

## TOPTAN TEMLİKTE TEMİNAT İLE TEMİNAT ALTINA ALINAN ALACAK ARASINDAKİ ORANSIZLIK SORUNU

### DAS PROBLEM DER UNVERHÄLTNISMÄSSIGKEIT ZWISCHEN DER SICHERHEIT UND DER ZU SICHERNDEN FORDERUNG BEI GLOBALZESSIONEN

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN\*

#### ÖZ

*Teminat hukuku uygulamasında teminat amaçlı toptan temlik çok yaygın bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede özellikle borçlunun doğmuş ve doğacak bütün alacaklarının alacaklıya teminat amaçlı temlik edildiğine dair farklı hükümlere rastlamak mümkündür. Ancak ilişki devam ettikçe temlik edilen alacak miktarı çoğalmakta, teminat altına alınması amaçlanan miktar ise azalabilmektedir. Teminat veren, temlike konu olan alacak üzerinde bütün tasarruf imkânını yitirmekte, bu alacağı başka şekilde teminat olarak gösterme imkânından mahrum kalmaktadır. Çalışmamızın konusu, güvence altına alınan alacak ile bu alacak için sunulan teminat arasındaki oransızlığın sınırlarını belirlemek ve oransızlık halinde borçlunun hangi imkânlara başvurabileceğine dair çözüm önerileri sunmaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Toptan temlik, oransızlık, inançlı işlem, kişilik hakkı, ahlaka aykırılık, gabin, uyarılama, genel işlem koşulları*

---

\* Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (cekin@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3808-5332.

## THE PROBLEM OF DISPROPORTION BETWEEN SECURITY AND SECURED RECEIVABLE REGARDING BLANKET ASSIGNMENTS

### ABSTRACT

*In the consulting practice of the law on secured transactions, blanket assignments are widely spread. In this context, you can find many clauses where an obligation is secured through the creation of security rights in present or future receivables. But it may happen that with time the amount of the security rights in receivables grows and at the same time the amount of the secured obligation decreases. At the same time, the debtor loses his opportunity to use the receivables for any other purpose. The topic of this essay is to determine under which circumstances there is a disproportion between security and secured receivable regarding blanket assignments and to present proposals for the possible solution of this problem.*

**Keywords:** *Blanket Assignment, disproportion, blanket assignments within secured transactions, fiduciary securities, right of personality, good faith, usury, adjustment, general terms and conditions*

### GİRİŞ

Borcun ifa edil(e)meme riskinin sınırlanması, teminatın esas işlevi olarak belirtilmektedir<sup>1</sup>. Riskten kasıt ise, borcunu önceden ifa eden tarafın bunun karşılığını elde edememesidir. Bu risk özellikle kredi ilişkilerinde kendisini gösterse de kredi dışında taraflardan birinin önceden ifada bulunduğu her türlü sözleşme kapsamında da söz konusu olabilir<sup>2</sup>. İşte bu riske karşı alınacak önlem, önceden ifada bulunan sözleşme tarafının diğer taraftan teminat talep etmesidir.

İşaret edilen bu teminat ilişkisinde iki farklı menfaat çatışmaktadır. Bunlardan birincisi, bir borç ilişkisi çerçevesinde önceden ifada bulunan tarafın aynı ilişki çerçevesinde karşı alacak hakkının güvence altına alınmasıdır. Zira borçlunun iflası gibi durumlarda bu taraf, alacağını kısmen ya da tamamen elde edememe riskiyle karşı karşıyadır. Özellikle ülkemizde (tarihte) yaşanan ekonomik krizler, yüksek enflasyon ve ekonomik çalkantılar dikkate alındığında önceden ifada bulunan tarafın korunmaya

<sup>1</sup> Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 13.

<sup>2</sup> Çetiner, s. 13, 14.

değer bir menfaati bulunduğunu söylemek pekâlâ mümkündür. Öte yandan teminat gösteren, önceden ifade bulunan tarafa kendi malvarlığını ya da üçüncü bir kişinin malvarlığını teminat olarak sunduğu için teminat konusu şeyler üzerindeki tasarruf yetkisini kısmen ya da tamamen kaybetmektedir. Dolayısıyla önceden ifade bulunanın alacak hakkını teminat altına alma menfaatine karşılık teminat verenin de teminat gösterdiği malvarlığı üzerinde (yeniden) tasarruf edebilme hususunda bir menfaati söz konusudur. Zira teminat verenin teminat konusu olan eşya ya da alacak haklarını teminata konu etmesiyle birlikte bunları farklı şekilde kullanma imkânı ortadan kalkacak, hatta kişinin malvarlığının tümü ya da büyük bir kısmı üzerinde tasarruf imkânını kaybetmesi, ekonomik hareket alanının da daralması ve çoğu zaman tamamen ortadan kalkması anlamına gelecektir.

Sunulan teminat ile teminat altına alınan alacak arasındaki ilişki de farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda öngörülen birçok teminat türü, asıl borç ilişkisi ile teminat ilişkisi arasında bir bağımlılık öngörmüştür. Gerçekten de kişisel teminatların başında gelen kefalet ya da aynı teminat olarak taşınır ve taşınmaz rehni dikkate alındığında, kanunda öngörülen teminat türlerinin fer'i nitelikte olduğu söylenebilecektir. Ancak rehin müessesesi çerçevesinde karşılaşılan en büyük sorun, rehin konusu şeyin teminat altına teslim edilmesi zorunluluğudur<sup>3</sup>. Bu zorunluluk ticari hayatta şöyle bir kısır döngüye neden olmaktadır: borçlu, borcunu ödemek için aslında araç gereçlerini çalıştırmalıdır; ancak bu teçhizatı rehin alacaklısı veya üçüncü bir şahsa teslim edilmesi ile borçlu, bunları çalıştırıp gelir elde etme imkânından mahrum kalacaktır.

Uygulamada bu soruna farklı çözüm yolları aranmıştır. Bunların başında inançlı temlik gelmektedir. Teminat amaçlı yapılan bu işlemde mülkiyet, inanılan sıfatıyla alacaklıya devredilmektedir<sup>4</sup>. Bu durumlarda teminata konu olan alacağın geçersizliği, yapılan tasarruf işlemi doğrudan etkilemez. Bu sebeple de teminat veren, alacağa konu olan ilişkinin geçersiz olduğu gerekçesiyle aynı nitelikte bir hakka dayanarak teminat konusu

<sup>3</sup> Bkz. MK md. 939 f. 1: “Kanunda öngörülen ayırık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir”.

<sup>4</sup> Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 1 vd. Bu tür sözleşmelerin *lex commissoria* yasağını ihlal etmediği hususunda bkz. İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, (MK.m.788/c.2 ve MK.m.863), s. 120.

alacak ya da eşyayı geri isteyemez. Bu hallerde olsa olsa nisbi nitelikte ve genellikle inanç sözleşmesine dayalı bir talep hakkı gündeme gelir<sup>5</sup>.

Güvence altına alınmak istenen alacak ile bunun için sunulan teminatın birbirinden bağımsız olması ise, bu iki kalem arasında bir oransızlığın meydana gelmesini tetikleyici niteliktedir. Ancak her ne kadar hukukumuzda teminat amaçlı mülkiyet devri<sup>6</sup> ve toptan temlik<sup>7</sup> kabul gören ve doktrinde de birçok incelemeye konu olan müesseseler olsa da, gösterilen teminat ve teminat altına alınması amaçlanan risk arasında açık bir oransızlığın şartları ve sonuçları, görüldüğü kadarıyla etraflıca incelemeye tabi tutulmamıştır. Kanaatimizce bunun sebebini uygulamada böyle bir ihtiyacın bulunmadığı gerekçesine dayandırmak mümkün değildir. Bilakis ülkemiz uygulamasına ve özellikle bankalar tarafından sunulan genel kredi sözleşmelerine bakıldığında bankaların en ufak meblağlar için dahi oransız şekilde teminat talep ettiklerini gözlemek mümkündür<sup>8</sup>. Diğer hallerde

<sup>5</sup> Toptan temlikin inanç sözleşmesi niteliği hakkında bkz. Saibe Oktay Özdemir, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, s. 277. Dayınlarlı, bu tür teminatın özellikle Almanya’da yaygın hale gelmesi hususunda, sadece ekonomik değil, hukuki sebeplerinde önemli bir rol oynadığına işaret etmektedir (Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, Dayınlarlı Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 118). Gerçekten de Türk/İsviçre hukukuna kıyasla gerek taşınır, gerek ise taşınmazlara dair yapılan tasarruf işlemlerinde borçlandırıcı işlemde soyutluk ilkesini benimsemiş olan Alman hukukunun sırf teminat amaçlı ve hukuki sebebi inanç sözleşmesinde yatan inanlı temlik müessesesini benimsemesi olağan karşılanmalıdır.

