleri fon süresince ve asgari olarak beş yıl boyunca muhafaza etmek zorundadır. Bu fıkra kapsamındaki katılma payı devirleri, katılma paylarının hak sahibi yatırımcılar arasında aktarılması ile tamamlanır. Katılma payı devirlerine ilişkin bilgilerin MKK’ya iletilmesinden kurucu sorumludur.”* Devrin şekline ilişkin, ilgili mevzuatta, özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, katılma payları, alacağın devrine ilişkin genel hükümler uyarınca devredilmeli ve bu işlemlere, ‘alacağın devri’ni düzenleyen TBK md. 183 vd. hükümleri uygulanmalıdır.

⁷²¹ Yıldız Destanoğlu, s. 143-145.

edilmesi şartına bağlıdır ve bu şartın gerçekleşmesiyle birlikte, katılma payı sahibinin tasfiye payı alma hakkı, alacak hakkına dönüşmüş olur⁷²².

c. Bilgi Alma Hakkı

Sermaye piyasası hukukunun temel prensiplerinden kamunun aydınlatılması ilkesi yatırım fonları bakımından da önem taşır⁷²³. Yatırım fonlarında çok sayıda katılma payı sahibinin bulunması sebebiyle, kurucunun, her bir yatırımcının bilgi alma talebini ayrı ayrı karşılaması teknik olarak güçtür⁷²⁴. Dolayısıyla, yatırım fonlarına ait temel bilgiler; şemsiye fon içtüzüğü, izahname, yatırımcı bilgi formu, mali tablo ve portföy dağılım raporlarından elde edilmektedir⁷²⁵. Burada sayılan belgeler, KAP'ta ilan edilerek yatırımcılara sunulmaktadır.

Yatırımcıların fonun yapısını, yatırım stratejisini ve risklerini makul ölçüde anlayabilmeleri ve bilgiye dayalı olarak yatırım kararları alabilmeleri amacıyla hazırlanan yatırımcı bilgi formu (YFET md. 12/1); kurucu tarafından düzenli olarak güncellenir. Katılma payı sahipleri, bu güncellemeler hakkında KAP üzerinden düzenli bilgi alma hakkına sahiptirler. Kurucu, bu formun içtüzük ve izahname ile tutarlılığından, içeriğinin doğruluğundan, güncelliğinin sağlanmasından ve bu formda yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan sorumludur (YFET md. 12/1). Form kısa, öz ve anlaşılır bir şekilde azami iki sayfa ve 12 punto olarak hazırlanır ve formda yer verilen bilgiler açık, yeterli, içtüzük ve izahname ile tutarlı olmalı ve yatırımcıyı yanıltıcı nitelikte olmamalıdır (YFET md.

⁷²² A.g.e., s. 148.

⁷²³ Nomer (Yatırım Fonları), s. 619.

⁷²⁴ Yıldız Destanoğlu, s. 146.

⁷²⁵ SPK Menkul Kıymet Yatırım Fonları Tanıtım Rehberi, erişim: <https://www.spk.gov.tr/Sayfa/AltSayfa/253>, erişim tarihi: 21.7.2020.

12/4). Kurucu, KAP'ta ilan edilmesi gereken bilgi ve belgelerin eksiksiz olarak yayımlanması, doğruluğu ve güncel tutulmasından sorumludur (YFET md. 31/4).

d. Borcu

Katılma payı sahiplerinin tek borcu, yatırım fonu katılma payına karşılık gelen meblağı, peşin ve nakit olarak ödemektir. Katılma payı sahibinin PYŞ'ye karşı başka herhangi bir borcu yoktur.

Fonlara uygulanan yönetim ücretinin (günlük ve yıllık yönetim ücreti oranlarının) hangi şartlar dahilinde yatırımcılardan tahsil edileceği bilgisi, kurucunun resmi internet sitesinde veya KAP'ta yer alır (YFET md. 33/5). PYŞ'nin alacağı ücret, doğrudan fon malvarlığından karşılanmakta ve katılma paylarının değeri hesaplanırken mahsup edilmektedir⁷²⁶. Bunun dışında katılma payı sahibinin ayrıca PYŞ'ye ücret ödemesi söz konusu değildir.

Katılma payı sahipleri, PYŞ'nin veya fonun borçlarından sorumlu da tutulamaz; çünkü fon malvarlığı, kurucunun ve portföy saklayıcısının malvarlığından ayrıdır (YFET md. 5/1).

5. PYŞ'nin KYS'den Doğan Hakları ve Borçları

Kurucu PYŞ, fonun katılma payı sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde temsili, yönetimi, yönetiminin denetlenmesi ile faaliyetlerinin içtüzük ve izahname hükümlerine uygun olarak yürütülmesinden sorumludur (YFET md. 9/1). Kurucu fona ait varlıklar üzerinde kendi adına ve fon hesabına mevzuat ve içtüzüğe uygun olarak tasarrufta bulunmaya ve bundan doğan hakları kullanmaya yetkilidir (SerPK

⁷²⁶ Yıldız Destanoğlu, s. 151; Nomer (Yatırım Fonları), s. 617.

md. 52/3 ve YFET md. 9/1). Portföy yönetimi; mevzuatın izin verdiği sınırlar dahilinde, portföye varlık (örn: ortaklık payı, tahvil, bono, taşınır, taşınmaz vb.) alınıp satılması ve bunların getirilerinin (faiz, kâr payı) tahsil edilmesi faaliyetini ve varlıkların alınıp satılması kararına dayanak teşkil eden her türlü araştırma ve analiz vb. faaliyetleri içerir. PYŞ, söz konusu yönetim borcunu, SerPK, YFET ve fon içtüzüğünde düzenlenen esaslar çerçevesinde ve ayrıca yatırımcılarla akdetmiş olduğu kolektif yatırım sözleşmesine uygun olarak ifa etmelidir⁷²⁷.

PYŞ, katılma payları karşılığı yatırımcılardan topladığı para ve diğer varlıkları, takip eden iş günü, izahnamede belirlenen varlıklara ve işlemlere yatırmak zorundadır (YFET md. 11/8). PYŞ'nin bu yükümlülüğü, aynı zamanda, katılma payı sahiplerine karşı, kolektif yatırım sözleşmesinden kaynaklanan yönetim borcunun bir gereğidir. Fonun faaliyetlerinin yürütülmesi esnasında portföy yöneticiliği hizmeti dahil dışarıdan sağlanan hizmetlerden yararlanılması, kurucunun sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (YFET md. 9/2).

PYŞ'nin borca aykırı hareket etmesi durumunda, katılma payı sahiplerinin ona karşı yalnızca, kolektif yatırım sözleşmesinden doğan şahsi talep hakları mevcuttur; örneğin bir istihkak davası hakları yoktur⁷²⁸.

6. KYS'nin Sona Ermesi

Kolektif yatırım sözleşmesinin olağan sona erme sebebi; katılma payı sahibinin katılma payını kurucu PYŞ'ye geri satarak, sözleşmeyi feshetmesidir⁷²⁹. Bu durumda, yalnızca geri satılan katılma payına ilişkin olarak akdedilmiş olan kolektif

⁷²⁷ Sumer, s. 128; Tevfik, s. 33; Kılıç, s. 20; Çevik, s. 70; Yasaman, s. 194.

⁷²⁸ Yasaman, s. 194.

⁷²⁹ Yıldız Destanoğlu, s. 151.

yatırım sözleşmesi sona erer; diğer katılma payı sahipleri ile kurucu PYŞ arasında akdedilen kolektif yatırım sözleşmeleri bundan etkilenmez⁷³⁰. Öte yandan, kurucunun kolektif yatırım sözleşmesini feshetme hakkı kural olarak yoktur; ancak yatırım fonu süresiz ise kurucu Kurulun uygun görüşünü aldıktan sonra altı ay sonrası için feshi ihbar etmek şartıyla, fonu sona erdirebilir (YFET md. 28/1(b)). Bu halde, kurucunun katılma payı sahipleri ile yapmış oldukları tüm kolektif yatırım sözleşmeleri feshedilmiş olur.

Yatırım fonu, başkaca sebeplerle de sona erebilir ve bu durumlarda da katılma payı sahipleri ile yapılan tüm kolektif yatırım sözleşmeleri feshedilmiş sayılır. Örneğin, yatırım fonuna ilişkin bilgilendirme belgelerinde fonun sona ermesi için bir süre öngörülmüş ise bu sürenin sona ermesiyle fon sona erer (YFET md. 28/1(a)). Bunun yanı sıra; kurucunun faaliyet şartlarını kaybetmesi (YFET md. 28/1(c)), kurucunun mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflaması, iflas etmesi veya tasfiye edilmesi (YFET md. 28/1(ç)) de fonu sona erdiren sebeplerdendir. Son olarak, eğer fon kendi mali yükümlülüklerini karşılayamaz durumda ise ve benzer nedenlerle fonun devamının yatırımcıların yararına olmayacağı Kurulca tespit edilmiş ise, ilgili yatırım fonu yine sona erecektir (YFET md. 28/1(d)).

Sona eren yatırım fonunun malvarlığı, içtüzük ve izahnamede yer alan ilkelere göre tasfiye edilir ve tasfiye bakiyesi katılma payı sahiplerine payları oranında dağıtılır (YFET md. 28/2). Tasfiye durumunda yalnızca katılma payı sahiplerine ödeme yapılabilir (YFET md. 28/2). Tasfiye işlemlerine ilişkin olarak, birinci fıkranın (b) bendinde yer alan altı aylık süre sonunda hala fona iade edilmemiş katılma payları var ise, katılma payı sahiplerinin satış talimatı beklenmeden pay satışları yapılarak

⁷³⁰ A.g.e., s. 151.

elde edilen tutarlar kurucu ve katılma payı alım satımı yapan kuruluş nezdinde açılacak hesaplarda, yatırımcılar adına ters repoda veya Kurulca uygun görülen diğer sermaye piyasası araçlarında nemalandırılır (YFET md. 28/3).

F. Değerlendirme

1. İnançlı “Mülkiyet” Kavramının Yerinde Kullanılıp Kullanılmadığı

SerPK md. 52, YFET md. 3/t ve “III-55.1 sayılı Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği (PYŞ Tebliği)” md. 34 hükümlerinde *inançlı mülkiyet* esasına dayandığı belirtilen *yatırım fonları* rejimi, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı’nda potansiyel yatırımcılara şu şekilde izah edilmektedir:⁷³¹

*“Yatırım fonları **inançlı mülkiyet** esasına dayanır. İnançlı mülkiyet esasında yatırım fonuna, inançlı olarak fon yöneticisi (inanılan) yani kurucu sahiptir. Yatırımcılar (inananlar) aldıkları katılma belgeleri ile fonla ilgili işlemleri yapma yetkisini kurucuya verirler. Bu yetki devri, inanç sözleşmesi (fon içtüzüğü) ile gerçekleşir. Kurucu, fonu bu sözleşme çerçevesinde ve tasarruf sahiplerinin haklarını koruyarak yönetmek/yönettirmek zorundadır.”*

Öğretide de yatırım fonlarında yatırımcıların inanan, fon kurucusunun inanılan, inanç anlaşmasının fon içtüzüğü, inanç konusunun ise yatırımcılardan fona katılmaları için toplanan paralar ve bunlarla oluşturulan fon portföyü olduğu, kurucunun fon portföyünde yer alan malvarlığı unsurları üzerinde inançlı malik olduğu belirtilmektedir⁷³².

⁷³¹ SPK’nın yatırım fonlarına ilişkin Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı için bkz.

<http://www.tml.web.tr/download/yatirim-fonlari.pdf>, erişim tarihi: 20.11.2017.

⁷³² Çıtak/Akbulak, s. 6; Karşlı, s. 119; Okat, s. 73 vd.; Yasaman, s. 193 vd.; Honsell/Vogt/Wiegand, s. 177, 2477.

Yatırım fonlarında, kanun koyucu “inançlı mülkiyet” esasını kabul ettiğine göre, fon portföyünün aktifinde yer alan malvarlığı unsurlarının mülkiyete konu olabilme nitelikleri önem kazanır.

Sermaye piyasası mevzuatında kullanılan “inançlı mülkiyet” kavramı, pozitif hukukumuz bakımından, TMK md. 683 vd. anlamındaki mülkiyet hakkından farklı bir mülkiyet değildir. Evvelce de belirttiğimiz gibi, Türk hukukunda yatırım fonlarının düzenlenmesi aşamasında, *yatırımcıların fon malvarlığı üzerinde müşterek mülkiyet hakkı sahibi olmaları ve fon kurucusunun fon malvarlığı üzerinde inançlı mülkiyet hakkı sahibi olması* seçeneklerinden ikincisi seçilmiştir. Fon yönetiminin piyasanın gerektirdiği hız ve kolaylıkta yatırım işlemlerini yapabilmesini sağlamak ve yatırım faaliyetinin gerektirdiği ölçüde her türlü tasarrufta bulunabilmesinin önünü açmak adına, fon portföyünde yer alan malvarlığı unsurlarının sahibinin PYŞ olması istenmiştir. Ancak kanun koyucunun bu seçimi yaparken kullandığı inançlı “mülkiyet” teriminin TMK uyarınca dar ve teknik anlamda kullanılmış olduğu düşünülemez. Bu ifadenin, dar ve teknik anlamda mülkiyeti işaret etmesi, yalnızca fon portföyünü oluşturan varlıkların *TMK anlamında taşınır ya da taşınmaz* olduğu hallerde söz konusu olabilir. Yatırım fonunu oluşturan ve aşağıda zikredilen malvarlığı unsurlarının sadece TMK anlamında taşınır ve taşınmazlardan oluşmadığı dikkate alındığında, Sermaye Piyasası Kanunu’nda ve diğer ilgili mevzuatta kullanılan *İnançlı Mülkiyet Esasları* ifadesinin ***İnançlı Hak Sahipliği Esasları*** olarak anlaşılması gerekir.

2. Yatırım Fonunu Oluşturan Malvarlığı Unsurları ve Bunlar Üzerindeki Haklar

Yatırım fonlarının şemsiye fon şeklinde kurulmalarının zorunlu olduğunu yukarıda belirtmiştik⁷³³. Şemsiye fon malvarlığını oluşturan portföyler, yatırımcıların katılma payları karşılığında PYŞ'ye verdikleri paralar ve bunlarla satın alınan, yatırım yapılan malvarlığı unsurlarını kapsar (SerPK md. 52 ve YFET md 3/t). Yatırım fonu portföyü, fonun yatırım yaptığı sermaye piyasası araçları⁷³⁴ ve altın gibi kıymetli madenlerin bütününe ifade eder⁷³⁵. Yatırım fonu portföyü şunlardan oluşur: Menkul kıymetler, taşınır, taşınmazlar, emtia, paylar⁷³⁶, pay benzeri menkul kıymetler⁷³⁷, depo sertifikaları⁷³⁸, gayrimenkul sertifikaları⁷³⁹, borçlanma araçları⁷⁴⁰, yatırım fonu katılma payları, türev araçlar⁷⁴¹, yatırım sözleşmeleri⁷⁴², diğer sermaye piyasası

⁷³³ Bkz. §11 I B 3 d i.