<sup>6</sup> Oktay Özdemir, “Mülkiyet Devri”, s. 277 vd.; Atiye Uygur, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, *GÜHFD*, Ankara, 2006, C.X, S.1-2, s.171.

<sup>7</sup> Saibe Oktay Özdemir, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, *İÜHFM* (1999), C. LVII, S. 1-2, s. 241 vd.; Nurcihan Dalcı, *Alacağın Toptan Temliki*, Ankara, 2009, Yüksek Lisans Tezi.

<sup>8</sup> *Vakıfbank, madde 8:*

-Müşteri, kendisinden istenen teminatları Banka tarafından saptanacak koşul ve şekillerde, kredinin limitine, marj oranına göre Banka tarafından tayin olunacak süre içinde Banka’ya vermekle ve bunlarla ilgili sözleşmeleri ve belgeleri imzalamakla yükümlüdür.

Madde 9.3 b): Müşteri, Bankanın istediği ve dilediği zaman kredinin teminatı olarak Bankaca uygun görülen doğmuş ve doğacak alacaklarını (daha önce başkalarına rehin veya temlik edilmemiş olmak kaydıyla) Bankaya rehin veya temlik etmeyi taahhüt eder.

*Denizbank, 5.06 Teminat:*

Kredi Alan, Finansman Belgeleri tahtında doğmuş ve/veya doğacak anapara, faiz, temerrüt faizi, komisyon, ücret, masraf dahil bütün borç ve yükümlülüklerinin teminatı olarak, Banka tarafından uygun görülecek miktar, tutar ve nitelikte ve Banka tarafından

her ne kadar sözleşme akdedildiği esnada bir oransızlık söz konusu olmasa da sözleşme esnasında alacaklıya temlik edilen alacaklar arttıkça alacak ile rehnin değeri arasında ciddi oransızlık meydana gelmektedir. Özellikle teminat niteliği taşıyan toptan temlik hallerinde bu sorunun ortaya çıkması mümkündür. Yine sözleşme akdedildiği sırada var kabul edilen teminat ile alacak arasındaki makul oranın, teminatın sözleşmenin kurulmasından sonra değer kazanması ile ortadan kalkmasıdır. Özellikle gayrimenkul piyasasında yaşanan değer artışı dikkate alındığında seneler önce teminat olarak gösterilen bir gayrimenkulün kısa bir süre içinde değer kazanması, teminat ile alacak arasında oransızlığa sebebiyet verecek niteliktedir. Bütün bu hallerde teminat verenin teminat konusuna tekrardan kavuşma menfaati söz konusudur.

Bu çalışma kapsamında, fer'i nitelik taşımayan bir teminat türü olan toptan temlik hallerinde, özellikle de alacaklıların inançlı toptan temlik çerçevesinde, alacaklıların ve hususiyetle bankaların sözleşme ilişkisi kurulduktan sonraki aşamada sınırsız teminat talebinde bulunma imkânlarının olup olmadığı, şayet alacak ile teminat arasında makul bir oranın benimsenmesi gerektiği kabul edilirse bu sınırın nasıl ve hangi ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği ve nihayet söz konusu sınırın aşılması halinde borçlunun makul oranı aşan teminatı geri isteme hakkının olup olmadığı, şayet böyle bir talep hakkı mevcut ise bunun hukuki dayanağının ne olacağı sorularına sırasıyla cevap aranacaktır.

Şunu da belirtelim ki yukarıda işaret edilen sorunları giderebilmek ya da en azından bir nebze hafifletebilmek amacıyla kanun koyucu, rehin hukukunda ticari işletmelerde teslim koşuluna çok önemli bir istisna getirmiştir. Gerçekten de 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu md. 1'de açıkça "*Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehinin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır*" ifadelerine yer verilmiştir. Ne var ki ilgili kanun çerçevesinde rehnedilen taşınmazın rehin siciline kaydedilmesi<sup>9</sup>, bu çerçevede yapılacak olan borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin kanunda

---

kabul edilebilir şekil ve içerikte her türlü teminatı Banka lehine tesis etmeyi ve bu amaca uygun her türlü sözleşme ve belgeyi Bankaya temin etmeyi taahhüt eder.)

<sup>9</sup> Bkz. md. 4 f.1: "*Rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilmesiyle kurulur*".

öngörülen bir takım şekil şartlarına tabi tutulması<sup>10</sup> gibi sebeplerle uygulamada bu yöntemin, fer'i nitelikte olmayan teminat yöntemlerini bertaraf edeceğini söylemek an itibariyle ihtimal dâhilinde gözükmemektedir. Dolayısıyla fer'i nitelikte olmayan teminatların halen büyük bir önem taşıdığı söylenebilecektir. Ayrıca toptan temlik bağlamında borçlu menfaatlerinin de dikkate alınması ve borçluya oransızlık hallerinde teminatını kısmen de olsa geri isteme hakkı tanınması, taraflar açısından teslimsiz taşınır rehnini daha da cazip hale getirecek, söz konusu mekanizma kanun koyucunun Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu çerçevesinde güttüğü amacı da destekleyecektir.

## TOPTAN TEMLİK HÜKÜMLERİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Toptan temlik uygulamada sıkça rastlanan bir teminat türü olsa da, bu müessesenin geçerliliği ve uygulanacak hükümler açısından fikir birliğinin mevcut olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple öncelikle toptan temlike hangi hükümlerin uygulanacağı sorusunun Türk/İsviçre hukuku açısından ele alınması, ardından bu çerçevede ortaya çıkabilecek oransızlık sorununa dair Türk/İsviçre hukukunda ortaya atılan görüşlerin sunulması ve değerlendirilmesi gerekecektir. Bu incelemeyi takiben kredi müessesesinin çok gelişmiş olduğu ve oransızlık sorununun birçok mahkeme kararına konu olduğu Alman hukukuna değinilecek ve ilgili görüşlerin Türk hukuku açısından uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

### 1. Genel Olarak Toptan Temlik

Özü itibariyle toptan temlik, “*mevcut ve gelecekteki ferdi alacaklara dair münferit temliklerin sadece kavramsal olarak bir araya getirilmesi*” hususunu ifade etmektedir<sup>11</sup>. Her ne kadar Türk/İsviçre hukukunda henüz doğmamış alacakların temlik edilemeyeceğini savunan bir görüş mevcut

<sup>10</sup> Bkz. md. 4 f. 2 ve 3:

“(2) Rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenir.

(3) Elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır.”

<sup>11</sup> Arif B. Kocaman, *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 122.

olsa da<sup>12</sup>, ağırlıkta olan görüş alacağın belirlenebilir nitelikte olmasını yeterli bulmaktadır<sup>13</sup>. Doktrin ve uygulamada artık kabul gören hâkim görüşe uyulduğu takdirde toptan temlikin geçerli sayılabilmesi için şu üç şart aranmaktadır:

(1) Temlike konu olan alacak hakları belirli ya da belirlenebilir nitelikte olmalıdır;

(2) teminat altına alınan alacak hakları belirli ya da belirlenebilir olmalıdır<sup>14</sup>;

(3) toptan temlik, zamansal açıdan sınırlandırılmış olmalıdır<sup>15</sup>.

Önemle belirtelim ki belirlenebilirlik kıstası geniş yorumlanmakta, bu sebeple toptan temlike konu olan alacakları alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiyle sınırlandırmak, belirlenebilirlik açısından yeterli sayılmaktadır<sup>16</sup>. Hatta gelecekte doğacak olan alacak haklarının temliki açısından dahi bu esas kabul edilmekte, taraflarca gerçekleştirilen toptan temlik işleminin, borçlandırıcı işlem değil, bilakis tasarruf işlemi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zürich, 1988, s. 544.

<sup>13</sup> Baki İlkey Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 29, 33; Aral, “Topyekün Temlik”, *AÜHFD*, C. 42 (1992-1994), Sayı 1-4, s. 115; Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 287; Hausheer/ Walter, *Berner Kommentar Band IV/2/5/1*, 3. Auflage, 2010, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Systematischer Teil, kn. 1570; Dieter Zobl, “Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung – Eine Standortbestimmung”, *SJZ*, 1989, 352 vd.; Wolfgang Wiegand, “Fiduziarische Rechtsgeschäfte”, *ZBJV*, 1980, 561; Alfred Koller, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag, 3. Auflage, Bern, 2009, § 84 kn. 194; Theo Guhl/ Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Verlag, 9. Auflage, Zürich, 2000, § 34 kn. 19 vd.; *BGE* 126 V 263; 113 II 165; Kocaman, s. 122.

<sup>14</sup> Toptan temlikin belirlilik ilkesi açısından sebebiyet verdiği sorunlar ve bu bağlamda doktrinde yaşanan tartışmalar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Kocaman, s. 123 dn. 315.

<sup>15</sup> *BGE* 57 II 539; *BGE* 112 II 243; Kocaman, s. 122 dn. 311’de belirtilen mahkeme kararları ve eserler; Peter Gauch/ Walter R. Schlupe, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, Schulthess Verlag, 10. Auflage., Zürich, 2014, s. 233 vd.; Dayınlarlı, s. 116.