⁷³⁴ Sermaye piyasası araçları, “menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarıdır” (SPK md. 3/ş).

⁷³⁵ Bkz. Yatırım Fonları SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı 3.

⁷³⁶ Pay, bir ortaklığın sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren menkul kıymettir, bkz. SPK'nın VII-128.1 sayılı “Pay Tebliği”. Sermaye piyasası aracı niteliğindeki paylar hk. ayrıntılı bilgi için bkz. SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı, Ankara, Mart 2007.

⁷³⁷ Pay benzeri menkul kıymet kavramı, SerPK ile sermaye piyasası mevzuatına girmiştir. Bunlara örnek olarak, katılma intifa senetleri (KİS) gösterilebilir. KİS'ler, sahiplerine, ortaklık hakkına sahip olmaksızın kârdan pay alam, tasfiye bakiyesinden yararlanma, yeni pay alma vb. olanaklardan yararlanma hakkı veren sermaye piyasası aracıdır, bkz. SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı, Ankara, Mart 2007, s. 13 vd.

⁷³⁸ Depo sertifikaları, sahiplerine, oy hakkı, rüçhan hakkı ve bedelsiz yeni pay alma hakkı sağlar, bkz. Turanboy, A.: Varakasız Kıymetli Evrak, Batider, Ankara 1998, s. 136 vd.

⁷³⁹ Gayrimenkul sertifikaları, “ihraççıların, inşa edilecek veya edilmekte olan gayrimenkul projelerinin finansmanında kullanılmak üzere ihraç ettikleri, gayrimenkul projesinin belirli bağımsız bölümlerini veya bağımsız bölümlerin belirli bir alan birimini temsil eden, nominal değeri eşit menkul kıymet”tir (05.07.2013 Tarih ve 28698 sayılı RG’de yayımlanan Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği VII-128.2)

⁷⁴⁰ Borçlanma araçları; ihraççıların, “Borçlanma Araçları Tebliği” hükümlerine göre borçlu sıfatıyla düzenleyerek ihraç ettikleri tahviller, finansman bonoları, kıymetli maden bonoları ve Tebliğ’in 34. maddesi çerçevesinde niteliği itibari ile borçlanma aracı olduğu Kurulca kabul edilecek sermaye piyasası araçlarıdır.

⁷⁴¹ Türev araçlar; değeri başka bir finansal varlığın veya malın değerine doğrudan bağlı olan finansal araçlardır, bkz. Chambers, N.: Türev Piyasalar, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 1. Başka bir araçtan türetilen türev araçlar, dayanak varlığın getirisine bağlı olarak getiri elde edilmesini sağlar. Bunlar, türev araç sözleşmeleri (başlıca örnekleri future, forward, opsiyon ve swap) ile oluşturulur, bkz. Penezoglu, G.Y.: Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 5. Türev araç sözleşmeleri hk. ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Tanör, R.: Türk Sermaye Piyasası, C.I., Beta, İstanbul 2000, s. 269.

⁷⁴² SerPK’nın, SPK’dan farklı olarak getirmiş olduğu önemli yeniliklerden biri; yatırım sözleşmelerinin de yatırım fonu portföyünde yer alabileceğini düzenlemiş olmasıdır. Bunlar birer sermaye piyasası aracı olarak kabul edilmişse de bunların kapsamına hangi sözleşme, araç veya

araçları ve alacak hakları. Çek, poliçe ve nakit, sermaye piyasası aracı olarak sayılmamaktadır.

Portföyde taşınır ve taşınmaz *eşya* niteliğindeki (fiziksel) varlıklar, taşınır sayılan ve taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyip edinmeye elverişli doğal güçler ve tapuya taşınmaz olarak kayıtlı bağımsız ve sürekli haklar yer alıyorsa, SPK mevzuatında zikredilen hak sahipliğinin inanç esasına dayalı olması keyfiyeti, bunlar açısından inançlı *mülkiyet* (TMK m. 762, 704) şeklinde tezahür eder.

Öte yandan, fon portföyüne dahil olan kıymetli evrak niteliğinde sermaye piyasası araçları bakımından, kıymetli evrakın bizzat kendisi üzerinde mülkiyet hakkından söz edilebilir ise de bu, kıymetli evrakta temsil edilen alacak üzerinde bir *mülkiyet* hakkı olduğu anlamına elbette ki gelmez. Nitekim, fona dahil olan ve dar ve teknik anlamda mülkiyet konusu teşkil etmeyen malvarlığı hakları arasında *alacak hakları* da vardır ve bunlara kıymetli evrak niteliğinde olan sermaye piyasası araçlarının temsil ettiği alacak hakları da dahildir. Tahvil, bono, yatırım fonu katılma payları, türev araçlar ve yatırım sözleşmeleri bu gruba örnek gösterilebilir. Şu hâlde alacaklar bakımından inançlı mülkiyet değil, inançlı hak sahipliği söz konusudur. Repo, ters repo ve türev işlevler bakımından da aynı husus geçerli olmalıdır.

Kaydi sermaye piyasası araçları bakımından, “inançlı mülkiyet” ifadesinin yerinde olup olmadığının tespiti için, bunların *eşya* sayılıp sayılamayacağı konusu önem teşkil eder. Kaydi sermaye piyasası araçlarının ‘taşınır eşya’ tanımı dışında kaldığı

herhangi bir yatırım konusu olabilecek işlemin girdiği konusunda açıklık yoktur, bks. Yanlı, V.: “Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmesi Kavramları”, Batider, 2016, C. XXXII, S.3, s. 5-35, s. 11. Bunlar aslında bir torba kavram niteliğindedir; yani bir sermaye piyasası aracı menkul kıymet veya türev araç değilse ve sermaye piyasasında işlem görüyor ve alınıp satılabiliyorsa, yatırım sözleşmesidir, bkz. Adıgüzel, B.: “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı”, TFM, 2017, C. 3, S.1, s. 1-8, s. 5.

görüşünde⁷⁴³ olduğum için, bunlar bakımından da “inançlı mülkiyet” ifadesinin “inançlı hak sahipliği” şeklinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Yatırım fonu, YFET md. 4/2’de sayılan ve yukarıda kısmen açıklanan malvarlığı unsurlarından oluşan, tüzel kişiliği bulunmayan özel bir *malvarlığıdır* (SerPK md. 52/1). Fon, TTK md. 11/3’te düzenlenen ticari işletme olmadığı gibi⁷⁴⁴; içerdiği unsurların her biri, birbirinden ayrı bir malvarlığı hakkının (mülkiyet hakkının, alacak hakkının, sınai hakkın, fikri hakkın vb.) konusudur. Dolayısıyla, PYŞ’nin yatırım fonu üzerinde tek ve aynı bir hakkının olması söz konusu değildir. Hak birliği⁷⁴⁵ niteliğini haiz olan fon portföyünde yer alan unsurlar üzerindeki hakların (örneğin taşınırlar üzerindeki mülkiyet hakkı, gayrimaddi mallar üzerindeki fikri ve sınai haklar, alacaklar ve kaydi sermaye piyasası araçları üzerindeki alacak hakları) hepsi ayrı birer hakkın konusudur ve her biri üzerinde ayrı ayrı tasarruf edilebilir. Bir başka ifadeyle, yatırım fonunun aktif, Türk hukukunda tek bir hakkın konusunu

⁷⁴³ Kaydi sermaye piyasası araçlarının eşya niteliğini haiz olup olmadığı tartışması için bkz. yukarıda § 6 II E.

⁷⁴⁴ Nitekim, ticari işletmede, tacirin işletmeye tahsis ettiği mallar, kişisel malvarlığına dahil olanlardan ayrı bir hukuki düzene tabi tutulmaz ve tacir, sorumluluğunu işletmenin malvarlığı ile sınırlama imkânına sahip değildir, Ayiter: Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara, 1968, s. 15 vd. Ticari işletmenin malvarlığı, tacirin genel malvarlığı içinde yer alır, ondan ayrı düşünülemez, Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s. 34. Yatırım fonlarında ise, fonun malvarlığı, kurucunun, portföy yönetim şirketinin ve portföy saklayıcısının malvarlığından ayrıdır (SerPK md. 53/1 ve YFET md. 5/1). Yatırım fonları, ticaret hukukunda *özel malvarlığına* ilişkin tipik örnektir (SerPK md. 52/1). Ticari işletmeyi, özel bir malvarlığı saymaya imkân yoktur, Arkan (Ticari İşletme), s. 34. Bununla birlikte öğretide bir görüş, ticari işletmenin özel bir malvarlığı oluşturduğunu savunmaktaysa (Acemoğlu: Borçlar Kanunu’nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 20-21) da, ticari işletmenin özel bir malvarlığı sayılamayacağı görüşüne (Arkan, s. 34) burada açıklanan gerekçelerle, ben de katılmaktayım. Kaldı ki; ticari işletmenin “esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma” ve “devamlılık” unsurlarını sağladığı iddia edilebilecek olsa dahi, “bağımsızlık” unsurunu sağlamamaktadır. Zira yatırım fonlarında gerek kurucu ve yönetici gerekse portföy saklayıcısı, tüm faaliyetlerini, ilgili sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde ve Kurul düzenlemelerine, denetimine bağlı olarak yürütür. Bu kuruluşlar, bağımsız bir şekilde faaliyette bulunmayıp Kurul’a tabidirler.

⁷⁴⁵ Hak birliği, bağımsız hak konularının belli bir amaçla birarada bulunmak suretiyle meydana getirdiği amaçsal bir topluluktur. Eşya birliği gibi hak birliği de kural olarak bür bütün halinde hak konusu yapılamaz, Sirmen (Eşya Hukuku), s. 24.

oluşturamaz ve Sermaye piyasası mevzuatının da bunun aksini öngördüğü düşünülemez⁷⁴⁶.

3. Yatırım Fonlarının Saf İnançlı İşlem Niteliği

Yatırım fonlarında, yatırımcılar (*inanan*) ile PYŞ (*inanılan*) arasında akdedilen kolektif yatırım sözleşmesi *inanç anlaşması*dır⁷⁴⁷. Bununla yatırımcılar fon katılma payı karşılığı PYŞ'ye belirli bir meblağ ödeme borcu altına girerler ve bu parayı PYŞ'nin yönetim ve tasarrufunda olan fon hesabına yatırırlar (*inançlı devir*). Fon portföyü, yatırımcıların katılma payı karşılığı fona (*inançlı olarak*) devrettikleri bu *paranın* yanı sıra, PYŞ'nin yatırımcıların paraları ile üçüncü kişilerden satın ve devraldığı *diğer malvarlığı unsurlarından* oluşur. PYŞ söz konusu portföyü, riskin dağıtılması ilkesine göre işletmek, fon malvarlığını yönetirken katılma payı sahiplerinin menfaatlerini korumak ve gözetmek borcu altındadır⁷⁴⁸. Özetle, fon portföyünde yer alan para da üçüncü kişilerden satın ve devralınan ve portföye dahil edilen diğer malvarlığı unsurları da *inançlı mülkiyet esaslarına* göre (geniş anlamda: *inançlı hak sahipliği esaslarına* göre) PYŞ tarafından yönetilip değerlendirilir. PYŞ, üçüncü kişilerden satın ve devralarak fon portföyüne dahil ettiği taşınır, gayrimaddi

⁷⁴⁶ Öte yandan, mahiyeti itibarıyla hem maddi hem gayrimaddi unsurlardan meydana gelen iktisadi bir bütün olan ticari işletme (bkz. Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 104), TTK md. 11/3 hükmü uyarınca, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Ayrıca ticari işletmenin içinde devirleri kanun tarafından özel şekle bağlanmış mallar ve hakların bulunması halinde, örneğin bir taşınmaz veya bir patent veya lisans hakkı gibi, bunlarla ilgili kanuni şekil şartlarına uyulması gerekmez (TTK md. 128/3). Ancak taşınırlar, taşınmazlar ve fikri mülkiyet haklarıyla ilgili olarak; taşınırların güvenilir bir kimseye tevdi edilmesi; taşınmazların tapuya şerh edilmesi; fikri mülkiyet haklarının ilgili sicile kaydının yapılması şarttır (TTK md. 128/2), Pulaşlı (Şerh C.II), s. 105.

⁷⁴⁷ Yıldırım, s. 54; Yıldız Destanoğlu, s. 124; Nomer (Yatırım Fonları), s. 614.

⁷⁴⁸ Kurucu (PYŞ), fonun katılma payı sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde temsil eder, yönetir ve yönetimini denetler (YFET md. 9/1).

mal, alacak hakkı, kıymetli evrak vb. malvarlığı unsurlarını doğrudan yatırımcıdan (inanandan) almış olsaydı nasıl yönetecek idiyse, o şekilde yönetip değerlendirir.

Öğretide bir görüş, yatırım fonlarında PYŞ'nin katılma payı sahiplerinin talimatlarıyla bağlı olmaksızın fonu işletme hakkına sahip olması sebebiyle ortada tam anlamıyla bir saf inançlı işlem olmadığını belirtmektedir⁷⁴⁹. Buna göre, klasik saf inançlı işlemde, (gerek inanan gerekse üçüncü kişiler karşısında gerçek hak sahibi konumunda olan) inanılan, inanç konusu üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilirken; yatırım fonlarında PYŞ'nin tasarruf yetkisi, (katılma payı sahiplerini korumak adına) sermaye piyasası hukuku mevzuatınca, sınırlandırılmıştır.⁷⁵⁰ Yatırım fonlarında konunun düzenlenmiş olması ve PYŞ'nin yönetim hakkının sınırlarının sermaye piyasası hukuku mevzuatı ile belirlenmiş olması, kanımca, işlemin saf inançlı işlem niteliğini zedelemeyiz. İnanılanın, inanç konusunu inananın emir ve talimatlarına uygun olarak yönetim unsuru, saf inançlı işlemin esaslı bir unsuru da değildir. Öyle olduğu düşünülse dahi, bu görüş isabetsizdir; çünkü, fona katılırken yatırımcılar PYŞ ile kolektif yatırım sözleşmesini imzalayarak, fonun yönetilmesinde inanç konusuna ilişkin emir ve talimatları bu anlaşma ile önceden vermişlerdir. Kolektif yatırım sözleşmesi ile yatırımcılar, fon portföyündeki malvarlığı unsurları üzerinde PYŞ'nin inançlı hak sahibi olduğunu kabul ederler. Saf inançlı işlemlerde olduğu gibi yatırım fonlarında da PYŞ'nin, -hukuken buna yetkili de olsa- fon portföyünü oluşturan bu değerler üzerinde, amacı aşan ve yatırımcıların haklarına zarar verecek her türlü işlemde kaçınması, yalnızca yatırımcıların faydasına olacak işlemleri yapması, kısaca bu amacın haklı göstereceği sınırlar içerisinde kalması, inanç anlaşmasını oluşturan kolektif yatırım sözleşmesinin bir gereğidir. Bu gerekçelerle, inanılanın

⁷⁴⁹ Yıldırım, s. 52.