<sup>16</sup> Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 285, 286; Peter Reetz, *Die Sicherung von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme*, Zürich, 2006, s. 244, 247 vd.

<sup>17</sup> *BGE* 113 II 163 vd.; Zobl, kn. 1664 vd. Ancak alacağın temliki bir tasarruf işlemi olarak

## 2. Toptan Temlik ve Oransızlık Sorunu

### A. Türk/İsviçre Hukukunda Oransızlık Sorunu

Türk/İsviçre hukukunda alacak ile teminat arasındaki oransızlık sorunu daha çok rehin kapsamında ele alınmaktadır. Güvence altına alınması amaçlanan alacak ile teminat arasındaki oransızlık, özellikle kişilik hakkının ihlali, gabin ve son dönemde uyarlama ekseninde incelenmektedir. Toptan temlik ya da inançlı temlik bağlamında da oransızlık meselesi tartışılmakta, çözüm olarak yine kişilik hakkının ihlali ya da gabin müesseselerinin uygulanması önerilmektedir. Ancak bu hususlara değinilmeden önce ilgili sözleşmelere uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilmesi gerekecektir.

#### a. Teminat Amaçlı Toptan Temlikte Uygulanacak Hükümler

Teminat amaçlı toptan temlik genellikle bir inançlı işlem niteliği taşımaktadır<sup>18</sup>. Nitekim bu bağlamda teminat veren, teminat alanın alacak hakkına güvence teşkil etmesi amacıyla doğmuş ve doğacak haklarını temlik etmektedir. Dolayısıyla oransızlığa dair bir değerlendirme yaparken inançlı işlem çerçevesinde kabul gören inanan ile inanılan arasındaki tipik menfaat dengesinin gözden kaçırılmaması lazımdır. Bu sayede tarafların, temlik sözleşmesinde açıkça bir hükme yer vermedikleri takdirde, borç ve yükümlülüklerinin de tespiti mümkün hale gelecektir. Uygun düştüğü takdirde kıyasen uygulanması kabul edilen diğer hükümler ise, rehine ait düzenlemelerdir<sup>19</sup>. Ancak bu çerçevede özellikle kıyasen uygulama şartlarının oluşup oluşmadığını, yukarıda işaret edilen menfaat dengesi doğrultusunda tespit etmek gerekecektir.

---

nitelendirildiği takdirde, belirlilik ilkesinin bu tür işlemler çerçevesinde dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Henüz doğmamış bir alacak üzerinde belirlilik ilkesi doğrultusunda tasarrufla bulunulması söz konusu ilke açısından sorunlu olarak değerlendirilmiş ve bu sebeple İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları eleştirilmiştir; daha geniş bilgi için bkz. Kocaman, s. 123 vd. dn. 315.

<sup>18</sup> Aral, s. 99; A. Lale Sirmen, *Alacak Rehni*, Ankara, 1998, s. 39; Şirin Aydınçık, “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki”, *İÜHFM*, İstanbul, 2006, C. LXIV, S.1, s. 136; Turhan Esener, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956, s. 155.

<sup>19</sup> Özsunay, s. 137 vd.



### b. Teminat Miktarını Belirleme Yetkisini Bütünüyle Bir Tarafın Takdirine Bırakan Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu

Her ne kadar toptan temlik, doktrin ve uygulamada hâkim olan görüşe göre mümkün olsa da, “*edim yükümlülüğünün içerik ve konusunu belirleme yetkisinin, mutlak bir şekilde alacaklı veya üçüncü bir kişinin irade ve keyfiyetine bırakılması, TMK md. 23’e aykırı olabilir*”<sup>20</sup>. Soruna genel kredi sözleşmelerinde bankaya tanınan teminat isteme yetkisi açısından yaklaşıldığında, bu yetkinin bütünüyle bankanın iradesine bırakıldığı durumlarda yukarıda zikredilen kuralın uygulama alanı bulacağı hususunda şüphe etmemek gerekecektir.

Nitekim başlangıçta işaret edilen menfaat dengesi dikkate alındığında banka, kredi sözleşmesinden doğan alacak hakkını, önceden ifade bulunması sebebiyle haklı olarak teminat altına almak isteyecektir. Ancak bankanın riski tamamiyle güvence altına alındığı takdirde gereğinden daha fazla teminatı elinde tutmasının meşru bir dayanağı kalmayacaktır. Bu aşamadan sonra teminat veren müşterinin kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme ve iktisadi hareket serbestisini kullanabilme menfaati ağır basacaktır. Bu sebeple kredi miktarından bağımsız ve bütünüyle bankanın keyfi iradesine bağımlı şekilde teminat talep yetkisi veren hükümler, TMK md. 23 ve genel olarak TBK md. 27 çerçevesinde ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizlerdir.

Ayrıca belirtelim ki söz konusu düzenlemeler, çoğu zaman tip sözleşme niteliğinde sunulduklarından genel işlem koşulu niteliği de taşımaktadırlar. Bu sebeple ilgili hükümlerin içerik denetimi çerçevesinde geçersiz sayılmaları da gündeme gelebilir. Nitekim TBK md. 25’e göre “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*”. Bir düzenlemenin karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığını belirlerken ise özellikle yedek hukuk kuralları niteliğindeki normlara bakılmalıdır. Bu çerçevede Borçlar Kanunu’nun genel bölümünde yer verilen kurallar, “*her türlü sözleşme tipi için uygulama alanına sahip olduğundan sürekli olarak göz önünde*” bulundurulmalıdır<sup>21</sup>. Dolayısıyla TBK md. 27’ye aykırı düşecek bir düzenleme, elbette TBK md. 25 çerçevesinde de geçersiz sayılacaktır.

<sup>20</sup> Fikret Eren, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 17. Bası, Ankara, 2016, s. 915; Gauch/ Schlupe, II, kn. 2271.

<sup>21</sup> Yeşim Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem

### c. Oransızlık Sorunu

İfanın konusunu belirleme yetkisini bütünüyle bir tarafa tanıyan hükümler her türlü sözleşmede karşımıza çıkabilecekken ve dolayısıyla özel bir durum arz etmez iken, oransızlık sorunu özellikle teminat ilişkilerinde sıkça karşılaşılan bir sorundur. Bu sebeple aşağıda, inançlı toptan temlik çerçevesinde oransızlığın çözümüne dair ortaya atılan fikirler sunulacak ve değerlendirilecektir.

#### aa. Rehin Hukuku Açısından Teminatın Bölünmezliği İlkesi ve İnançlı Temlike Kıyasen Uygulanabilirliği

İnançlı temlik sözleşmelerinin bünye ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde, rehin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmişti. Bu çerçevede özellikle teminatın bölünmezliği ilkesinin<sup>22</sup> üzerinde durulması gerekir. Bu ilke gereğince rehin konusu bir bütün halinde rehinli alacağı teminat altına alır. Dolayısıyla borçlu kısmen ifada bulunarak rehinli alacak miktarını azaltsa da, rehin hakkı aynen devam eder<sup>23</sup>. Bir diğer ifade ile taraflar arasında aksine bir sözleşme yoksa rehin alacaklısı, alacak hakkını aşan teminat kısmını geri vermekle yükümlü değildir.

Bu ilke çerçevesinde taraflar, kural olarak teminat miktarını diledikleri şekilde belirlemekte serbesttirler. Bir diğer ifade ile rehin konusu şeyin değer itibarıyla alacaktan daha yüksek ya da düşük olması önem taşımaz. Aksine alacaklı, ancak alacağının tamamını elde ettiği takdirde rehin konusu şeyi geri vermekle yükümlü olduğu için, rehinli alacak miktarının azalması, rehin konusu şeyin kısmen geri verilmesi yükümlülüğünü doğurmayacaktır<sup>24</sup>. İsviçre doktrininde hâkim olan görüş de bu doğrultuda teminat amaçlı temliklerde teminatın bölünmezliği ilkesinin aynen uygulama alanı bulacağını, dolayısıyla MK md. 944 f. 2 hükmünün bu tür sözleşmelerde kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>25</sup>.

---

Koşullarının Denetlenmesi- TKHK M. 6 ve TTK M. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, BATIHA E Yayını, Ankara, 2012, s. 45.

<sup>22</sup> Bkz. Haluk Nami Nomer/ Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 2016, s. 240.

<sup>23</sup> Karl Oftinger/ Rolf Baer, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Art.884-918*, Zürich, 1981, Art. 889 kn. 20.

<sup>24</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 389.

<sup>25</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 1443; Oftinger/ Baer, Systematischer Teil, kn. 264, 307; Mirko Stiefel, “Die Übersicherung des Kreditgebers im Schweizer Recht”, *AJP*, 2017, s. 24.