⁷⁵⁰ A.g.e., s. 52.

yönetim faaliyeti sırasında inananın emir ve talimatı ile bağlı olmaması sebebiyle yatırım fonlarının saf inançlı işlem olamayacağı söylenemez.

Yatırım fonlarında katılma payı sahibinin *geri satım* hakkını kullanması halinde, PYŞ'nin inanç konusunu yatırımcıya iade etme borcunun, daha önce kendisine (inançlı) devredilen paranın aynen iadesi şeklinde değil; ancak yatırımcının fondaki payının karşılığının yatırımcıya *nakit olarak* ödenmesi şeklinde gerçekleşeceğini evvelce zikretmiştik⁷⁵¹. Bu, taraflar arasındaki saf inançlı işlem ilişkisini zedeleyecek bir durum değildir. Zira para, doğası gereği sürekli el değiştiren bir değerdir ve yatırım fonuna katılırken katılma payı sahiplerinin iradeleri, yalnızca, katılma payı karşılığında ödedikleri paranın, PYŞ tarafından iyi yönetilmesi, yapılacak doğru yatırımlarla paralarına değer kazandırılması, bir süre sonra da miktar olarak (mümkünse) daha yüksek bir meblağın kendilerine iade edilmesidir; yoksa fona katılırken PYŞ'ye ödedikleri 'paranın' kendilerine aynen iadesi değildir. Aksi yöndeki bir yorum, yatırım fonlarının doğasına ve tarafların iradelerine ters düşen dar bir yorum olur ki bu, sermaye piyasasının mahiyeti ile de bağdaşmaz. Özetle, burada zikredilen husus, yatırım fonlarının saf inançlı işlem olarak değerlendirilmesine engel olmayacağı gibi, yatırımcılara tanınan (geri) satım hakkının bizzat kendisi de kolektif yatırım sözleşmesinin *inanç anlaşması* olmasının doğal bir sonucudur⁷⁵².

G. Yatırımcıların Menfaatini Korumaya Yönelik Düzenlemeler

Yatırım fonlarına ilişkin benimsenen rejimde, bir yandan PYŞ 'inançlı malik' addedilirken, bir yandan da yatırımcıların güveninin kaybedilmemesi gerektiği

⁷⁵¹ Yukarıda bkz. §10 I B 5 d i.

⁷⁵² Nomer (Yatırım Fonları), s. 617.

vurgulanmış ve ortaya çıkabilecek adaletsiz sonuçları önceden engelleyebilmek için yatırımcıların menfaatlerini korumaya yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Zira PYŞ'nin portföyde yer alan malvarlığı unsurlarını inanç anlaşmasına aykırı kullanma ihtimali ve PYŞ'nin iflâsı halinde yatırımcılara ait değerlerin de PYŞ'nin iflâs masasına girecek olması sebebiyle yatırımcıların zarar görme ihtimali, yatırımcıları koruyucu düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmıştır. Örneğin SerPK md. 53/1 ve YFET md. 5/I, fonun malvarlığının, kurucunun ve portföy saklayıcısının malvarlığından ayrı olduğunu düzenler. Fon malvarlığının ayrı özel bir malvarlığı sayılması, PYŞ'nin iflâsı halinde bu özel malvarlığının PYŞ'nin kendi malvarlığından ayrı bir işleme ve ayrı bir hukuki akıbete tabi tutulması anlamına gelir⁷⁵³.

Başka bir örnek; fon malvarlığının, fonun yönetim stratejisi doğrultusunda, fonun yatırım yapabileceği varlıklar konusunda yeterli bilgi ve sermaye piyasası alanında en az beş yıllık tecrübeye sahip portföy yöneticileri tarafından, yatırımcı lehine ve yatırımcının çıkarını gözeterek şekilde Kurul'un portföy yöneticiliği hizmetine ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde yönetilmesinin zorunlu olduğunu düzenleyen hükümdür (YFET md. 5/II). Ayrıca, fon malvarlığının fon hesabına olması ve içtüzükte ve izahnamede hüküm bulunması şartıyla kredi almak, türev araç işlemleri, açığa satış işlemleri veya fon adına taraf olunan benzer nitelikteki işlemlerde bulunmak haricinde teminat gösterilemeyeceği ve rehnedilemeyeceği de

⁷⁵³ Bu kabulün esasen, icra ve iflâs hukuku anlamında bir *ayırma hakkının* kabulü anlamına geldiği, burada vekâlet akdine ilişkin BK md. 393/III (TBK md. 509/III) hükmüne benzer bir durum olduğu, iktisadi malike (yatırımcılara) tanınan hakkın vecivebi nitelikte bir ayırma hakkından ibaret olduğu görüşü için bkz. Kuru, B.: İflâs ve Konkordato Hukuku, Alfa Yayınevi, İstanbul 1992, s. 173. *Gürsoy* da yatırım fonlarında, PYŞ'nin malik olduğu (portföydeki) malvarlığı unsurlarının, yatırımcılardan toplanan paralar ile tedarik edildiğini, bu kıymetlerin (iktisaden) yatırımcıların olduğunu ve bunlar üzerinde bir *ayırma hakkının* kabulünün, adalet ve hukuk güvenliğini sarsıcı nitelikte görülmemesi gerektiğini belirtmiştir, bkz. *Gürsoy*, s. 188.

vurgulanmıştır (SerPK md. 53/2 ve YFET md. 5/4). Bundan başka fon malvarlığı, kurucunun ve portföy saklayıcısının yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi halinde dahi başka bir amaçla tasarruf edilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, üzerine ihtiyati tedbir konulamaz ve iflâs masasına dahil edilemez (SerPK md. 53/2 ve YFET md. 5/4). Son olarak, kurucunun üçüncü kişilere olan borçları ve yükümlülükleri ile fonların aynı üçüncü kişilerden olan alacakları birbirlerine karşı mahsup edilemez (SerPK md. 53/4 ve YFET md. 5/5).

Zikredilen düzenlemelerin amacı, fonun amaca uygun biçimde yönetilmesini sağlamak, fon malvarlığının PYS'nin çıkarları için kullanılmasını engellemek, kurucu/yönetici veya saklayıcının iflâsı halinde dahi malvarlığının muhafaza edilmesini sağlayarak yatırımcıların menfaatini korumaktır. Bu, esasen, saf inançlı işlemlere 'saflık' niteliğini kazandıran, "yatırımcıların (inananın) menfaatinin ön plânda tutulması" unsurunun da doğal bir sonucudur.

II. Konut ve Varlık Finansmanı Fonu

A. Tanımı ve Tarafları

Konut finansmanı fonu (KFF), ipoteğe dayalı menkul kıymetler (İDMK) karşılığında toplanan paralarla, İDMK sahipleri hesabına, *inançlı mülkiyet* esaslarına göre, fon içtüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği olmayan malvarlığıdır (SerPK md. 58/1)⁷⁵⁴.

⁷⁵⁴ Pulaşlı, SPK md. 58 hükmü ile, fon portföyüne uçak ve gemi ile ilgili varlıklar ile ilgili kredilerin de dahil edilebilir hale geldiğini ve konuya ilişkin Alman Kanunu'na paralellik sağlandığını ifade etmektedir, Pulaşlı (Şerh C.II), s. 585.

Varlık Finansmanı Fonu (VFF) ise; varlığa dayalı menkul kıymet (VDMK) karşılığında toplanan paralarla, VDMK sahipleri hesabına *inançlı mülkiyet* esaslarına göre fon içtüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği olmayan malvarlığıdır (SerPK md. 58/1). KFF ve VFF, kural olarak, tüzel kişiliği haiz değildir. Ancak, fon (KFF veya VFF); “*tapu, ticaret sicili ve diğer resmî sicillerde tescil, değişiklik, terkin ve düzeltme talepleri dâhil olmak üzere her türlü sicil işlemleri ile sınırlı olarak **tüzel kişiliği haiz addolunur*** (Ek:20/2/2020-7222/33 md.).”⁷⁵⁵

KFF ve VFF’ler, “VİDMK sahipleri (yatırımcılar)”, “Kurucu” ve “Fon Kurulu” olmak üzere üçlü sacayağına dayanır:

VİDMK Sahipleri/ Yatırımcılar; VDMK veya İDMK sahipleridir. *Kurucu*⁷⁵⁶; fon kuruluş başvurusunun gerçekleştirilmesi, Fon Kurulu üyelerinin belirlenmesi ve fon içtüzüğünün hazırlanmasından sorumludur (VİDMK Tebliği md. 11/3). *Fon Kurulu*; VİDMK sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde fonu temsil eder ve yönetir (SerPK md. 58/3). Fon Kurulu, fon portföyünün oluşturulması, değerlendirilmesi, fon varlıklarının korunması, saklanması, kaydedilmesi, kayıtların doğru olarak tutulması ve izlenmesinden ve ayrıca yatırımcıların hak ve menfaatlerini koruyacak şekilde, ilgili mevzuat, fon içtüzüğü, izahname, ihraç belgesi ve ihraca ilişkin diğer belgelerde belirtilen ilke ve yöntemlere uygun olarak temsili, yönetimi ve denetiminin gözetiminden sorumludur (VİDMK Tebliği md. 11/4 a ilâ f).

⁷⁵⁵ Kanun koyucunun, konut finansmanı fonu ve varlık finansmanı fonuna tüzel kişilik tanırken izlediği yöntem (fiksiyon yöntemi), yatırım fonlarında fona tüzel kişilik tanınırken izlediği yöntem ile aynıdır. Tanınan tüzel kişiliğin niteliği konusundaki görüş ve açıklamalarımız için yukarıda bkz. § 10 I B.

⁷⁵⁶ Kurucular; bankalar, finansal kiralama ve finansman şirketleri, İFK’lar ve geniş yetkili aracı kurumlar olabilir (VİDMK Tebliği md. 3/1).

Fon Kurulu, VİDMK ihracı ile yatırımcılardan topladığı paralarla, fon portföyünü oluşturur (VİDMK Tebliği md. 11/4/ b). Yatırım fonlarında olduğu gibi, bu işlemlerde de VİDMK ihracı kapsamında yatırımcılara yapılacak ödemeler, fon portföyünde yer alan varlıklardan elde edilen nakit akımlarından karşılanır (VİDMK Tebliği md. 9/1).

KFF ve VFF portföylerinde yer alabilecek olan söz konusu malvarlığı unsurlarının mülkiyete konu olma nitelikleri ve dolayısıyla SerPK’da kabul edilen “inançlı mülkiyet” esasının yerinde olup olmadığı hakkında, yukarıda yatırım fonlarının portföyünde yer alan unsurlara ilişkin açıklamalarımız⁷⁵⁷ bu işlemler için de aynen geçerlidir. Dolayısıyla, burada aynı açıklamalar tekrar edilmeyecek; ilgili hükümde düzenlenen “inançlı mülkiyet” esasının, geniş anlamda “inançlı hak sahipliği”esası şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmekle yetinilecektir.

B. Fonun Saf İnançlı İşlem Niteliği

KFF ve VFF’lerde, VİDMK sahibi yatırımcılar (inanan), Fon Kurulu (inanılan) ile akdettikleri fon sözleşmesi (inanç anlaşması) uyarınca VİDMK karşılığında fona belli bir meblağ öderler (inançlı devir). Fon portföyü, VİDMK’nın ihraç tarihini müteakip en geç bir ay içerisinde oluşturulur (VİDMK Tebliği md. 17/1) Fon portföyü, fon sözleşmesi uyarınca yatırımcılardan edinilen para ve ayrıca bu paralarla üçüncü kişilerden satın ve devralınan diğer malvarlığı unsurlarından oluşur. Söz konusu varlıkların sahipliğiyle ilgili tüm haklar, devir sonucunda fona geçer (VİDMK Tebliği md. 15/2). Fon Kurulu, fon portföyünü, “inançlı mülkiyet” esaslarına göre, yatırımcıların menfaatine olacak şekilde yönetir ve gözetir. Fon

⁷⁵⁷ Bkz. §10 I B 6 a.

Kurulu fon portföyünü, fon sözleşmesi, içtüzük, izahname, VİDMK ihraç belgesi ve ilgili mevzuata uygun olarak yönetmekle yükümlüdür.

VİDMK sahibi yatırımcılar, fona karşı yalnızca bir alacak hakkına sahiptirler.

VİDMK sahiplerine fondan yapılacak (dönemsel) ödemeler, ödeme vadeleri, portföyde yer alan varlıkların yönetilmesi ile elde edilecek olan nakit akımı, fondan yapılacak harcamaları aşan kısmın kullanım esasları, VİDMK'ların itfasına ilişkin esaslar vb. VİDMK izahnamesinde, önceden VİDMK satın alacak olan yatırımcıların bilgisine sunulur (VİDMK Tebliği md. 17/9). İzahnamede bu bilgileri edinen yatırımcı, Fon Kurulu ile -izahnamedeki bilgileri içeren- fon sözleşmesini imzalayarak, bu koşulları kabul etmiş olur.

Fon Kurulu, fonu, “doğrudan aktarım” veya “dolaylı aktarım” usullerinden biri ile yönetir. Doğrudan aktarım usulünde; fon portföyünde yer alan varlıklardan elde edilen, ödeme planına bağlı olan veya olmayan nakit akımları, gerekli kesintiler yapıldıktan sonra fon bünyesinde bekletilmeksizin, doğrudan yatırımcılara aktarılır.

Dolaylı aktarım usulünde ise, söz konusu nakit akımları, yine gerekli kesintiler yapıldıktan sonra belirlenen vadelerde yatırımcılara aktarılanaya kadar, izahnamede veya ihraç belgesinde belirtilen esaslar çerçevesinde fon bünyesinde bekletilebilir (VİDMK Tebliği md. 17/3). Doğrudan aktarım usulü uygulanırsa; yatırımcılara yapılacak ödemelerin vadeleri, fon portföyünde yer alan varlıkların vadeleriyle uyumlu olacak şekilde belirlenir. Dolaylı aktarım usulünün uygulanması durumunda ise, yatırımcılara yapılacak ödemelerin vadeleri Fon Kurulu tarafından belirlenir (VİDMK Tebliği md. 17/4). Her iki yöntemde de, VİDMK itfa edilince, yatırımcılara yapılacak olan (geri) devir, aynen değil ve fakat (yatırım fonlarında katılma

paylarında olduğu gibi), VİDMK'lerin Fon'a satılarak, Fon'dan ilgili VİDMK'a karşılık gelen meblağın, yatırımcılara nakit olarak aktarılması biçiminde gerçekleşir.

Özetle, KFF ve VFF'lerin işleyişi, yatırım fonlarına büyük benzerlik göstermektedir. Fon Kurulu'nun, KFF ve VFF portföyünü (inançlı) yönetim borcunun kapsamına, fon portföyüne alınan varlıkların kayıtlarının doğruluğunun kontrolü ve bu varlıkların korunması ve saklanması da girer (SerPK md. 58/3). VİDMK sahibi yatırımcılar ile Fon Kurulu arasındaki ilişki, saf inançlı işlem ilişkisidir ve aralarındaki ilişkiye vekâlet akdi hükümleri kıyasen⁷⁵⁸ uygulanır (SerPK md. 58/4 ve VİDMK Tebliği md. 5/1).

C. Yatırımcıların Menfaatini Korumaya Yönelik Düzenlemeler

Yatırım fonlarında olduğu gibi, KFF ve VFF'lerde de fonun malvarlığı, fon hesabına olması ve fon iç tüzüğünde hüküm bulunması şartıyla kredi almak, türev araç işlemleri, açığa satış işlemleri veya fon adına taraf olunan benzer nitelikteki işlemlerde bulunmak haricinde teminat gösterilemez ve rehnedilemez. Fonun mal varlığı, kurucunun, fona hizmet sağlayanların (hizmet sağlayıcı) ve fon portföyüne alacaklarını veya varlıklarını devredenlerin (kaynak kuruluş vb.) mal varlığından ayrıdır. Fon mal varlığı, ipoteye veya varlığa dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar; kurucunun, fona hizmet sağlayanların ve fon portföyüne alacak veya varlıklarını devredenlerin yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi hâlinde dahi başka bir amaçla tasarruf edilemez, kamu alacaklarının

⁷⁵⁸ Saf inançlı işlemlerin hukuki niteliği ve bunlara vekâlet hükümlerinin (kıyasen) nasıl uygulanması gerektiği konusunda ayrıntılı açıklamalarımız için yukarıda bkz. §5 II A ve §8 II B.

tahsili amacı da dâhil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir konulamaz ve iflâs masasına dâhil edilemez (SerPK md. 58/2 ve VIDMK Tebliği md. 6/1-3).

III. Proje Finansmanı Fonu

A. Tanımı ve Tarafları

Altyapı projeleri, uygulamada genellikle, birkaç yüklenici şirketin iş ortaklığı (adi ortaklık) kurmaları şeklinde gerçekleştirilir⁷⁵⁹. Adi ortaklıkların tüzel kişilikleri bulunmadığından ihraççı olamazlar⁷⁶⁰. Bu husus, her bir yüklenicinin ayrı ayrı ihraç yapması sonucunu doğurur ki bu şekildeki bir projede, yatırımcılar, projeye değil, bizzat yüklenicinin kendisine finansman sağlamış olurlar. Yani yükleniciye sermaye sağlayan yatırımcılar, doğrudan yüklenicinin riskine katlanmış olurlar. Kaldı ki, yüklenicinin kredibilitesine bağlı olarak, ihraç edilecek tahvilin risk primi değişeceğinden, borçlanma maliyetleri de artar⁷⁶¹. Bu uygulamanın, zikredilen olumsuz yanlarının giderilmesi, altyapı yatırımları ve projelere etkin finansman sağlanması amacıyla, 25.02.2020 tarihli ve 31050 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7222 Numaralı “Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” md. 34 hükmü ile, 6362 sayılı SerPK’ya 61/B düzenlemesi eklenerek, “Proje Finansmanı Fonu” kurumu getirilmiştir.

SerPK md. 61/B (1) hükmüne göre, proje finansmanı; “*uzun vadeli ve yoğun sermaye isteyen altyapı, enerji, sanayi veya teknoloji yatırımları gibi projelerin gerçekleştirilmesi için proje finansman fonu yoluyla finansman sağlanmasıdır*”.

⁷⁵⁹ Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği (TSPB), “Sermaye Piyasasının Geliştirilmesine Yönelik Öneriler ve Eylemler”, s. 79. Erişim: https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2019/04/Sermaye_Piyasasinin_Gelistirilmesine_Yonelik_Oneriler_ve_Eylemler_Mart_2019.pdf, erişim tarihi: 7.04.2020.

⁷⁶⁰ A.g.e., s. 79.

⁷⁶¹ A.g.e., s. 79.

Proje finansman fonu (PFF) ise; “*projeye dayalı menkul kıymetler (PDMK) karşılığında toplanan para ve/veya diğer varlıklarla, PDMK sahipleri hesabına, proje finansmanına konu varlık ve hakların gelirlerine dayalı olarak oluşturulan portföyü işletmek amacıyla yatırım kuruluşları tarafından inançlı mülkiyet esaslarına göre fon içtüzüğü ile kurulan, tüzel kişiliği olmayan mal varlığıdır*” (SerPK md. 61/B (2)).

Proje finansmanı modeli ile, yatırım kuruluşlarına (aracı kurumlar) PFF kurma imkânı getirilmiş ve bu fonlara PDMK ihraç edebilme yetkisi tanınmıştır. Belirli bir altyapı projesinin finansmanı için, bir yatırım kuruluşu tarafından, fon içtüzüğü ile PFF kurulur ve PDMK ihracı gerçekleştirilir. Altyapı projesinin nakit akışlarına (beklenen gelirene) dayalı olarak ihraç edilen PDMK, yüklenicilerin riskinden bağımsız bir sermaye piyasası aracıdır. PDMK ihracı ile yatırımcılardan elde edilen kaynak, projeye aktarılır. Projenin beklenen geliri ise, PDMK sahibi yatırımcılara yapılacak olan anapara ve faiz ödemeleri için kullanılır.

Yatırım kuruluşları tarafından fon içtüzüğü ile kurulacak olan fonun, (yatırım fonları, KFF ve VFF’lerde olduğu gibi), kural olarak, tüzel kişiliği yoktur. Ancak; “*fon; tapu, ticaret sicili ve diğer resmî sicillerde tescil, değişiklik, terkin ve düzeltme talepleri dâhil olmak üzere her türlü sicil işlemleri ile sınırlı olarak tüzel kişiliği haiz addolunur*” (SerPK md. 61/B (6))⁷⁶².

PFF’ler de “PDMK sahibi yatırımcılar”, “Fon Kurulu” ve “Kurucu” olmak üzere üçlü sacayağına dayanır (SerPK md. 61/B (5)). PFF’lerde taraflar arasındaki hukuki

⁷⁶² Konut finansmanı fonu ve varlık finansmanı fonunda olduğu gibi, kanun koyucu, proje finansmanı fonuna tüzel kişilik tanırken de, yatırım fonlarında fona tüzel kişilik tanınırken benimsediği aynı yöntemi (fiksiyon yöntemi) izlemiştir. Fona tanınan tüzel kişiliğin niteliği konusundaki görüş ve açıklamalarımız için yukarıda bkz. §10 I B 2.

ilişki, fonun kuruluşu ve işleyişi, KFF ve VFF'ler ile aynı olduğundan, bu kurumlara atıf yapmakla yetinilecektir⁷⁶³.

B. Fonun Saf İnançlı İşlem Niteliği

Proje finansmanına konu olan projenin gelirleri (örneğin; projenin inşaatı sırasında kamu tarafından ödenecek olan hakedişler, inşaat tamamlanınca kamu tarafından yapılacak olan ödemeler, proje tamamlandıktan sonra, kullanım sonucu alınacak olan ücretler veya bunların karması)⁷⁶⁴ ve proje sebebiyle doğan diğer haklar, PFF'ye devredilir (SerPK md. 61/B (3)). Fona devredilen ve fon portföyünü oluşturan varlık ve haklar üzerinde Fon Kurulu inançlı hak sahibidir. PDMK sahipleri (yatırım fonlarında katılma payı sahipleri; KFF ve VFF'lerde ise VİDMK sahipleri gibi) fon portföyünde yer alan malvarlığı unsurları üzerinde mülkiyet hakkına değil; fon karşısında bir alacak hakkına (anapara ve faiz ödemeleri) sahip olurlar.

PFF'lerde Fon Kurulu (inanılan), PDMK sahibi yatırımcılar (inanan) ile akdedilen inanç anlaşması gereği, fon portföyünü yatırımcıların menfaatine olarak yönetmek borcu altındadır. Fon Kurulu'nun (inançlı) yönetim borcunun kapsamına; PDMK ihracı, kaynak aktarımı, taksitlerin tahsili, nakit akışının sağlanması (örn: faiz veya kira ödemelerinin tahsil edilmesi), anapara ödemelerinin yapılması vb. yönetim faaliyetleri de girer.

Kanun koyucu, PFF'lerde de, yatırımcıların haklarını koruyucu düzenlemeler getirmiştir. Bunun en önemli örneği, SerPK md. 61/B (7) hükmüdür. Buna göre; PDMK itfa edilinceye kadar, PFF portföyünde yer alan varlık ve haklar, PFF'nin

⁷⁶³ Yukarıda bkz. § 10 II A ve § 10 II B.

⁷⁶⁴ A.g.e., s. 79.

kurucusu olan Yatırım Kuruluşu ve fon kullanıcısının yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi hâlinde dahi teminat amacı dışında tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dâhil olmak üzere, iflâs masasına dâhil edilemez, ayrıca bunlar hakkında ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verilmesi mümkün değildir.

§11. Saf İnançlı İşlemlerin Sona Ermesi

Borcun sona ermesi, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünün hukuken ortadan kalkması anlamına gelir; böylece borçlu borçtan kurtulur, alacaklının alacak hakkı kalmaz⁷⁶⁵. Bu anlamda borcun sona ermesi, geniş anlamda borç ilişkisinin (sözleşme ilişkisinin) sona ermesinden farklıdır. Borç ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen, bu ilişkiden doğan münferit bir borcun (dar anlamda)⁷⁶⁶ devam etmesi söz konusu olabilir⁷⁶⁷. Hatta (dar anlamda) bir borcun, borç ilişkisinin sona ermesi anında doğması ('sürekli bir borç ilişkisi' olan kira ilişkisi sona erince, kiracının kiraladığı şeyi kiraya verene geri verme borcunda olduğu gibi⁷⁶⁸) veya muaccellik kazanması da mümkündür⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 569.

⁷⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 5

⁷⁶⁷ Tandoğan (Borçlar Özel, C. II), s. 608.

⁷⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s.6.

⁷⁶⁹ Tandoğan (Borçlar Özel, C. II), s. 608. Bu örnek, her türlü borç ilişkisi sona erdiği halde, yalnızca (dar anlamda) geri verme borcunun devam ettiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Şöyle ki; sürekli borç ilişkilerinde, taraflar arasındaki ilişki, borçlunun bir defada yerine getireceği edimle değil ve fakat zaman içerisinde yayılarak, yerine göre borçlunun devamlı olarak belirli bir biçimde davranışını veya belirli aralıklarla ifa edilecek çeşitli edimleri zorunlu kılar. Böyle bir ilişkinin ne zaman sona ereceği taraflarca kararlaştırılmamışsa, taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi halinde, söz konusu borç ilişkisinin 'sürekli' niteliği sona erer, ancak 'sürekli' niteliği kalmamış bir tasfiye ilişkisinin (kiracının, feshedilmiş olan bu kira ilişkisinden ötürü kiraladığı malı geri verme borcu da içeren) devam etmesini engellemez. Sürekli borç ilişkilerinin (yukarıda bahsedildiği şekilde bir tasfiye - çözümlenme- ilişkisi dahi bırakmadan) kesin olarak ortadan kalkması için, bu ilişkiden doğan bütün borçların ifa edilmiş olması gerekir, Kocayusufpaşaoğlu, s. 6-7.

Geniş anlamda borç ilişkilerini sona erdiren genel sebepler; borç ilişkisinden doğan tüm borçların sona ermiş olması, ikâle, taraflardan birinin ölümü (örn: TBK md.385, 440, 486, 513), taraflardan birinin iflâsı (TBK md. 370, 513), süreli borç ilişkilerinde sürenin sona ermesi, bozucu şarta bağlı borç ilişkilerinde şartın gerçekleşmesi, taraflardan birinin borç ilişkisini sona erdirebilmek hususunda kendisine kanun veya anlaşma ile tanınmış hakkını kullanması ve aşırı ifa güçlüğü (TBK md. 138) olarak özetlenebilir⁷⁷⁰. Bununla birlikte, (dar anlamda) borcu sona erdiren sebepler ise; ifa (TBK md. 131/I), ibra (TBK md. 132), yenileme (TBK md. 133), birleşme (TBK md. 135), ifâ imkânsızlığı (TBK md. 136), aşırı ifa güçlüğü (TBK md. 138) ve takastır (TBK md. 139).

Zikredilen *genel sona erme sebepleri*, saf inancılı işlemler için de geçerlidir. Sözleşmelerin sona ermesi sonucunu doğuran genel sebepler, inanç anlaşmasını da sona erdirir. Öncelikle, inanç anlaşması, ifanın gerçekleşmesi ile (saf inancılı işlemlerde yönetim faaliyetinin yerine getirilmesi ve ardından inanç konusunun iadesi ile) sona erer⁷⁷¹. Bir alacağın tahsil amacı ile devrinde, inanılanın, alacağı tahsil edip, elde ettiği meblağı inanana devretmesi ve inanç anlaşması ile güdülen amacın gerçekleşmesi ile inanç ilişkisinin sona ermesi örnek gösterilebilir⁷⁷².

Taraflarca belirlenen sürenin dolması da bir başka sona erme sebebidir; tarafların inancılı yönetimin süresini önceden belirlemiş olduğu hallerde, belirlenen sürenin bitiminde inancılı işlem de kendiliğinden sona erer⁷⁷³. Taraflar, anlaşarak da (ikale ile) aralarındaki inanç ilişkisini sonlandırabilirler.

⁷⁷⁰ Oğuzman/Öz (Borçlar Genel), s. 569-571, dn. 1.

⁷⁷¹ Güvenç, s. 180.

⁷⁷² Altaş/Kurt, s. 22; Kocayusufpaşaoğlu, s. 365 vd.; Özsunay, s. 185.