### bb. Gabin Görüşü

Ancak başlangıçtan beri ya da sonradan rehinli alacak ile rehin konusu şeylerin değeri arasında açık, -herkesin ilk bakışta kolaylıkla görebileceği- bir oransızlık söz konusu olduğu takdirde gabin hükümlerine başvurulabileceği savunulmaktadır<sup>26</sup>. Buna göre “*eğer toptan temlik yapılmak suretiyle, inanana aşırı bir garanti verilmiş olduğu söylenebiliyorsa edimler arasında oransızlık söz konusu olacak demektir*”<sup>27,28</sup>. Her ne kadar gabin, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından uygulama alanı bulsa da, MK md. 1 f. 2 çerçevesinde rehin sözleşmesine de (hükümün amacı dikkate alınarak) uygulanacaktır. Yine hâkime TBK md. 182 f. 3 çerçevesinde ceza koşulunu makul bir seviyeye indirme görevi yüklendiği gibi bu çerçevede de hâkimin rehin alacağını dikkate alarak teminat miktarını makul bir orana indirmesi gerektiği savunulmaktadır. Özellikle muhtemel değer kayıplarına rağmen alacaklının alacak hakkını karşılayacak bir miktarın

<sup>26</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390.

<sup>27</sup> Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 289; Aral ise, ekonomik veya ticari hayat tehlikeye atılmadığı sürece gabinin söz konusu olmayacağını dile getirmekle (Aral, s. 123) gabin ile kişilik hakkının ihlali arasındaki sınırı da ortadan kaldırmaktadır.

<sup>28</sup> Teminatın paraya çevrilmesi aşamasını ilgilendiren bir diğer görüşe göre “*teminat olarak devredilen alacak asıl alacağın miktarından fazla ise kural olarak fazla olan miktar iade edilecektir*”, Oktay Özdemir, “Alacak Devri”, s. 265, 281. Temlik edilen alacak, karşı tarafça elde edildiğinde ifa uğruna edime dönüşür ve şayet asıl alacak miktarını aşan bir miktar elde edilmişse bu kısım temlik edene geri verilmelidir. İfa uğruna edim söz konusu olduğu için alacaklının taleplerine karşı borçlunun “*alacağın teminat olarak devredilen asıl alacak miktarınca sona erdiği itirazını*” yöneltebileceği belirtilmektedir, Özdemir, s. 281; *De Gottrau*, s. 231 dn. 185’e atfen. İfa yerine edim halinde ise teminat olarak verilen alacağın miktarının asıl alacaktan çok veya az olması önem taşımamaktadır. Teminatın paraya çevrilmesinden sonraki döneme ilişkin olarak Oktay Özdemir şu açıklamalara yer vermiştir: “*Teminat olarak devredilen alacak asıl alacağın miktarından fazla ise kural olarak fazla olan miktar iade edilecektir. Teminat olarak devredilen alacağın elde edilmesi ile birlikte teminat verilen alacak ifa uğruna edime dönüşmüş olur ve eğer asıl alacağın miktarını aşan bir para elde edilmişse bu fazlalık iade edilir. Bu nedenle asıl alacağın borçlusu bu andan itibaren kendisine yöneltilen taleplere karşı alacağın teminat olarak devredilen asıl alacak miktarınca sona erdiği itirazını yöneltebilecektir. Eğer asıl alacağın vadesi geldikten sonra taraflar arasında teminat olarak devredilen alacağın tamamen inanılana ait olacağı yönünde anlaşmaya varılmışsa, bu halde ifa yerine edim anlaşmasının yapıldığı kabul edilmek gerekir. Söz konusu durumda teminat verilen alacağın miktarının asıl alacaktan çok veya az olmasının da önemi kalmayacak ve yapılan bu anlaşma ile asıl alacak hakkı tükenmiş olacaktır*”, Oktay Özdemir, s. 281.

belirlenebilmesine işaret edilmekte ve bankalar tarafından öngörülen ortalam oranların esas alınabileceği savunulmaktadır<sup>29</sup>.

Kolaylıkla tespit edilebilir oransızlığın aynı zamanda ahlaka ve kişilik hakkına aykırı olacağı ifade edilmekte, bu sebeple de TBK md. 27 f. 2 (OR Art. 20 f. 2 hükmünde düzenlenen kısmi hükümsüzlük müeyyidesinin uygulanabileceği belirtilmektedir<sup>30</sup>.

#### cc. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Diğer bir görüşe göre açık oransızlığa rağmen rehin alacaklısının TMK md. 944 f. 2'ye dayanması, TMK md. 2 f. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir<sup>31</sup>.

Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi de teminatın bölünmezliği ilkesinin sınırlarının hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında çizilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Mahkeme, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 1222 f. 2'de benimsenen ilke doğrultusunda rehin alacağı ile rehin konusu şeyin değeri arasında oransızlık meydana gelebileceğini, kanunun bu oransızlığı ilgili hüküm çerçevesinde kabul ettiğini, fakat bunun sınırının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenlendiği § 242 hükmü olduğunu ifade etmiştir. Zira alacak, birçok rehin konusu eşya sayesinde rahatlıkla karşılanıyor ise, rehin alacaklısının rehine konu olan eşyaların bir kısmını geri vermemesi, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir<sup>32</sup>.

#### dd. Kişilik Hakkı İhlali

Tıpkı rehin hukukunda olduğu gibi toptan temlik bağlamında da teminat ile alacak arasındaki ilişki, Türk/İsviçre hukukunda daha çok kişilik hakkının ihlali ekseninde ele alınmaktadır. Temlik edenin gelecekte işletme araçlarını ve kazanç imkânlarını bütünüyle kaybettiği hallerde kişilik hakkı ihlalinin gündeme geleceği savunulmaktadır<sup>33</sup>. Bir diğer ifade ile temlik edenin ekonomik hürriyetinin elinden alındığı hallerde ya da iktisadi varlığının tehlikeye düştüğü durumlarda kişilik hakkının ihlalinden

<sup>29</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390.

<sup>30</sup> BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390.

<sup>31</sup> Foex, Contrat, kn. 628 (BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 390'dan naklen).

<sup>32</sup> BGH NJW 1995, s. 1085, 1086; Staudinger/ Wiegand, BGB, 12. Auflage. 2011, § 1222 kn. 2.

<sup>33</sup> Oftinger/ Baer, Art. 899 ZGB kn. 72; BK-Zobl, Systematischer Teil, kn. 1676; Aral, s. 124; Oktay Özdemir, "Alacak Devri", s. 287; Engin, s. 29.

bahis açmak mümkündür<sup>34</sup>. Diğer yazarlar, oransızlık halinde teminat sözleşmesi çerçevesinde yapılan bir düzenleme ile bu sorunun ortadan kaldırılabileceğini belirtmektedirler. Ayrıca teminat ile alacak arasında açık bir oransızlığın mevcut olmasına rağmen teminatı teminat verene iade etmeyen alacaklının, MK md. 2 f. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranmış sayılacağı belirtilmektedir<sup>35</sup>.

#### ee. Uyarlama Görüşü

Son dönemlerde özellikle taşınmaz rehni bağlamında ipotek hakkının uyarlamaya tabi olup olamayacağı hususu tartışılmaktadır. Nitekim taşınmazın değeri sürekli artmakta iken ipotek tutarı olarak belirlenen paranın enflasyon nedeniyle değer kaybetmesi, bu ikisi arasında oransızlıklara sebebiyet vermektedir. Bu çerçevede hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına<sup>36</sup> ya da TMK md. 865'e dayalı olarak ipotek bedelinin günün koşullarına uyarlanabileceği belirtilmekte<sup>37</sup>, buna karşılık böyle bir uyarlamanın özellikle belirlilik ilkesine aykırı düşeceği gerekçesiyle uyarlamanın mümkün olmayacağı savunulmaktadır<sup>38</sup>.

#### d. Değerlendirme

Görüldüğü üzere Türk/İsviçre hukukunda oransızlık sorunu ağırlıklı olarak kişilik hakkının ihlali ve gabin ekseninde ele alınmıştır. Bu görüşlerin özellikle süreklilik arz eden ticari ilişkiler açısından incelenmesi isabetli olacaktır.

#### aa. Teminatın Bölünmezliği İlkesinin Uygulanabilirliği

Öncelikle teminatın bölünmezliği ilkesinin inançlı temlik hallerinde uygulanıp uygulanmayacağı hususuna değinmekte fayda vardır. Yukarıda belirtildiği üzere rehin hükümlerinin inançlı işlemler çerçevesinde uygun düşüğü takdirde kıyasen uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır. Fakat

<sup>34</sup> BGE 67 II 124, 53 II 329, 51 II 222.

<sup>35</sup> Stephan Weibel, *Financial Assistance bei LBO-Transaktionen, - Eine Gläubigerschutz-analyse unter Berücksichtigung postakquisitorischer Umstrukturierungen*, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 115, Schulthess Verlag, 2013, dn. 514.