⁷⁷³ Oğuz (Roma Hukuku), s. 255.

Bunların yanı sıra kanun koyucu, bazı borç ilişkileri veya borç türleri bakımından *özel sona erme sebepleri* de tanımış olabilir. Örneğin, TBK md. 512-514 hükümleri, vekâlet sözleşmesinin dayandığı özel ‘güven’ ilişkisinin bir sonucu olarak, bu sözleşmeye özgü sona erme sebeplerini düzenlemiştir⁷⁷⁴. Bu özel sona erme sebeplerinin, vekâlet sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin bütününe mü, yoksa yalnız vekilin iş görme borcunu mu sona erdireceği konusu öğretide tartışmalıdır. Azınlıkta kalan görüş; bu sebeplerin, borç ilişkisini değil, yalnız sözleşmeden doğan iş görme borcunu ortadan kaldıracığını; ancak müvekkilin vekilden görülmüş işin hesabını ve alınanların verilmesini, vekilin ise müvekkilden masraflarıyla ücretinin ödenmesini ve zararının tazminini isteme haklarının devam ettiğini belirtmekte ve vekâlet ilişkisinin bütünüyle çözülmesinin, ancak iş görme borcunun ve devam eden muaccel olmuş tüm bu yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle söz konusu olacağını savunmaktadır⁷⁷⁵. Aksi görüşe göre, vekâlete ilişkin özel sona erme sebepleri, sözleşmeden doğan borç ilişkisini sonlandırır⁷⁷⁶. Bununla birlikte, vekâlet sözleşmesinin sona ermesi tasfiye ilişkisinin doğumu sonucunu engellemez⁷⁷⁷.

Vekâlete özgü özel sona erme sebepleri düzenlenirken, vekilin iş görme borcunun kişisel niteliği, sözleşmenin özel bir ‘güven’ ilişkisine dayanması, müvekkilin öncelik taşıyan iradesi ve ağır basan menfaati vb. etkenler gözönünde tutulmuştur⁷⁷⁸. Tüm bu özellik arz eden hususlar, saf inançlı işlemler bakımından da geçerlidir. Zira, saf inançlı işlemlerde de *inananın* menfaati ağır basar. Ayrıca inanılan inanç konusu

⁷⁷⁴ Gümüş (Borçlar Özel), s. 195.

⁷⁷⁵ Serozan (Sözleşmeden Dönme), s. 138-139.

⁷⁷⁶ Seliçi (Sona Erme), s. 135; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 608. Adı geçen yazar 1’nci dipnotta şu eserlere atıf yapmaktadır: Oser-Schönenberger, Art. 404, Nr. 1; Art. 445, Nr. 1; Becker, Art. 404, Nr. 1.

⁷⁷⁷ Gümüş (Borçlar Özel), s. 199.

⁷⁷⁸ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 613. Adı geçen yazar 19’ncü dipnotta şu eserlere atıf yapmaktadır: Peyer, s. 140-154; Oser-Schönenberger, Art. 404, Nr.1; Art. 405, Nr. 1; Gautschi, Art. 404, Nr. 3, a.

üzerinde tam hak sahibi kılınacağından, bu durum ona karşı özel bir ‘güveni’ de gerektirir⁷⁷⁹. Yani bu işlemler bakımından da inanç anlaşması özel bir ‘güven’ ilişkisine dayanır. Bu gerekçelerle, vekâlet sözleşmesine özgü sona erme sebeplerine ilişkin hükümler (TBK md. 512 ve 513), saf inançlı işlemlere de TBK md. 502/II atfı ile kıyasen uygulanmalıdır⁷⁸⁰. Yani vekâlet sözleşmesini sona erdiren özel sebepler, saf inançlı işlemleri de sona erdirir⁷⁸¹.

Bu açıklamalar çerçevesinde, öncelikle, TBK md. 512/I hükmünde vekile ve vekâlet verene tanınan tek taraflı sona erdirmeye hakkına, saf inançlı işlemlerde inanan ile inanılanın da sahip olduğunun kabulü gerekir. TBK md. 512/I hükmüne göre; *“Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”*. Eski BK md. 396 hükmünde tarafların haklarını ifade etmek üzere ‘azil’ ve ‘istifa’ ifadeleri kullanılmışken, yeni kanunda kanun koyucu, ‘tek taraflı olarak sona erdirmeye’ terimini tercih etmiştir. Bunun sebebi, vekâlet sözleşmesinin hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkisi şeklinde ortaya çıkabileceği yönündeki hâkim görüştür⁷⁸². Bu görüşe göre, TBK md. 512/I hükmünde düzenlenen ‘tek taraflı sona erdirmeye’ hakkı; ani edimli vekâlet sözleşmelerinde ve henüz ifasına başlanmamış olan sürekli vekâlet sözleşmelerinde dönme hakkı olarak ortaya çıkar. Vekâlet sözleşmesinin her zaman için sürekli bir borç ilişkisi tesis ettiğini benimseyen Gümüş ise, TBK md. 512/I hükmünde, gerek vekile gerekse vekâlet verene tanınan tek taraflı sona erdirmeye hakkının, *her zaman* için fesih hakkı olacağını savunmaktadır⁷⁸³. Gümüş’ün vekâlet sözleşmeleri için öne

⁷⁷⁹ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 652.

⁷⁸⁰ Gerstle, s. 51; Keller, s. 75.

⁷⁸¹ Özsunay, s. 187; Altaş/Kurt, s. 22.

⁷⁸² Gümüş (Borçlar Özel), s. 196.

⁷⁸³ A.g.e., s. 196.

sürdüğü bu görüşün, saf inançlı işlemler bakımından da rahatlıkla söylenebileceğini ve saf inançlı işlemlerin (bir durum hariç) sürekli borç ilişkisi oluşturacağı ve bu işlemlere anılan hükme kıyasen uygulanacak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının (yine bir durum hariç) bir fesih hakkı oluşturacağı görüşündeyiz. Saf inançlı işlemlerin kural olarak sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığını, bu kuralın tek istisnasının ‘tahsil amacıyla gerçekleştirilen inançlı işlemlerde görülebildiğini yukarıda⁷⁸⁴ belirtmiştik. Bu işlemlerde, taraflar inanç anlaşmasında, salt ‘tahsil’i öngörmüşlerse, burada artık sürekli bir borç ilişkisinin varlığından söz edilemez, ortada ‘ani edimli’ bir inanç ilişkisinin olduğu kabul edilmelidir. Bu da saf inançlı işlemlerin sürekli nitelik taşıdığı kuralına istisna teşkil eder. Ancak, ‘tahsil amacıyla temlik’ işlemlerinde, inanç anlaşmasında tarafların, salt ‘tahsil etme’ yetkisi ile yetinmeyip, bunun yanında ayrıca inanılana ‘yönetim’ faaliyetini gerektiren yetkiler vermeleri de muhtemeldir. Daha önce ilgili kısımda⁷⁸⁵ açıkladığımız şekilde, inanılana “tahsil etme”nin yanında, (alacağın elde edilmesi borcu bakımından, vade erteleme, faiz konularında pazarlık etme vb. yetkileri de içeren) başkaca ‘yönetim’ hakkının tanındığı ihtimallerde inançlı işlemin sürekli borç ilişkisi olduğu kabul edilmelidir.

Özetle, kanımca, kural olarak ani edimli olan ‘tahsil amacıyla gerçekleştirilen inançlı işlemler’ dışındaki saf inançlı işlemlerde, inanan veya inanılan tarafından kullanılabilecek olan fesih hakkı, geçmişe etkili dönme değil; ileriye etkili bir fesih hakkıdır⁷⁸⁶. İstisnai de olsa ani edimli olarak ortaya çıkan tahsil amacıyla yapılan temlikler bakımından ise, kullanılacak hak, dönme hakkı olur.

⁷⁸⁴ Bkz. §5 II D.

⁷⁸⁵ Bkz. §5 II D.

⁷⁸⁶ Gümüş (Borçlar Özel), s. 196-197. Adı geçen yazar, 197’nci sayfa 1088’nci dipnotta şu eserlere atıf yapmaktadır: Weber, Art. 404 N.7, s. 2207; Bühler, Handkomm., Art. 404 N.3, s. 505.

TBK md. 512/c.1 hükmü uyarınca vekalet sözleşmesi, bir nedene dayandırılması gerekmeyen, tek taraflı beyanla her zaman ortadan kaldırılabilir⁷⁸⁷. Tarafların bu hakkı, tek taraflı olarak kullanılan, karşı tarafa yöneltilmesi gereken ve varması ile hüküm ve sonuç doğuran bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir; hakkın kullanılmasıyla, vekalet sözleşmesi, doğan bütün borçlarıyla birlikte ileriye etkili olarak sona erer ve bunu takiben bir tasfiye ilişkisi başlar⁷⁸⁸. Aynı husus, saf inançlı işlemler için de geçerli olmalıdır; ancak inanç anlaşmasını uygun olmayan bir zamanda sona erdiren taraf, karşı tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK md. 512/c.2 kıyasen). Sona erdirme hakkının zamansız kullanımı, inanç anlaşmasının ileriye etkili olarak sona ermesine ve tasfiye ilişkisinin başlamasına engel değildir; yalnızca bir tazminat borcu doğurur⁷⁸⁹. Tazminatın ilk şartı, sözleşmeyi sona erdirecek *haklı bir sebebin* bulunmaması; ikinci şartı ise sona erdirmenin zaman olarak karşı tarafın sözleşmenin devam edeceğine ilişkin güvenine aykırı bir zamanda gerçekleştirilmesidir⁷⁹⁰. Sona erdirme hakkının kullanılması *haklı sebebe* dayanıyorsa, yani sözleşmenin devamı dürüstlük kuralı gereğince artık beklenemiyorsa, fesih hakkı zamansız olarak kullanılsa dahi, hakkı kullanan taraf, bu zamansız sona erme sebebiyle TBK md. 512/c.2'ye göre karşı tarafa tazminat ödemekle yükümlü olmaz⁷⁹¹. Hatta haklı sebebin oluşmasında kusurlu olan, diğer

⁷⁸⁷ Yavuz (Borçlar Özel), s. 1185.

⁷⁸⁸ Yargıtay'ın vekâlet sözleşmeleri için yaptığı bu açıklama için bkz. Yargıtay 14. H.D., 25.10.2005 T. 5926/9546 (kazancı içtihat bilgi bankası).

⁷⁸⁹ Gümüş (Borçlar Özel), s. 199. Zikredilen tazminat borcu, sözleşme ihlaline dayalı olarak değil, TBK md. 512/II hükmüne dayalı yasal sebep sorumluluğu çerçevesinde doğar, bkz. a.g.e., s. 199.

⁷⁹⁰ Eren (Borçlar Özel), s. 716.

⁷⁹¹ Gümüş (Borçlar Özel), s. 199. *Önemli sebepler* ile, sözleşmeyi devamı çekilmez, karşı taraftan beklenemez kılması mutlaka gerekmeyen *haklı sebepler* arasında bir ayrım yapan ve daha geniş olan haklı sebep kavramının vekilin tazminat talebini kaldırmak için yeterli olduğu görüşünü savunan Gautschi'nin fikrine karşı *Tandoğan*, aslında önemli sebep ve haklı sebep kavramlarının birbirinden farklı olmadığını; yalnız vekâlet sözleşmesinin gerektirdiği özel güven dolayısıyla haklı sebep kavramının vekâlet sözleşmesinde (hizmet sözleşmesine nazaran) daha geniş tutulmasının savunulabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, böylece, uygun olmayan zamanda azil kavramı haklı sebeplere dayanmayan azil kavramına irca olunmaktadır, *Tandoğan* (Borçlar Özel, C. II), s. 636. Başak bir görüş; haklı sebep karşı tarafa isnat edilemiyorsa haklı sebeple sözleşmeyi fesheden tarafın bu hakkını uygun zamanda kullanmaması sebebiyle karşı tarafın uğradığı zararı yine TBK md. 512

tarafıdan uğramış olduğu zararının tazminini de talep edebilir⁷⁹². Uygun olmayan zaman kavramı, haklı sebepten farklıdır⁷⁹³. Sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından haklı bir sebebin bulunması, genellikle sona erdirmenin uygun olmayan zamanda yapılıp yapılmadığının incelenmesine engel olur⁷⁹⁴.

Taraflardan birinin sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdirmesi halinde (haklı sebep olmaksızın); karşı taraf, *müspet zararının* (ifaya olan menfaatinin) değil, ancak güvendiğı ilişkinin uygun olmayan zamanda ortadan kalkmasından dolayı uğradığı *menfi zararının* tazminini isteyebilecektir⁷⁹⁵. Sona erdirmenin kullanılması durumunda kural, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesine bağı olarak müspet zararın tazmin edilmesidir; ancak öğretildeki hâkim görüş, TBK md. 512/ c.2 hükmünü bu kuralın istisnası olarak görmekte ve sona erdirmenin zamansız kullanımına, menfi zararın tazmini sonucunu bağlamaktadır⁷⁹⁶. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; azil veya istifa halinde karşı taraf, güvendiğı vekaletin uygun olmayan zamanda ortadan kalkmasından dolayı uğradığı menfi zararın tazminini isteyebilir⁷⁹⁷.

c.2'ye göre tazmin etmekle yükümlüdür, bkz. Sarı, s. 165 vd.

⁷⁹² Sarı, s. 180. Haklı sebebin oluşmasında kusuru olan taraf haklı sebebe daylı olarak fesih hakkını kullansa bile, bunun sonuçlarından sorumludur; fesih hakkını karşı taraf kullanmışsa, haklı sebebin oluşumunda kusurlu olan taraf fesih hakkının zamansız kullanıldığı iddiasıyla tazminat talep edemez, Gümüş (Borçlar Özel), s. 199-200. Adı geçen yazar, 1103'üncü dipnotta şu eserlere atıf yapmaktadır: Weber, Art. 404 N.16, s. 2210; Felmann, Art.404 N.87.

⁷⁹³ Zevkliler, A./Gökyayla, K. E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 671.

⁷⁹⁴ Gökyayla, K. E.: Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 71, dn. 16.

⁷⁹⁵ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 640. Adı geçen yazar, 150'nci dipnotunda şu eserlere atıf yapmaktadır: Oser-Schönenberger, Art. 404, Nr.9; Becker, Art. 404, Nr.7; Gautschi, Art. 404, Nr.19, a-b, 20, a.

⁷⁹⁶ Tandoğan (Borçlar Özel), s. 640; Aral, s. 419; Sarı, s. 139; Buz, V.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s.85-86; Gümüş (Borçlar Özel), s. 200. Ayrıca Gümüş, dn. 1104'te şu eserlere atıf yapmaktadır: Guhl/Schnyder, §49 N.31, s. 556; Bucher, s. 229; Honsell, s.324.

⁷⁹⁷ Yavuz (Borçlar Özel), s. 1186.

Diğer taraftan, TBK md. 513/I hükmüne göre; “*sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin **ölümü**, ehliyetini kaybetmesi ya da iflâsı ile kendiliğinden sona ermiş olur*”.

Saf inançlı işlemler bakımından inanılanın kimliği büyük önem taşıdığından, bu hükmün saf inançlı işlemlere kıyasen uygulanması suretiyle, inanılanın ölümünün inanç ilişkisine son vereceği⁷⁹⁸ ve bu durumda inanılanın mirasçılarının inanç konusunu inanana devretmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir⁷⁹⁹. Bir başka ifadeyle, saf inançlı işlemlerde, inanılanın inanç konusu üzerinde tam hak sahibi olması, işin mahiyeti gereği, ona karşı özel bir güveni gerektirdiğinden, inanılanın ölümü halinde, kural olarak (yani inanç anlaşmasından veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça), inanç ilişkisi de son bulmalıdır⁸⁰⁰. Zira inanan, çoğu zaman, inanılanın mirasçılarını tanımaz bile⁸⁰¹. İnanılanın ölümü halinde inanan, inanç ilişkisini devam ettirmek isteyip istemediğini serbestçe tayin edebilmelidir. İşin niteliği ve inanılanın şahsına gösterilen güvenin önemi, inanılanın ölümü halinde inanç anlaşmasının sona ermesini gerektirirse de, inanan gerekli önlemleri alıncaya kadar inanılanın mirasçıları inanç konusunu inanç anlaşmasına uygun olarak ve gerekli özeni göstererek idare etmelidirler. İnananın ölümünde ise, şüphe halinde, inanç ilişkisinin sona ermediği, taraflar arasındaki inanç anlaşmasının geçerli olarak devam ettiği ve inananın yerine mirasçılarının geçtiği sonucuna varılmalıdır⁸⁰².

⁷⁹⁸ Özsunay, s. 187. Bir borç ilişkisinde taraflardan birinin ölümü kural olarak borç ilişkisini sona erdirmez, Seliçi (Sona Erme), s. 81. Ancak kanun, kişi unsurunun ön planda olduğu (vekâlet gibi) bazı sözleşmelerde taraflardan birinin ölmesi halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini öngörmüştür, bkz. Altınok Ormancı, s. 87.

⁷⁹⁹ Özgür, s. 181.

⁸⁰⁰ Tandoğan (Borçlar Özel, C. II), s. 652.

⁸⁰¹ Tandoğan (Borçlar Özel, C.II), s. 652. Adı geçen yazar ayrıca 200’ncü dipnotta şu kararlara atıf yapmaktadır: BGE 94 II 167, BGE 78 II 452.

⁸⁰² Gerstle, s. 51; Özsunay, s. 188.

Taraflardan birinin ehliyetini kaybetmesi veya iflâs etmesi halinde de, inanç anlaşmasından veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, taraflar arasındaki inanç ilişkisinin TBK md. 513/I hükmüne kıyasen kendiliğinden sona ereceği kabul edilmelidir⁸⁰³. Söz konusu hüküm, “*sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça*” demek suretiyle, taraflardan birinin ölümü, ehliyetsizliği ya da iflası ile vekâletin sona ereceğine ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olmadığını açıklıkla ifade etmiş olduğundan; kıyasen saf inançlı işlemlerde de inanan ile inanılanın, taraflardan birinin ölümüne rağmen inanç ilişkisinin devam edeceğini veya aynı şekilde taraflardan birinin iflâsı ya da ehliyetsizliği sebebiyle ilişkinin sona ermeyeceğini sözleşme ile kararlaştırabilmeleri mümkün olmalıdır⁸⁰⁴.

TBK md. 512 ve md. 513 hükümlerine göre vekâlet sözleşmesinin sona erdiği hallerde sona ermenin hüküm ve sonuç doğurması, TBK md. 514 hükmü uyarınca, TBK md. 45 hükmüne kıyasen, karşı tarafın sona erme sebebinin gerçekleştiğine ilişkin bilgi sahibi olmasına bağlanmaktadır⁸⁰⁵. TBK md. 514 hükmüne göre; “*vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, vekâlet veren ya da mirasçıları sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur*”. Temsile ilişkin olan TBK md. 45 hükmü de “*temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdır*” şeklinde benzer bir düzenleme getirmiştir. Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda uygulanmaz (TBK md. 45/f.2).

⁸⁰³ TBK md. 513/f.1’deki vekaletin ölüm, ehliyetsizlik ya da iflâs sebebiyle sona ermesine ilişkin kuralın uygulanması bakımından, vekaletin maddi fiillere ya da hukuki işlemlere ilişkin olması fark meydana getirmez, bkz. Yavuz (Borçlar Özel), s. 1188.

⁸⁰⁴ A.g.e., s. 1188-1189.

⁸⁰⁵ Gümüş (Borçlar Özel), s. 203.

O halde, TBK md. 514 hükmünün uygulanmasında, vekaletin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde, TBK md. 45/f.2 hükmünün gözönünde tutulması gerekir⁸⁰⁶.

Hukuki işlemlere ilişkin vekalette⁸⁰⁷, vekaletin TBK md. 512 ve 513 hükümleri uyarınca sona erdiği durumlarda, vekilin, sona erme anından itibaren vekalet veren için hukuki işlem yapma yetkisi de sona ereceğinden, vekalet veren için yaptığı hukuki işlemler hakkında yetkisiz temsil veya vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gerekir⁸⁰⁸. TBK md. 514 hükmü bu kurala istisna getirmekte ve sona ermenin bu sonucu doğurabilmesi için ayrıca vekilin sona ermeyi öğrenmesini aramaktadır; bu gerçekleşmedikçe, vekalet, öğrenme anına kadar devam ediyormuş gibi hüküm doğurur; yani vekil, öğrenme anına kadar yaptığı hukuki işlemlerle vekâlet vereni hak sahibi ya da borçlu yapabilir⁸⁰⁹. Ancak, vekilin doğrudan temsilci sıfatını taşıdığı vekaletle dayanarak yaptığı hukuki işlemlerde, kural olarak, vekilin vekalet veren hesabına işlem yaptığı üçüncü kişinin, vekaletin sona erdiğini bildiği (veya bilmesi gerektiği) ihtimalde, TBK md. 514 hükmünün getirdiği istisna uygulama alanı bulamaz⁸¹⁰. Bu halde, vekil henüz sona ermeden haberdar olmamış olsa dahi, vekilin vekalet veren hesabına üçüncü kişi ile yaptığı sözleşme, vekalet veren icazet vermedikçe onu bağlamaz (TBK md. 45/f.2).

İyiniyetli vekili korumayı amaçlayan TBK md. 514 hükmü⁸¹¹, (vekalet ilişkisine benzer biçimde saf inançlı işlemler bakımından da inanç anlaşması özel bir ‘güven’

⁸⁰⁶ Yavuz (Borçlar Özel), s. 1190.

⁸⁰⁷ TBK md. 515 (eski BK 398) hükmünün uygulanması maddi fiillere ilişkin vekaletle dolaylı temsili gerektiren hukuki işlemlere ilişkin vekalette güçlük doğurmaz; zira bu gibi vekaletlerde, müvekkil, vekilin yaptığı işler dolayısıyla üçüncü kişilerle doğrudan doğruya ilişkiye girmez, Tandoğan (Borçlar Özel, C.II), s. 641-642.

⁸⁰⁸ Yavuz (Borçlar Özel), s. 1190.

⁸⁰⁹ A.g.e., s. 1190.

⁸¹⁰ Bu durumlarda, yetkisiz temsil veya vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanır, Yavuz (Borçlar Özel), s. 1190; Tandoğan (Borçlar Özel), s. 642.

⁸¹¹ Gümüş (Borçlar Özel), s. 204.

ilişkinine dayandığından) saf inançlı işlemlere de (kıyasen) uygulanmalı ve hükmün kapsamına giren hallerde, iyiniyetli inanılan da korunabilmelidir. Örneğin, dolaylı temsili gerekli kılan bir inançlı işlemde, inanılanın kendisiyle inanan hesabına hukuki işlem yaptığı üçüncü kişinin inananın (veya inanç ilişkisinin) varlığını veya inanç ilişkisinin sona erip ermediğini bilip bilmemesi onun hukuki durumunu değiştirmez⁸¹². İnanç ilişkisinin sona erdiğini bilmesine rağmen, üçüncü kişi ile hukuki işlemi yapan inanılanın bu işlemi, inanılan ile üçüncü kişi arasında geçerli olarak ortaya çıkar; ancak burada inanılan, işlem anında inanan ile olan iç ilişkisinin sona erdiğini bildiğinden, artık inanandan kendisini üçüncü kişi ile yaptığı işlemde doğan borçtan kurtarmasını ve bu işlemle ilgili masraflarını ödemesini isteyemez⁸¹³.

⁸¹² Tandoğan (Borçlar Özel), s. 642.

⁸¹³ A.g.e., s. 642.

SONUÇ

Bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. İnançlı işlemde, inanan kendisinin veya bir üçüncü kişinin menfaatinin korunması veya bir işinin görülmesi yahut da inanılana teminat sağlanması için, bir malvarlığı hakkını inanılana devretme veya devrini sağlama borcu altına girer. İnanılan ise inananın inancılı devir yoluyla elde ettiği veya üçüncü bir kişiden devraldığı hakkı, inanç anlaşmasına ve inananın talimatlarına uygun bir şekilde, tarafların belirlediği amaç çerçevesinde kullanmayı, yönetmeyi veya elinde bulundurmayı taahhüt eder. İnanılanın bir diğer borcu, kendisine inancılı olarak devredilen hakkı, tarafların ulaşmak istedikleri amacın hasıl olması veya inanç ilişkisinin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda, inanan veya bir üçüncü kişiye devretmektir.
2. İnançlı işlemler, amaç ölçütüne göre yapılan sınıflandırmaya göre; saf ve karma inancılı işlemler olarak sınıflandırılır. Bu tezin konusunu oluşturan saf inancılı işlemlerde; inanılan, inanç konusu üzerindeki hakka, inananın bizzat kendisinin veya onun belirlediği bir üçüncü kişinin (yararlanan) yararına olmak üzere sahip kılınır. İnanılan elinde bulundurduğu inanç konusunu ya doğrudan doğruya inananın ya da yararlananın emir ve talimatlarına uygun olarak kullanır. İşleme saflık niteliğini kazandıran, inanılanın başkasının menfaati için hareket etmesi, inananın ya da onun belirlediği bir üçüncü kişinin menfaatinin ön planda tutulması, böylece işlemin amacı kapsamına giren menfaatin birden çok kişiye bölünmeksizin tek bir kişiye ait olmasıdır.
3. Tüm saf inancılı işlemler dolaylı temsil unsurunu içinde barındırır; ancak her dolaylı temsil ilişkisi inancılı işlem niteliği taşımaz. Yani inancılı işlem, dolaylı temsili içeren bir vekâlet sözleşmesi teşkil etmez; ancak iki sözleşme arasında büyük bir

benzerlik bulunur. İnançlı işlem *sui generis* bir sözleşmedir ve dolaylı temsili içeren vekâlet ilişkilerine olan büyük benzerliği nedeniyle de TBK md. 509 hükmünün kıyasen uygulama alanına girer.

4. İnanç anlaşmasından sonra yapılan devir işlemi, inanç anlaşmasının ifasına yönelik bir tasarruf işlemi olduğundan, inanç anlaşması ile inançlı devir işlemi arasında bir ön sözleşme – asıl sözleşme ilişkisi bulunmaz.
5. İnanç anlaşmasında her ne kadar her iki tarafa da asli edim yükümlülüğü yüklenmekteyse de inananın inanç konusunu devir borcu ile inanılanın kendisine devredilen inanç konusunu yönetme ve inanç ilişkisi sona erdiğinde de tekrar inananı devretme borçları, doğuş anları eş zamanlı olmayan ve birbirinin karşılığını oluşturmayan yükümlülüklerdir. Bu nedenle inanç anlaşmasının tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu söylenemez.
6. Saf inançlı işlemlerde, inançlı devir borcunun konusunun *taşınır* olduğu durumlarda, inanç anlaşmasının geçerliliği kural olarak, yani kanunda özel bir şekil kuralı bulunmadıkça, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. İnanç konusunun bir *alacak* olduğu (yani inananın alacağını inanılana inançlı olarak devretmeyi taahhüt ettiği) inanç anlaşmalarında, inanan sadece alacağı inançlı devredeceğini taahhüt ediyorsa; inanç anlaşması yazılı şekle tabi değildir; alacağını inanç anlaşması içinde devretmek istiyorsa inanç anlaşması yazılı olmalıdır (TBK md 184). İnanç konusunun bir *taşınmaz* olduğu ve taşınmazın inananın elinde edildiği ihtimalde; mülkiyeti devir borcu doğuran inanç anlaşmasının TMK md. 706/I hükmü gereği resmî şekilde yapılması gerekir. İnanç konusu taşınmazın üçüncü kişilerden elde edildiği saf inançlı işlemlerde de inanılanın (geri) devir borcunun doğumuna kaynaklık etmesi sebebiyle, inanç anlaşması (TMK md. 706/I uyarınca) resmî şekle tabi olmalıdır. Zira inanç anlaşması, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak, iş görme

niteliğinin yanı sıra taşınmaz mülkiyetinin devri amacını da ciddi olarak bünyesinde barındırmakta; vekâlet sözleşmesinde dolaylı temsil kavramının niteliğinden (kanundan) kaynaklanan devir borcu, inanç anlaşmasında doğrudan sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki, inanç konusunun bizzat inanandan kazanıldığı inançlı işlemlerde inanç anlaşmasını resmi şekle tabi kılıp; üçüncü kişiden kazanıldığı işlemlerde resmi şekli aramamak ve bu iki işlem arasında dayanağı olmayan yapay bir farklılık yaratmak da isabetli değildir.

7. Saf inançlı işlemler, işi görülen inananın iş gören inanılana (iş görmenin konusunu oluşturacak) bir hakkını devretme borcunu da içerdiği için, salt bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilemez ise de, TBK m. 502/II hükmündeki kıyasen uygulama atfının, kural olarak, saf inançlı işlemleri kapsadığı kabul edilmelidir.
8. *Sui generis* bir sözleşme olduğunu düşündüğüm saf inançlı işlemlerde inanç anlaşmasına, bir iş görme (asli) borcunu da içermesi nedeniyle ve TBK md. 502/2 hükmü uyarınca, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir. Bu kapsamda, saf inançlı işlemlerde TBK md. 509 düzenlemesinden kıyas yolu ile yararlanmanın mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. Bu husus iki ayrı başlık altında incelenmiştir: 1. “İnananın TBK 509/I hükmünde öngörülen kanuni temlikten yararlanma olanağı” ve 2. “İnanılanın iflâsı halinde inananın TBK 509/III hükmünde öngörülen ayırma hakkından yararlanma olanağı”.