<sup>36</sup> Faruk Acar, "İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması", *Legal Hukuk Dergisi*, 2008, C.6, S. 62, s. 487 vd.

<sup>37</sup> Çetiner, s. 133, 134.

<sup>38</sup> Tufan Ögüz, "İpotek Hakkı Uyarlama Talebine Konu Olabilir mi?", *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016, Ögüz/ Engin (Ed.)*, İstanbul, 2017, s. 5, 8 vd.

kanaatimizce MK md. 944 f. 2’de düzenlenen teminatın bölünmezliği ilkesinin inançlı temlik bağlamında kıyasen uygulanmasını meşru kılacak bir sebep yoktur. Nitekim inançlı temlik bağlamında inanılan, rehin alacaklısına kıyasla teminat konusunun mülkiyetini elde etmektedir. Dolayısıyla alacağını elde edemeyen inanılan, kendi tasarrufu ile ve rehin hukukunun sınırlamalarına bağlı kalmaksızın teminatı paraya çevirme imkânına sahiptir. Rehin bağlamında ise rehin alacaklısının rehin konusunun zilyetliğini rehin borçlusuna teslim etmesiyle borçlunun tekrar teminat üzerinde tasarrufta bulunma tehlikesi ortaya çıkacaktır<sup>39</sup>. Bu tehlike karşısında rehin alacağı ile teminatın değeri arasındaki oransızlığın hukuk düzenince kabul görmesi anlaşılabilir. Oysa inançlı temlikte böyle bir tehlike söz konusu değildir. Kaldı ki teminatın bölünmezliği ilkesi, oransızlığı meşru kılacak bir sebep niteliği taşımamaktadır<sup>40</sup>. Dolayısıyla ilgili hükmün inançlı temlik çerçevesinde uygulama alanı bulması isabetli gözükmemektedir.

Kaldı ki ilgili hüküm kıyasen uygulama alanı bulsa dahi oransızlığın tespitinde önerilen kıstasların kabulü mümkün gözükmemektedir. Zira oransızlığın tespitinde bankaların uyguladığı ortalama teminat oranlarının esas alınması fikri ortaya atılmaktadır. Oysa uygulamada sorunlar zaten bankaların oransız şekilde teminat talebinden meydana gelmektedir. Dolayısıyla bizzat bankaların uygulamasından doğan bir sorun çerçevesinde yine aynı bankaların uygulamasını esas almak, uygun bir kıstas olarak gözükmemektedir. Bilakis bu sorunun cevabını bizzat hukuk düzeni vermedir.

Banka uygulamaları değil de gabin bağlamında kabul gören oranlar esas alındığında ise yüksek yargı kararları çerçevesinde kabul gören % 150 ila % 200 oranlarının<sup>41</sup> esas alınıp alınmayacağı, genellikle satış sözleşmeleri için kabul gören bu oranların uzun süreli bir kredi ilişkisi çerçevesinde aynen kabul görmesinin isabetli olup olmayacağı sorularına cevap aramak gerekecektir. Ayrıca kişilik hakkının ihlali ve ahlaka aykırılık kıstasları tamamen belirsiz hukuk güvenliği ilkesini ciddi derecede tehlikeye atacak

<sup>39</sup> Krş. Wolfgang Wiegand/ Christoph Brunner, “Übersicherung und Freigabeanspruch”, *NJW*, 1995, s. 2513, 2520.

<sup>40</sup> Bkz. Herbert Schimansky/ Hermann Josef Bunte/ Hans Jürgen Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, C.H. Beck Verlag, 4. Auflage, München, 2011, § 93 kn. 299.

<sup>41</sup> Yargıtay uygulamasında farklılık gösteren bu oranlar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, Cilt I*, 5. Bası, İstanbul, 2010, s. 484.

kıstaslar olduğu için inançlı temlik çerçevesinde kabul görmesi isabetli gözükmemektedir.

Nihayet belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi, zaman ve konu açısından sınırlandırmaya tabi tutulmamış bir toptan temlik sözleşmesinin kısmen hükümsüzlüğünün söz konusu olamayacağına, sözleşmenin bütünüyle geçersiz sayılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>42</sup>. Zira kişilik hakkına aykırı olan sözleşmenin hangi kısmının geçerli, hangi kısmının geçersiz sayılacağına tespiti dahi başlı başına belirsizliklere sebebiyet verecektir.

BK md. 100 f. 2’de düzenlenen kısmen ifa kuralı açısından da farklı bir sonuca ulaşmak imkân dâhilinde gözükmemektedir. Nitekim ilgili hüküm, kural olarak kısmi ifayı kabule zorunlu olmayan alacaklıyı korumayı amaçlamaktadır. Bu sebeple kısmi ifada bulunduğu takdirde alacağın teminatsız kısmı için ifada bulunduğu kabul edilmekte, teminatın borcun bakiye kısmı aynen devam edeceği kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Belirtildiği üzere ilgili hükmün gayesi, kısmi ifayı kabule zorunlu olmayan alacaklıyı korumaktır. Oysa oransızlık bağlamında korunmaya muhtaç bir alacaklı yoktur. Bilakis rehin müessesesinin imkânları yetersiz görülüp inançlı temlikin tanıdığı geniş imkânlardan istifade edilmiştir. Bu sebeple gerek MK md. 944 f. 2 çerçevesinde benimsenen teminatın bölünmezliği ilkesi, gerekse BK md. 100 f. 2’de düzenlenen kısmi ifa kuralı inançlı toptan temlik hallerinde uygulama alanı bulmamalıdır.

#### bb. Kişilik Hakkının İhlali

Teminat verenin bütün iktisadi imkânlarının elinden alındığı, teşebbüs hürriyetinin ortadan kalktığı hallerde teminat işleminin kişilik haklarına aykırılıktan geçersiz olduğu görüşü, her ne kadar isabetli bir görüş olsa da, hukuk düzeninin teminat verenin ekonomik hürriyetinin tamamıyla kısıtlanması anına kadar müdahalede bulunmaması ve ancak bu aşamadan sonra devreye girmesi kabul edilemez. Nitekim başlangıçta belirtildiği üzere teminat işlemi çerçevesinde bir taraftan teminat alanın ileride alacağına eşdeğer bir teminat elde etme menfaatiyle teminat verenin de teminata konu olan eşya üzerinde en kısa sürede yeniden tasarrufta bulunabilme menfaati karşı karşıya gelmektedir. Teminat verene sadece ve sadece ikti-

<sup>42</sup> BGE 112 II 433 438.

<sup>43</sup> R. H. Weber, *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4*, Heinz Hausheer, (Hrsg.), *Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR*, 2. Auflage, 2005, Art. 85 kn. 493.

sadi hürriyetinin elinden alındığı, bütün gelir imkânlarının kısıtlandığı hal-lerde teminat işleminin geçersizliğine başvurma imkânı tanımak, bu menfaat dengesini teminat alan lehine tek taraflı tesis etmek anlamına gelecektir. Kendisine verilen teminata artık ihtiyaç duymayan alacaklının neden bu teminatı teminat verene iade etmediğini ve dolayısıyla teminat verenin teminat konusu şey üzerinde tasarrufta bulunma imkânından mahrum bıraktığını izah etmek mümkün değildir. Dolayısıyla teminat verenin ihtiyaç duyulmayan teminat konusu eşyayı geri isteyebilme imkânı daha erken bir aşamada devreye girebilmelidir. Ayrıca belirtelim ki kişilik hakkı ihlalinde öngörülen müeyyide, ticari hayatın akışını ciddi derecede etkileyecektir. Zira İsviçre Federal Mahkemesinin toptan temlik bağlamındaki içtihadı dikkate alındığında kişilik hakkının ihlal edildiği neticesine varıldığı vakit bütün işlem geçersiz sayılacaktır. Oysa taraflar arasında uzun zamandır süregelen ticari ilişkinin topyekûn geçersiz sayılması, bu ilişkiyi olumsuz şekilde etkileyebilir. Dolayısıyla bütün ilişkiyi geçersizlik müeyyidesine tabi tutmadan teminat verenin teminatı bazı durumlarda geri isteyebileceği bir mekanizmanın geliştirilmesi gerekmektedir.

Nihayet sözleşmesel ilişkinin bütünüyle değil, kısmen geçersiz olduğu kabul edilse dahi kişilik hakkının hangi aşamadan itibaren ihlal edildiğinin tespit edilmesi gerekecektir.

#### cc. Gabin Görüşü

Kanaatimizce Türk/İsviçre hukukunda oransızlık hususunda ortaya atılan en makul görüş, her ne kadar şartları etraflıca incelenmemiş olsa da, gabin müessesesi çerçevesinde meselenin çözüme kavuşturulmasını savunan görüştür. Ancak bu çözüm yolu da birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Zira gabinin objektif ve sübjektif şartlarının ispatı, gabin iddiasında bulunan kişi açısından daima sorunlu bir meseledir. Ayrıca toptan temlikin söz konusu olduğu kredi sözleşmelerinin çoğunda oransız teminat alan kredi müesseseleri, karşı tarafın basiretli tacir sıfatıyla hareket etmesi gerektiğini, dolayısıyla müzayaka hali haricinde gabin iddiasında bulunamayacağını pekâlâ öne sürebilecektir<sup>44</sup>.

Oransız şekilde teminat veren taraf gabinin şartlarını ispat etse dahi bu sefer de teminat ile teminat altına alınan alacak arasındaki oransızlığın hangi kıstaslar doğrultusunda belirleneceği sorusuna cevap aramak gere-

<sup>44</sup> Bu hususta bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 492.



kecektir. Bir diğer ifade ile sırf gabini kabul etmek kâfi olmayacak, edimlerin uyarlanması aşamasında hangi oranda bir uyarlama yapılması gerektiği sorusuna cevap aramak gerekecektir. Bu çerçevede İsviçre hukukunda *Stiefel* tarafından İsviçre Ceza Kanunu md. 157’de düzenlenen sömürme suçu çerçevesinde geliştirilen kıstasların esas alınması önerilmiştir. Her ne kadar somut olay şartlarının dikkate alınması gerekliliğine dikkat çekilmişse de teminat değerinin alacak değerini %35 oranında fazla aştığı hallerde oransızlık olgusunun gerçekleşmiş olacağı savunulmaktadır<sup>45</sup>. Ancak söz konusu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira yazar, *ultima ratio* niteliğindeki ceza hukuku normları çerçevesinde geliştirilen kıstasların özel hukuk alanında hangi sebeplerle uygulama alanı bulabileceği hususuna dair herhangi bir gerekçe sunmayı ihmal etmektedir. Gerçekten de ilerleyen bölümlerde daha etraflıca açıklanacağı üzere teminat ilişkisi çerçevesinde önceden ifade bulunan tarafın pekâlâ karşı edime kavuşma hususunda haklı bir menfaati söz konusudur. Dolayısıyla özel hukuk dışında ve farklı menfaat dengelerine dayanan kıstasların doğrudan özel hukuk alanında uygulanması isabetli gözükmemektedir. Bilakis gabin görüşü, ilk bakışta en isabetli çözüm yolu olarak gözükse de uygulamada birçok soruyu da beraberinde getireceği kuşkusuzdur<sup>46</sup>.

#### dd. Uyarlama Görüşü

İpotek bağlamında ortaya atılan uyarlama görüşünün de birçok soruyu beraberinde getireceğini belirtmek gerekecektir. Öncelikle bu görüşün dayanağı olarak yasal düzenleme olan BK md. 138 hükmü akla gelmektedir. Ancak hemen belirtelim ki toptan temlik bağlamında teminat amacıyla temlik edilen şeylerin değerinin teminat altına alınan alacak ile eşdeğer olmayacağı, hatta bu ikisi arasında ciddi farklılıkların meydana gelebileceği hususu, “tarafarca öngörülmemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağan üstü bir durum” olarak nitelendirilemeyecektir. Kaldı ki enflasyona dayalı paranın alım gücünde yaşanan değişiklikler, birçok yargı kararına konu olmuş, bu çerçevede uyarlama talebinin gündeme gelemeyeceği karara bağlanmıştır<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Stiefel, s. 21.

<sup>46</sup> Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de oransızlığın tespiti çerçevesinde esas alınması gereken kıstaslar hususunda kesin bir görüş belirtmekten kaçınmıştır, BGE 123 II 292 E. 8.

<sup>47</sup> Örnek olarak bkz. Y. HGK, 7.5.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340.

## 2. Alman Hukukunda Oransızlık Sorunu

Daha önce işaret edildiği üzere Alman hukukunda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasındaki ilişkiye dair benimsenen soyutluk ilkesi, inançlı temlik müessesesinin yaygınlaşmasını desteklemiştir. Hatta Alman kredi teminat sistemi, mülkiyeti muhafaza kaydı, inançlı temlik, toptan temlik gibi sunduğu birçok imkân sayesinde gelişmiş ekonomiler arasında en kapsamlı kredi teminat sistemi olarak nitelendirilmektedir<sup>48</sup>. Bununla birlikte Alman uygulamasında bankalar, müşterileri ile yaptıkları sözleşmelere kural olarak Alman Bankalar Birliği tarafından hazırlanan yeknesak Banka Genel İşlem Koşulları'nı (AGB-Banken<sup>49</sup>) da dâhil etmektedirler. Bu sayede banka genel işlem koşullarının denetimi de yeknesak hale gelmiştir.

Bankaların kullandığı genel işlem koşullarına ilişkin tartışmalar bağlamında, teminat ile teminat altına alınan alacak arasındaki oransızlık meselesi de gündeme gelmiştir. Belirtilen husus, ahlaka aykırılık ve genel işlem koşullarının denetimi ekseninde birçok mahkeme kararına konu olmuştur. Bu çerçevede öncelikle başlangıçtaki oransızlık<sup>50</sup> ve sonradan ortaya çıkan oransızlık tarzında ikili bir ayırıma gidilmiştir. Alman Federal Mahkemesi,

<sup>48</sup> Wiegand/ Brunner, *NJW*, 1995, 2513.

<sup>49</sup> Alman Bankalar Birliğinin tavsiye niteliğindeki Genel İşlem Koşullarına [https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken\\_40.000\\_Fassung\\_07\\_14.pdf](https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken_40.000_Fassung_07_14.pdf) [Erişim: Ocak 2017] adresinden ulaşmak mümkündür.

<sup>50</sup> Alman Federal Mahkemesi, kredi bedeli ile teminat arasında başlangıçta mevcut olan bir oransızlığın ahlaka aykırılıktan dolayı sözleşmenin geçersizliğine sebebiyet vereceğine hükmetmiştir. Buna göre sözleşmenin akdedildiği esnada, ileride gerçekleşmesi muhtemel olan teminatın paraya çevrilmesi durumunda teminat değeri ile teminat altına alınan alacak arasında ciddi bir oransızlığın mevcut olacağı kesin olmalıdır. Bu oransızlık ayrıca teminat alan alacaklının teminat verenin haklı menfaatleri karşısında kınanmaya layık bir davranışından dolayı meydana gelmiş olmalıdır ki bu davranış, ahlak kuralları çerçevesinde kabul edilebilir nitelikte olmamalıdır (BGH NJW 1998, s. 2047). Dolayısıyla oransızlık halinde teminat verene aynı nitelikte geri isteme hakkı tanıyan düzenlemelerin teminat sözleşmesine dâhil edilmesi tavsiye edilmektedir (Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Bettina Limperg, (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, München, 2016, § 398 kn. 129). Doktrinde bu çerçevede kredi miktarı ile teminat arasındaki oranın %200-300 civarında olması tavsiye edilmekte, bu oranı aşan miktarlar açısından ahlaka aykırılığın söz konusu olabileceği belirtilmektedir (Norbert Horn/ H. Jürgen Lwowski/ Gerd Nobbe, (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Schimansky*, Köln, 1999, s. 389).

bu ayırım çerçevesinde başlangıçtaki oransızlık durumunda ilgili sözleşmelerin ahlaka aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna hükmetmiş; sonradan ortaya çıkan oransızlık durumunda ise teminat verenin teminat fazlasını geri isteme hakkı bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.

İnceleme konumuz açısından önem taşıyan ve uygulamada daha çok ihtilafa sebebiyet veren husus, alacak ile teminat arasında sonradan ortaya çıkan oransızlık halleridir. Başlangıçta Alman Federal Mahkemesinin çeşitli daireleri arasında görüş farklılığı yaşanmış, ancak Federal Mahkeme 27.11.1997 tarihli kararı ile içtihatları birleştirilmiş ve konu netlik kazanmıştır<sup>51</sup>. Belirtmek gerekir ki bu karar, tip sözleşmelerle kurulan ve temlik konusunun sürekli değişkenlik gösterdiği toptan temlik hallerini ilgilendirmekte, bunun dışındaki teminatlara dair bir hüküm içermemektedir.