Sui generis niteliği haiz olan -inanç konusunun üçüncü kişiden kazanıldığı- saf inançlı işlemlere, TBK md. 509/I hükmü, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde kıyasen uygulanmalıdır. Ancak bu, saf inançlı işlemlerin hukuki karakteri, yapısı ve işlevi nedeniyle, özellikle de inanç konusunun inanç ilişkisi sona erece kadar inananda kalması gereği dikkate alınarak, ancak *bu işlemlere özgü* (TBK md. 509/I

hükümünde yer almayan) önemli bir modaliteyle (uygulama şartıyla) birlikte yapılacak (nitelikli) bir kıyas dayanmalıdır. Böyle bir kıyas (yani, *kıyasen uygulanacak hükmün içermediği bir uygulama şartı öngörmek suretiyle o hükmü aslında değiştirerek* somut olay veya ilişkiye tatbik etmek) ise, TBK md. 502/II atfına dayanan bir kıyas oluşturmaz. Çünkü TBK md. 502/II hükmündeki “*niteliklerine uygun düşme*” koşulu, TBK md. 509/I düzenlemesinin saf inancılı işlemlere uygulanması bağlamında sağlanmış değildir ve (bu nedenledir ki) TBK md. 509/I kuralı, kıyasen uygulama atfında yapılması gerekenin ötesine geçilerek, yani uygulama şartlarında önemli bir değişiklik yapılmak suretiyle, saf inancılı işlemlere uygulanmak durumundadır. Bu özellikteki bir kıyas ise, daha ziyade, hâkimin, TMK md. 1/II kapsamında, (örf ve âdet hukuku kuralı bulunmadığı için ya da takdirde) kanun koyucu gibi (*modo legislatoris*) hareket ederek hukuk kuralı yaratırken yararlanacağı bir kıyastır. Özetle, buradaki kıyas, *sui generis* sözleşmelerde (bizim de kabul ettiğimiz) yaratma ve kıyas görüşüne uygun olarak, hâkimin, saf inancılı sözleşmelerdeki inanç anlaşması için söz konusu olan bir hukuk boşluğunu doldurmak için yaratacağı kuralda, TBK md. 509/I hükmünden istifade etmesidir.

TBK md. 509/III hükmündeki ayırma hakkı düzenlemesinin ise (dolaylı temsili gerekli kılan vekâlet ilişkilerinde vekile karşı tüm borçlarını yerine getirmiş olan müvekkil ile saf inancılı işlemlerde inanılana karşı tüm borçlarını ifa etmiş olan inananın benzer/aynı hukuki konumları ve hukuki koruma ihtiyaçları dikkate alınarak) TBK md. 502/II hükmü atfıyla kıyasen ve aynen öngördüğü sonuçla, saf inancılı işlemlere de uygulanması mümkündür. Zira TBK md. 509/I hükmündeki durum ile TBK md. 509/III hükmünde düzenlenen durum birbirinden farklılık arz eder: TBK md. 509/I hükmünün saf inancılı işlemlere, basit bir kıyas ile (yani ‘vekil’ yerine ‘inanılan’, ‘müvekkil’ yerine ‘inanan’ ibareleri konmak suretiyle) uygulanması

(bu işlemlerin amacına ters düştüğü için) mümkün değilken; TBK md. 509/III hükmü bakımından durum farklıdır. Gerçekten de inanan, inanılanın kendi adına ve inanan hesabına edinmiş olduğu taşınırın iflâs masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilmelidir. Bu şekildeki bir kabul saf inançlı işlemlerin niteliği için de daha uygundur.

9. Saf inançlı işlemlerin uygulamadaki görünümünün yanı sıra, SerPK’da da “inançlı mülkiyet” esasına dayalı olduğu belirtilen sermaye piyasası kurumlarına rastlanılmaktadır. Yatırım fonları bu kurumların başında gelir. Yatırım fonuna, SerPK md. 52/5 hükmü ile tanınan tüzel kişilik, hak ehliyeti SerPK’nın getirmiş olduğu fiksiyona dayalı olarak ve yalnız SerPK md. 52/5 hükmünde belirtilen amaç ve işlev ile sınırlı olduğu varsayılan, fiil ehliyeti olmayan atipik bir tüzel kişiliktir.
10. Yatırım fonlarında, yatırımcılar (*inanan*) ile PYŞ (*inanılan*) arasında akdedilen kolektif yatırım sözleşmesi *inanç anlaşması*dır. Bununla yatırımcılar fon katılma payı karşılığı PYŞ’ye belirli bir meblağ ödeme borcu altına girerler ve bu parayı PYŞ’nin yönetim ve tasarrufunda olan fon hesabına yatırırlar (*inançlı devir*). Fon portföyünde yer alan malvarlığı unsurları, *inançlı mülkiyet esaslarına* göre (geniş anlamda: *inançlı hak sahipliği esaslarına* göre) PYŞ tarafından yönetilip değerlendirilir.

KAYNAKÇA

Acemoğlu, K.: Borçlar Kanunu’nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.

Aday, N.: Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.

Adıgüzel, B.: “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Sermaye Piyasası Aracı Kavramı”, TFM, 2017, C. 3, S.1, s. 1-8.

Akyol, Ş.: Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul 2007.

Altınok Ormanlı, P.: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, Ankara 2011 (Doktora Tezi).

Ammann, F.: Treuhand und Grundbuch, Zürich, Buchdruckerei Dr. J. Weiss, 1946.

Antalya, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Ekim 2015.

Apaydın, E.: “Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler”, Legal Hukuk Dergisi, 2016, C.14, S. 160, s. 1791-1838.

Aral, F.: “Topyekün Temlik”, AÜHFD, 1991-1992, C. 67, S.1-4, s. 93-140.

Atamer, Y. 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 Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, 2012, C. 8, s. 9-73.

Atila, P.: “Fiduciary Assignment”, Trakia Journal of Sciences, 2009, C. 7, S. 3, s. 67-70.

Ayan, M.: Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili C. I, Konya 2004.

Ayan, M.: “Nam-ı Müstear Kavramı ve Hukuki Niteliği”, DÜHFD, 1984, C.2, S. 2, s. 377-393.

Ayan, Ö.: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 428. Maddesinde Düzenlenen Organın Temsilcisi ve Bağımsız Temsilci”, GÜHFD, 2012, C. 16, S. 3, s. 1-46.

Ayan, S.: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Hak Sahipliği”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 193-236.

Aydıncık, Ş.: “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, İÜHFM, İstanbul 2006, C. LXIV, S.1, s. 131-194.

Ayiter, K.: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, No. 28-10, Ankara 1953.

Ayiter, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972 (Fikir ve Sanat).

Ayiter, N.: Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara, 1968.

Bär, R.: Zum Gesetzentwurf über die Anlagefonds, ZbJV, 1962, C. 98.

Başpınar, V.: “Taşınmaz Satımında Vekâlet”, AÜHFD, Ankara 1996, C. XLV, S. 1-4, s. 483-504.

Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953, C. 43.

Berktaş Yüksel, E.: "Sahipliğe Dayalı Kira Sertifikaları ve Bunların Saf İnançlı İşlem Niteliği", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C.10, S.1, ss. 150-182, erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/issue/52790/704507>.

Blass, J.: Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht: Ein Beitrag zur Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft, Aarau, Verlag H.R. Sauerländer 1953.

Bucher, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich, Schultess Verlag, 1988.

Buckland, W.W.: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Iustinian, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 1950.

Burcuoğlu, H.: “Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Menkul Davasının Hukuki Dayanağı, Zilyedliğe Bağlı Hak Karinelerinin Menkul Davasında Uygulanıp Uygulanamayacağı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2011, C.45, S.1-4, s. 493-535.

Burdick, W. L.: The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, The Lawbook Exchange Ltd., 2004.

Buz, V.: “Immer noch ‘allgemeine’ Geschäftsbedingungen? Kritische Gedanken zum Vielzahlkriterium nach § 305 Abs. 1 BGB”, Archiv für die civilistische Praxis, 2019, C.219, S 1-153, s. 1-28.

Buz, V.: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

Buz, V.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Bürgi, W.: Das Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–738, Zürich 1969.

Chambers, N.: Türev Piyasalar, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

Clark, R. C.: Abstract Rights versus Paper Rights under Article 9 of the Uniform Commercial Code, The Yale Law Journal, 1975, C.84, S.3, s. 445-479.

Coing, H.: Die Treuhand Kraft privaten Rechtsgeschäfts, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973.

Çetin, N.: Borsada Hisse Senedi Alım Satım İşlemlerinin Hukuki Niteliği, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara 2004.

Çıtak, S./Akbulak, Y.: “İnançlı Mülkiyet İlkesi ve Menkul Kıymetler Yatırım Fonları Açısından İncelenmesi”, Araştırma Raporu, Ankara 1990.

Çilenti Konuralp, A.: Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2020.

Di Marzo, S.: Roma Hukuku (çev. Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959.

Dixon, M.: Modern Land Law, 5. Bası, Cavendish Publishing Limited, 2005.

Dreyer, K. H.: “Das fiduziarische Rechtsgeschäft”, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Verlag Franz Vahlen, Berlin 1896.

Dural, M./ Sarı, S.: Türk Özel Hukuku, C. I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri), Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku C. II (Kişiler Hukuku), Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul 2012.

Erbe, W.: Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar, Verlag Hermann Böhlau Nachfolger, 1940.

Erdoğan, B.: “Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bir Bakış”, Ümit Yasar Doğanay’ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, C.1, s. 255-274.

Erel, Ş. N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2009.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Genel).

Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2016 (Borçlar Özel).

Ertaş, V./Tuncel, K./Teker, B.: Yatırım Fonları Türkiye Uygulaması, SPK Yayınevi, Ankara 1997.

Esener, T.: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1956 (Muvazaalı Muameleler).

Felmann, W.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI/4, Der Einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern, 1992.

Feyzioğlu, F. N.: “Gayrimenkule Müteallik Karı Koca Arasındaki Vekâlet Akdi, Muvazaa ve Nam-ı Müstear İddiaları (Karar Tahlili), İÜHFM, İstanbul 1953, C. XIX, S.3-4, s. 989-1021.

Fischbach, O.: Treuhänder und Treuhandgeschäfte, Mannheim/Leipzig, 1912.

Gordon W. M./Robinson O. F.: The Institutes Of Gaius, Cornell University Press, Ithaca, New York 1988.

Garrigues, J.: “Law of Trusts”, The American Journal of Comparative Law, 1953, C.II, S.1, s. 25-35.

Gauch, P./ Schluep, W.R./ Schmid, J.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Auflage, Zürich, Schultess Verlag, 2008.

Gautschi, G.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/4, Das Obligationenrecht: Der Einfache Auftrag (Art. 394-406 OR), Bern, verlag Stämpfli&Cie AG, 1971.

Gautschi, G.: “Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragungen”, SJZ, S.55, Zürich, 1958.

Gerstle, L.: Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1917 (Tez).

Goebel, R.: “Reconstructing the Roman Law of Real Security”, Tulare Law Review, 1961-1962, C. XXXVI, s. 29-66.

Goltz, F.: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel und Konkurs Rechtes, Marburg, 1901.

Gökyayla, K. E.: Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

Gökyayla, K. E.: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2000.

Gubler, F. T.: Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht, Aarau, Verlag H. R. Sauerländer, 1940.

Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Borçlar Özel)

Gümüş, M. A.: Türkiye-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Basım Yayın, 1. Baskı, İstanbul 2001 (Vekilin Özen Borcu).

Güenal, A. N.: “Roma Hukuku’nda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi”, AÜHFD, Ankara 1998, C. XLVII, S. 1-4, s. 119-136.

Gürsoy, K. T.: Mukayeseli Hukukta, Özellikle Türk ve İsviçre Hukuklarında Yatırım Fonları, Batider, 1977.

Gürzumar, O. B.: “Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri” (Prof. Dr. Erden KUNTALP’e Armağan), GÜHFD, İstanbul 2004, S.1, s. 105-161 (TMK 5).

Gürzumar, O. B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukten Korunması, Beta Basım Yayım, 1. Bası, İstanbul 1995 (Franchise Sözleşmeleri).

Hansmann, H./ Mattei, U.: “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, New York University Law Review, 1998, C. 73, S. 434, s. 434-479.

Hatemi, H.: “Nam-ı Müstear Kavramı ve Vekâlet ile İlişkisi”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977.

Hausmaninger, H./Gamauf, R.: A Casebook on Roman Property Law (çev. Sheets, George A.), Oxford University Press, 2012.

Homburger, E.: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V/5b, Der Verwaltungsrat, (Art. 717), Zürich 1997.

Honig, R.: Roma Hukuku Dersleri (Çev. Şemseddin Talip), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1938.

Honsell, H. / Vogt, N. P. / Wiegand, W.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.

Honsell, H.: Schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Auflage, Bern, 2003.

Hoofs, K.: “Property Rights in Legal History”, (ed. Boudewijn Bouckaert), Property Law and Economics: Encyclopedia of Law and Economics, Edward Elgar, 2. Baskı, C. 5, 2010.

Huber, E.: “Karşılaştırmalı Hukuk: İsviçre Hukuku’nda Trust ve Treuhand (Çeviri)”, çev. Eylem Apaydın, Küresel Bakış, 2012, C. 6, S. 2, s.1-3.

Huguenin, C./Müller Chen, M.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft 3. Auflage (CHK – Gehrler Cordey, C. / Giger, G.), Schulthess, Basel, 2016.

İmregün, O.: Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 2001.

İnan, A. N./Yücel, Ö.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler - TBK’ya Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2014.

İşgüzar, H.: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989.

Jäggi, P./Gauch, P.: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V1b, Art. 18 OR, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980.

Jenks, E.: “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler” (çev. Özyörük, M.), s. 40-79), erişim: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2175.pdf>.

Karadeniz Çelebican, Ö.: Roma Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005 (Roma Eşya).

Karahan, S./Suluk, C./Saraç, T. /Nal, T.: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3.

Genişletilmiş Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Karayalçın, Y.: “İngiliz Hukukunda ‘Trust’ Kavramı ve Avrupa Hukuku” (Ali Bozer’e Armağan), BTHAE, Türkiye İş Bankası Hukuk Fakültesi; Ankara 1998.

Karayalçın, Y.: Muvazaa (Danışık)-Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası (Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan), İstanbul 1999.

Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 3. Bası, Ankara 1970.

Karşlı, M.: Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler, İstanbul 1989.

Kaser, M.: *Gnomon*, 1941, C. 17, S. 2, s. 75–80, erişim: www.jstor.org/stable/27676695.

Kaser, M./Knütel, R.: Römisches Privatrecht, 17. Aufl., München 2003.

Keller, R.: Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1944.

Kılıç, S.: Türkiye’deki Yatırım Fonlarının Performanslarının Değerlendirilmesi, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, Ankara 2002.

Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Genişletilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

Kılıçoğlu, A. M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2019 (Sınai Haklar).

Kırca, Ç.:“Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, Yargıtay Dergisi, 1999, C.25, S. 3, s. 242-270.

Kocaman, A. B.: Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısında Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1989.

Kocaman, A. B.: “Havalenin Hukuki Niteliği Üzerine”, AÜSBF, 1994, C.49, S.1-2, s. 291-301, s. 296, erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36528> (Havale).

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası’dan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, Sulhi Karan Matbaası, İstanbul 1959 (Gayrimenkul Satış Vaadi).

Korkut, Ö.: Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınları, Ankara 2007.

Koschaker, P./Ayiter, K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. Bası, Ankara 1983.

Kötz, H.: Trust und Treuhand, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht Verlag, 1963.

Kramer, E.A./Schmidlin, B.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/1, Das Obligationenrecht: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-18 OR), Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1986.

Kreller, H.: "Walter Erbe, Die Fiduzia im römischen Recht", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, C. 61, S. 1.

Kuntalp, E.: "Finansal Kiralama Sözleşme Tipinin Özellikleri ve Bu Özellikler Açısından FKK md. 25/1'in Değerlendirilmesi (Finansal Kiralama Konusu Malın Teminat İşlevi)" (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), İstanbul 2002, s. 253-271.

Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013 (KMA).

Lepaulle, P.: "Civil Law Substitutes for Trusts", Yale Law Journal, 1927, C. 36, S. 8, s. 1126-1147.

Lewis, C. T.: An Elementary Latin Dictionary, New York, Cincinnati, Chicago, American Book Company, 1890.

Lupoi, M.: "The Civil Law Trust", University of Rome, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1999, C. 32, S. 967.

Manavgat, Ç.: "Sermaye Piyasası Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C.50, S.2, s. 159-191.

Manavgat, Ç.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1.

Mangatchev, Ivan P.: "Fiducia Cum Creditore Contracta in EU Law", 2009, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1474199> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1474199>.

Marquardt, M./Wagner, J.: Praxishandbuch Immobiliensteuerrrecht, Erwerb, Verwaltung, Veräußerung, Springer Gabler, 2017.

McCall, J. R.: “The Past as Prologue: A History of the Right to Repossess”, Southern California Law Review, 1973, C. 47, S. 58.

Meier-Hayoz, A.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/2, Das Sachenrecht: Grundeigentum I (Art. 655-679 ZGB), Bern, Verlag Stampfli&Cie AG, 1974.

Merz, H.: Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1975 (Legalzession).

Meyer, H. H.: “Trusts and Swiss Law”, International and Comparative Law Quarterly, 1952, C.1, s. 378-381.

Mooney, C. W./ Kinami, A.: Transfer, Pledge, Clearance and Settlement in the Japanese and United States Government Securities Markets, University of Pennsylvania Journal of International Business Law, Fall/Winter, 1991.

Niederer, C.: “Switzerland: Trust in the Law”, Legalweek, 2008, s. 1-4, erişim: <http://www.legalweek.com/legal-week/analysis/1156427/switzerland-Trust-law>.

Nomer, H. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15. Bası, Beta Yayınları, Ekim 2017.

Nomer, N. F.: “Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sahibi ile Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibinin Hukuki Durumu” (Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı), C.I, İstanbul 2002 (Yatırım Fonları).

Nomer, N. F.: “Yatırım Ortaklıkları”, İstanbul 2003 (Yatırım Ortaklıkları).

Oertmann, P.: Die Fiducia im Römischen Privatrecht, 1980.

Oğurlu Y.: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003.

Oğuz, A.: “Roma ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem ve Vekâlet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, AÜHFD, Ankara 1989-1990, C. XLI, S. 1-4, s. 225-284 (Roma Hukuku).

Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 (Borçlar Genel)

Oğuzman, M.K./ Seliçi, Ö./Oktay Özdemir, S.: Eşya Hukuku, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015 (Eşya Hukuku)

Oğuzman M.K./Barlas, N.: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (Medeni Hukuk).

Oktay Özdemir, S.: “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, MHB, İstanbul 1999-2000, s. 657-683.

Oktay Özdemir, S.: ‘Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri’, İÜHFM, İstanbul 1999, C. LVII, S. 1-2.

Oktay Özdemir, S.: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHFM, İstanbul 1996, C. LV. S. 1-2, s. 263-296.

Okutan, G. N.: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003.

Öğüz, T.: “İnançlı Temlike Konu Taşınmazın İadesi Talebinin Dayandığı Hukuki Esasların Değerlendirilmesi”, İKÜHFD, Aralık 2005, İstanbul, s. 119-133.

Öz, T.: “Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust” (Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 1425-1444 (Trust).

Özbek, M.: “İflas Masasından Çıkarılabilecek Mal ve Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2001, C.3, s. 997-1028.

Özcam, F./Ayyıldız, M.: “Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi ve Merkezi Kayıt Kuruluşu”, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, Ankara 1999.

Özdemir, E.: Türk Hukukunda Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı Müstear Uygulaması, Yapım Gen Matbaacılık, Ankara 1994.

Özer, I.: Kaydi Değer ve Merkezi Kayıt Kuruluşu Açısından Kaydi Değerlerin İşleyişi (Turgut Akıntürk’e Armağan), İstanbul 2008.

Özsunar, E.: “Roma Hukukunda Rehin Hakkı (*Pignus – Hypotheca*)”, DEÜHFD, İzmir 2005, C. XII, S. 2, s. 137-163 (Rehin Hakkı).

Özsunay, E.: “Saf İnançlı Muamelelerde Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977, s. 99-125 (Saf İnançlı Muameleler).

Özsunay, E.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968.

Öztañ, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997 (Kıymetli Evrak).

Öztürk, G.: İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

Parlak Börü, Ş.: “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemlerle Devri”, TBB Dergisi, 2017, S. 128, s. 231-272.

Pedük, T.: “Servet Yönetimi Hizmetleri (Trust/Fiduciary Services)”, Maliye Finans Yazıları, Nisan 2009, C. 1, S. 83, s. 131-139.

Penezoğlu, G. Y.: Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

Peter, H.: “Roma ve Pandekt Hukukunda Fiducia ve Güvenli Kazandırıcı Hukuki Muameleler”, çev. Özcan Karadeniz, AÜHFD, 1964, C. 21, S. 1-4, s. 529-539.

Poroy, R./ Erem, T. S.: Türkiye’de Sermaye Piyasası’nın Gelişmesi için Gerekli Hukuki Tedbirler, Sermaye Piyasası Etüdü, Bölüm II, Ankara 1964.

Poroy, R./ Tekinalp, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1995.

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu,E.: Ortaklıklar Hukuku I, Güncelleştirilmiş 13 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (Ortaklıklar Hukuku).

Poste, E./ Whittuck, E. A./ Greenidge, A.H.J.: Gai Institutiones or Institutes of Roman Law, Oxford, Clarendon Press, 1904, erişim: <https://oll.libertyfund.org/titles/1154>, erişim tarihi: 27.06.2020.

Pulaşlı, H.: Corporate Governance - Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2003.

Pulaşlı, H.: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Ankara 2009.

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014 (Şerh C.II).

Rado, T.: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Radu, Mihnea-Dan: “Fiducia: From Fides To Trust and the New Romanian Civil Code Regulation”, Valahia University Law Study, 2012, C. 20, S. 2, s. 238-246.

Regelsberger, F.: “Zwei Beitrage zu der Lehre von der Cession”, Archiv für die civilistische Praxis, Mohr Siebeck GmbH&Co. KG, C. 63, S. 2, 1880.

Rumpf, M.: “Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte”, Archiv für die civilistische Praxis, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Y. 1921, C. 119, S. 1.

Sayın Korkmaz, B.: Roma Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum), Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Saymen, F. H./Elbir, H. K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1958.

Schöny, A.: Treuhandgeschäfte, Freiburg 1908.

Schumacher, A.: Treuhand und Reichsgericht, Köln, Druck von M. Scharmitzel, 1931.

Schwarz, A. B.: “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku” (çev. Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.3-4, S.11, s. 180-202.

Schwenzer, I.: Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Sechste, überarbeitete Auflage, Stampfli Verlag AG, Bern 2012.

Seiler, M.: Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Zürich, 2005.

Seliçi, Ö.: Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976 (Sona Erme).

Serozan, R.: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2011, C. 11, S. 14, s. 93-112, erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhad/issue/1273/15252>.

Serozan, R.: Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ekim 2015 (Hukukta Yöntem).

Serozan, R.: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul 2013 (Medeni Hukuk).

Serozan, R.: Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Serozan, R./ Engin, B. İ.: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012 (Miras Hukuku).

Serozan, R.: “Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği” (Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan), Ankara 2006.

Serozan, R./ Paksoy, M. S.: “Miras Hukukunun Gelişim Süreci, Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2015, C. LXXIII, S. 1, s. 531-560.

Serozan, R.: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, Ağustos 2007 (Sözleşmeden Dönme).

Siebert, W.: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Ein Dogmatischer und Rechtsvergleichender Beitrag zum Allgemeinen Treuhandproblem, Marburg in Hessen 1933.

Sirmen, A. L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992.

Sirmen, A. L.: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Straub, H.: Über das Treuhandrecht unter besonderer Berücksichtigung des liechtensteinischen Gesetzes betr. Treuunternehmungen, J. Kündig, Buchdr, Bern 1940.

Sungurbey, İ.: “İğreti Ad (Nam-ı Müstear) Sorunu”, (Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978.

Sungurbey, İ.: Medeni Hukuk Sorunları, C.4, İstanbul, 1980 (Medeni Hukuk Sorunları).

Tandoğan, H.: “İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK. md. 393’ten Yararlanma Olanağı”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1977 (İnananın Korunması).

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Borçlar Özel).

Tandoğan, H.: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963.

Tanör, R.: Türk Sermaye Piyasası, C. I., Beta Yayınları, İstanbul 2000.

Tekinalp, Ü.: “Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları” (Ernst E. Hirsch’e Armağan), Ankara 1986, s. 119-160.

Tekinalp, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş 2 Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2002 (Fikri Mülkiyet Hukuku)

Tekinalp, Ü.: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es Yayınları, İstanbul 1982

(Sermaye Piyasası Hukuku)

Tekinalp, Ü.: Anonim Şirketlerin Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965. (Tüzel Kişilerin Temsili).

Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Thalmann, A.: Die Treupflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Zürich 1975.

Thevenoz, L.: Trusts in Switzerland, Schulthess, Zurich 2001.

Thomas, W. L. / Henzke, L., J.: “Trusts: Common Law and IRC 501 (c) (3) and 4947”, 2003, EO CPE Text, erişim: <https://www.irs.gov/pub/irs-tege/eotopica03.pdf>.

Töremiş, H. E.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Nama Yazılı Payların Borsada Devri, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2008.

Tuncer, S.: Türkiye’de Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul 1982.

Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku C. I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

Umur, Z.: Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2010.

Uygur, A. B.: “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, GÜHFD, Ankara 2006, C. X, S. 1-2, s. 171-195.

Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A.: Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş Yedinci Basıdan Sekizinci Tıpkı Bası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013 (Kıymetli Evrak).

Ülgen, H./ Helvacı, M./Kendigelen, A./Nomer Ertan, F.: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş Dördüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.

Ünal, M.: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Ünal, O. K.: “Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran, 2001, C.5, S. 1-2, s. 1-19.

Ünal, O. K.: Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005.

Van Erp, J.H.M. /Akkermans, B.: “Property Rights: A Comparative View”, International Encyclopaedia of Law and Economics, (ed. Boudewijn Bouckaert), Edward Elgar, 2010.

Vardar Hamamcıoğlu, G.: Medeni Hukuk’ta Tasarruf işlemi Kavramı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Vardar Hamamcıoğlu, G.: “Taşınmaz Mülkiyetinin İnançlı İşleme Devri ve Buna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.17, S.1, s. 87-120 (Taşınmaz Mülkiyeti).

Von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.1,2, (çev. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No: 15 (Borçlar Umumi Kısım).

Von Tuhr, A./Peter, H.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, C. I, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979.

Vural, A.: Türk Hukuk Sistemi Çerçevesinde Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999.

Vural, G.: Yatırım Ortaklıkları, Ankara 1978.

Wälli, P.: Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Verlag Schulthess & Co. AG., Zürich 1969.

Watson, A.: The Spirit of Roman Law, The University of Georgia Press, Athens 1995.

Weber, R. H.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 3. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2003.

Wiegand, W.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, (Art. 1-529 OR), 3. Auflage, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2003.

Wolf, E.: Lehrbuch des Sachenrechts, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1971.

Yalın, P.: Sermaye Piyasalarında Menkul Kıymet Kaydileştirilmesi ve Türkiye Uygulaması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006.

Yanlı, V.: “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu” (Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan), İstanbul 1999.

Yanlı, V.: “Sermaye Piyasası Aracı ve Yatırım Sözleşmesi Kavramları”, Batider, 2016, C. XXXII, S.3, s. 5-35.

Yasaman, H.: İsviçre ve Fransız Hukuklarında Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulama İmkanları, İstanbul 1980.

Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2014 (Borçlar Özel).

Yavuz, C.: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983 (Dolaylı Temsil).

Yayla, Ü.: “Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Kaydi Sistem, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Bankacılık Dergisi, 2009, S. 71.

Yıldırım, E.: “Kolektif Yatırım Sözleşmesi”, Ankara 2011 (Yüksek Lisans Tezi).

Yıldız Destanoğlu, B.: Yatırım Fonu Katılma Belgeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2004.

Yung, W.: “Muvazaa, İnançlı Muamele ve Kanuna Karşı Hile (çev. Safa Reisoğlu), Adalet Dergisi, Ankara 1959, C. L, S. 3, s. 326-344.

Zevkliler, A./Gökyayla, K. E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

Zimmermann, R.: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996.

Zobl, D.: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/2/5/1, Das Sachenrecht: Das Fahrnispfand (Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB), Bern, Verlag Stämpfli & Cie. AG, 1982.

Zobl, D./Thurnherr, C.: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht, Band IV, 2. Abteilung Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband Das Fahrnispfand 1. Unterteilband Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010.