#### **a. İnanılana Teminat Konusu Şeyi Geri Verip Vermeme Hususunda Takdir Yetkisi Tanıyan Hükümler**

Alman Federal Mahkemesi, belirtilen kararında öncelikle kredi verene teminatı geri verme hususunda takdir yetkisi tanıyan düzenlemelerin geçerliliğini değerlendirmiştir. Buna göre teminat veren, böyle bir düzenleme olsun ya da olmasın, alacak ile teminat arasında bir oransızlık meydana geldiği takdirde alacaklının takdirinden bağımsız olarak teminatın makul oranı aşan kısmını geri isteme hakkına sahiptir. Mahkeme bu neticeye ilgili sözleşmenin inanca işlem niteliğinden hareket etmek suretiyle varmaktadır. Nitekim taraflar aralarındaki ilişkiyi nasıl nitelendirirlerse nitelendirsin, toptan temlik bağlamında akdedilen sözleşmeler, inanca işlem niteliği taşımaktadır. Bu varsayımdan yola çıkan mahkeme, inananın, teminata sözleşme esnasında kesin ve mutlak olarak ihtiyaç duymadığı hallerde söz konusu teminatı inanan geri vermekle yükümlü olduğu sonucuna varmaktadır. Söz konusu yükümlülüğü mahkeme '*sözleşmelerin hakaniyet ilkesi doğrultusunda ticari teamüllerin de dikkate alınarak yorumlanması gerektiği*'ni belirten BGB § 157 hükmünden çıkartmaktadır. Dolayısıyla teminat konusu eşya ya da alacak haklarının inanan geri verilmesi hususunda inananın bir takdir yetkisi söz konusu değildir; ancak inananın, birçok teminattan hangisinin geri verileceği hususunda böyle bir yetkisi söz konusudur<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> BGH NJW 1998, s. 671 vd.

<sup>52</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 672.

Hatta mahkemeye göre ihtiyaç duyulmayan teminatın geri verilmesi yükümlülüğü sözleşmede böyle bir düzenlemenin bulunup bulunmamasından da bağımsızdır. Bu hakkı sınırlayan ya da ortadan kaldıran her türlü düzenleme, o dönemde yürürlükte olan Alman Genel İşlem Şartları Kanunu § 9'a aykırı olarak nitelendirilmiştir. Nitekim ilgili hükme göre özellikle sözleşmenin niteliği dikkate alındığında tarafların esaslı hak ve yükümlülüklerini teşkil eden hususların, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak şekilde sınırlandırılması, haksız düzenleme olarak nitelendirilmektedir. İnanılanın teminata hiçbir şekilde ihtiyaç duymamasına rağmen teminatı geri verip vermeme hususunda takdir yetkisine sahip olması ve inananın doğrudan teminatı talep edememesi, sözleşmenin amacını tehlikeye atacak bir durum olarak kabul edilmiştir. Zira aksi takdirde teminat verenin teminat konusu olan ve inanan tarafından ihtiyaç duyulmayan şeyler üzerinde hızlıca tasarruf imkânı ortadan kalkacak, örneğin inanan teminat konusu eşya ya da alacağını yeni krediler için teminat olarak gösteremeyecektir<sup>53</sup>. Ancak teminatın geri verilmesini inananın takdir yetkisine bağımlı kılan bir düzenleme, inançlı temlikin tamamıyla geçersiz olmasına sebebiyet vermez. Bilakis geçersiz hüküm, toptan temlik halinde de inananın takdir yetkisinden bağımsız olarak inana teminat konusunu geri isteme hakkı tanıyan bir düzenlemeyle ikame edilmektedir.

### **b. Oransızlığın Kısıtları**

Mahkeme, makul oranı aşan kısmı talep etme yetkisini, sözleşmede öngörülmediği hallerde dahi tanımakla kalmamış, bir sonraki aşamada oransızlıktan bahsedebilmek için hangi şartların oluşması gerektiği sorusuna cevap aramıştır. Söz konusu sınır, teminat sözleşmesinin inançlı işlem niteliği dikkate alınarak tarafların menfaatleri ve sözleşmenin amacı doğrultusunda belirlenmiştir. Buna göre teminatın paraya çevrildiği an itibariyle teminat konusu şeyin değeri, teminat altına alınan alacağın % 10'unu aşıyorsa oransızlık söz konusu olacaktır<sup>54</sup>. Örneğin 100.000 TL'lik alacak hakkı olan inananın elinde bulundurduğu teminatın değeri, paraya çevrildiği an itibariyle 110.000 TL'yi aşıyorsa oransızlık söz konusu olacaktır. Ancak teminatın paraya çevrildiği an itibariyle taşıdığı değeri tespit etmek zordur. Bu sebeple mahkeme, ancak genel ve soyut bir sınırın, bir taraftan teminat alanı güvence altına alıp diğer taraftan teminat verenin iktisadi

<sup>53</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 673.

<sup>54</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 674.

hürriyetini koruyacağını belirtmiştir. Dolayısıyla sınır belirlenirken özellikle teminat altına alınan alacak hakkı ve teminat olarak gösterilen şeyler (teminat değeri) esas alınmalıdır. Ancak her iki değer de sözleşme süresinde değişime uğrayacağı için ancak soyut ve genel bir miktar, taraf menfaatlerine en uygun şekilde hizmet edecektir<sup>55</sup>.

Teminat değeri, teminatın paraya çevrildiği an itibariyle elde edilecek miktardır. Mahkeme, itibari değer ya da rayiç bedelin esas alınması fikrini açıkça reddetmiştir. Zira teminat, özellikle iflas anında işe yaramalıdır. Oysa paraya çevrilme anında teminat, genellikle itibari değer ya da rayiç bedelin daha da altında satılabilecektir. Toptan temlik ya da toptan devir halinde de aynı sorunlarla karşılaşılacaktır. Dolayısıyla alacağın güven altına alınabilmesi için teminat değerinin paraya çevrildiği an itibariyle en azından alacak hakkını karşılayabilecek nitelikte olması gerekir. Bu durum ise ancak teminatın alacak hakkının % 110'una tekabül ettiği hallerde söz konusudur. % 10'luk miktar özellikle tespit, cebri icra ya da alacağın takibi esnasında ortaya çıkabilecek muhtemel masrafları karşılamayı amaçlamaktadır<sup>56</sup>.

Teminat değerinin, yani teminatın paraya çevrildiği an itibariyle değerinin nasıl hesaplanacağı sorusuna cevap bulmak için mahkeme, teminatı esas alan BGB § 232 vd. hükümlerinden yararlanmaktadır. İlgili hükümler doğrultusunda mahkeme, alacakların itibari değerinden ve teminat amaçlı taşınır mülkiyeti devri hallerinde teminat konusu malın tahmini değerinden 1/3 oranında indirim yapılmasını ve bu şekilde elde edilebilecek muhtemel rakamın hesaplanmasını uygun görmüştür. Zira taşınırın teminat olarak gösterilmesini düzenleyen BGB § 237'ye göre bir taşınır, teminat olarak gösterildiğinde, bu taşınmazın muhammen değerinin ancak 2/3'ü esas alınır. Örneğin muhammen değeri 90.000 TL olan taşınır ancak 60.000 TL değerinde teminat olarak gösterilebilir. Her ne kadar ilgili hükümler doğrudan teminat amaçlı taşınır mülkiyet devri ve alacağın temlik hallerinde uygulama alanı bulmasa da, kanun koyucunun teminat çerçevesinde teminat veren ile teminat alan arasındaki menfaat çatışmasını düzenlediği hükümler olmaları sebebiyle bu durumlara da uygulanabileceği vurgulanmıştır<sup>57</sup>. Dolayısıyla teminat amaçlı taşınır mülkiyeti devredildiği ve ilgili taşınır kredi bedelinin % 150'sini aştığı takdirde teminat verenin aşan

<sup>55</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 674 vd.

<sup>56</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 675.

<sup>57</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 676.

kısmı geri isteme hakkı doğacaktır. Aynı durum, toptan temlik bağlamında alacak hakkının itibari değerinin kredi oranının %150'sine tekabül ettiği durumlarda da söz konusu olacaktır<sup>58</sup>.

### c. Türk/İsviçre Hukukunda Oransız Teminatı Geri İsteme Hakkı

Türk/İsviçre hukukunda alacak ile teminat arasındaki oransızlığa ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi bağlamında yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere bu sorunu tatmin edici, hem uygulamadaki ihtiyaçları karşılayacak hem de taraf menfaatlerini dengeleyici nitelikte nihai bir çözüme kavuşturacak bir yöntem tespit edilememiştir. Bu sebeple kişilik hakkı ihlali ya da aşırı yararlanma gibi istisnai hallerde kabul gören çözümler yerine, taraflar arasındaki menfaat dengesini daha iyi koruyabilecek bir çözüm yolu geliştirilmesine Türk hukukunda da ihtiyaç vardır.

#### aa. Hukuki Dayanak

Yukarıda işaret edildiği üzere Türk/İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşler, her ne kadar ilk bakışta isabetli gözüксе de, kişilik hakkı ihlali görüşünün, ya hep ya hiç esasına dayalı ve esneklikten uzak bir çözüme zorlaması gerçeği karşısında, sadece gabin esasına dayanan yaklaşım tarzı makul bir çözüm sunma potansiyeline sahip gözükmemektedir. Sözleşmenin külliyen geçersizliği yerine BK md. 28 f. 1'de öngörülen "*sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini*" isteme imkânından istifade edilmesi daha isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu ihtimalde de yukarıda açıklandığı üzere gabinin şartlarının ispat edilmesi zorunluluğu yanında uyarlamada esas kabul edilecek kıstasların belirlenmesi temel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi'nin yaptığı gibi toptan temlikin inançlı işlem niteliğinden yola çıkarak bir çözüm yolu benimsenmesi ise her ne kadar daha isabetli gözüксе de, Türk hukuku açısından sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin şartların bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira sözleşmede bir boşluktan söz edebilmek için "*tarafların o konuda susmuş olmaları (örtülü biçimde de olsa) olumsuz çözümü benimsemiş oldukları anlamını taşımamalı, yani nitelikli bir susmadan söz edilebilmelidir*"<sup>59</sup>. Oysa uygulamaya bakıldığında bankaların her türlü, yani oransız da olsa, alacağı

<sup>58</sup> BGH NJW 1998, s. 671, 676, 677.

<sup>59</sup> Kocayusufpaşaoğlu, s. 338.

temellük etme doğrultusunda bir irade ile hareket ettikleri aşikârdır. Dolayısıyla tarafların olumsuz çözümü benimsedikleri, yani müşterinin teminatı oransız da olsa hiçbir şekilde geri isteyemeyeceği doğrultusunda bir iradenin varlığı kabul edilecektir. Bu sebeple de Alman Federal Mahkemesinin inançlı sözleşme niteliğinden yola çıkarak gerçekleştirdiği tamamlayıcı yorum yönteminin hukukumuz açısından isabetli bir çözüm olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz<sup>60</sup>.

Ancak yukarıda da belirtildiği üzere ilgili sözleşmeler genel işlem şartı niteliği taşıdığı için toptan temlik hükümlerinin elbette içerik denetimine tabi tutulması söz konusu olabilir. Edimin konusunu belirleme yetkisini münhasıran tek tarafa veren hükümler bağlamında belirtildiği üzere BK md. 25, “*dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte*” hükümlerin konulamayacağını düzenlemekte, bir düzenlemenin karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığını belirlerken de özellikle mevcut hukuk düzenine bakılması gerekmektedir<sup>61</sup>.

Türk hukukunda teminat amaçlı temliklerin bir inançlı işlem niteliği taşıdığı<sup>62</sup> ve rehin hükümlerinin uygun düştüğü takdirde kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Ancak rehin hükümleri kıyasen uygulanırsa dahi, teminat altına alınmaya çalışılan alacak ile teminatın miktarında oransızlık sorununa uygulanabilecek bir hüküm yoktur. Özellikle teminatın bölünmezliği ilkesi kıyasen uygulanmaya elverişli değildir. Dolayısıyla tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini “*her somut olayda muamelelerin mahiyetinden, hal ve şartlardan ve ayrıca inanç gayesinin özelliğinden çıkartmak lazımdır*”. Bunun ötesinde dürüstlük kuralını da daima dikkate almak gerekecektir<sup>64</sup>.

Toptan temlik bir inançlı işlem niteliği taşıyor ve alacaklının alacak

<sup>60</sup> Alman Federal Mahkemesi’nin böyle bir farazi iradeden yola çıkmasının sebebi ise, Mahkemenin farklı dairelerinin içtihatları çerçevesinde uzun süreden beri böyle bir hakkın tanınmış olmasıydı. Dolayısıyla bankalar ve müşteriler, mahkeme içtihatları çerçevesinde makul oranı aşan kısmın iade edilmesi hususunda hem fikir olmakla birlikte, bu oranın nasıl belirleneceği konusunda belirsizlik yaşanmaktaydı.

<sup>61</sup> Atamer, s. 45.

<sup>62</sup> İnançlı işlemlerin kredi için teminat fonksiyonuna dair bkz. Özsunay, s. 36 vd.; BK-Zobl/Thurnherr, Systematischer Teil, kn. 1555.

<sup>63</sup> Özsunay, s. 137.

<sup>64</sup> Bkz. Özsunay, s. 154, 155.

hakkını teminat altına alma gayesi güdüyorsa, tarafların menfaatleri ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında alacak hakkı yeterince teminat altına alınan alacaklının, alacağını karşılayan teminattan daha fazlasına sahip olması ve istenildiği takdirde bunları geri vermemesi, BK md. 25 bağlamında dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla alacaklının alacağı yeterince güvence altına alındığı takdirde bu kısmı aşan teminatlar, toptan inançlı temlik kapsamı dışında kalmalıdır. Bir diğer ifade ile bu alacakların alacaklının uhdesinde olmasının herhangi bir hukuki dayanağı söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak sözleşmenin makul oranı aşan kısmı, kısmi hükümsüzlük sebebiyle butlan yaptırımına tabi tutulacaktır<sup>65</sup>.

## **bb. Oransızlığın Tespitinde Esas Alınacak Kıstaslar**

### **(1) Karşılama Sınırının Belirlenmesi**

Oransızlığın giderilmesinin hukuki dayanağının sebepsiz zenginleşme olduğunu tespit ettikten sonra söz konusu talep hakkının hangi kıstaslar doğrultusunda şekilleneceğinin belirlenmesi lazımdır.

Özellikle belirtelim ki hukukumuzda BGB § 237 hükmünü karşılayan bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Özellikle bir taşınırın teminat olarak gösterilmesi halinde bu taşınırın piyasa değerinin hangi oranda dikkate alınması gerektiğine dair bir hüküm, Medeni Kanun veya Borçlar Kanunumuzda mevcut değildir. Dolayısıyla söz konusu sınırın belirlenmesinde öncelikle toptan temlik çerçevesinde tarafların karşılıklı menfaatleri tespit edilmeli, ardından bu menfaat dengesi çerçevesinde bir oran belirlenmelidir.

Toptan temlik halinde özellikle teminat veren tarafın iktisadi hareket serbestisi önem kazanmaktadır<sup>66</sup>. Nitekim her türlü alacağını bankaya temlik eden borçlu, diğer alacaklılarına (örneğin kendisine mal satan üreticilere) teminat gösterme imkânından mahrum kalacaktır. Bu sayede diğer

<sup>65</sup> Sözleşmede belirlenen miktarın bölünebilirliği hususunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 605 vd. Her ne kadar teminatın tek bir maldan oluştuğu hallerde kısmi hükümsüzlük müeyyidesinin uygulama alanı bulamayacağı haklı olarak savunulsa da (Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, (Hrsg.), *Basler Kommentar zum OR I*, 6. Auflage, Basel, 2015, Art. 21 kn. 16), toptan temlik bağlamında zaten birden çok teminat söz konusu olacağı için bu sorun kural olarak gündeme gelmeyecektir.

<sup>66</sup> Schimansky/ Bunte/ Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, § 21 kn. 1.



alacaklılar daha kötü bir konumda olacaktır. Bu sebeple bankaya müşterinin doğmuş ve doğacak her türlü alacağı üzerinde tasarruf keyfiyeti tanıyan bir hükmün, taraflar arasındaki menfaat dengesini ciddi derecede banka lehine ve müşteri aleyhine bozması sebebiyle ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>67</sup>. Öte yandan bankanın da verdiği kredi karşılığında tahsil kabiliyeti olan bir teminata sahip olma doğrultusunda haklı ve meşru bir menfaatinin olduğu aşikârdır. Dolayısıyla oransızlık sınırının tespiti aşamasında çatışan bu menfaatler arasında adil bir dengenin kurulması lazımdır.

Bu çerçevede banka, iki farklı tatmin imkânına sahiptir<sup>68</sup>. Banka cebri icra yoluyla asıl alacağı ve ikinci aşamada kendisine devredilen teminat alacağını tahsil etmeye çalışacaktır. Ancak belirtildiği üzere hukukumuzda teminatların teminat olarak hangi orantıda dikkate alınması gerektiğine dair Alman Hukukunda öngörülen düzenlemeye benzer bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla toptan temlik çerçevesinde dikkate alınması gereken menfaat dengesinin benzer şekilde kurulduğu diğer alanlara yönelmek gerekecektir.

Bu çerçevede öncelikle rehinli taşınmazın kısmen devrini düzenleyen MK md. 868 hükmü dikkat çekmektedir. İlgili hükme göre malik, teminat olarak verilen taşınmazın yirmide birinden az değeri olan bir parçasını devrettiğinde, alacaklı kendisine orantılı bir ödeme yapılması ya da taşınmazın geri kalan kısmının yeterli güvence teşkil etmesi hallerinde rehni kaldırmaktan kaçınmaz. Dolayısıyla toptan temlik bağlamında da alacağın yirmide birinden az değeri olan alacağın, geri kalan teminatın alınmasının alacağını yeteriyle güvence altına alması koşuluyla borçlu tarafından geri istenmesi düşünülebilir. Ancak ilgili düzenlemenin amacı, teminat ilişkisi içinde bulunan taraflar arasında makul bir menfaat dengesi kurmaktan çok, taşınmazın çok küçük kısımlarının devri halinde MK 889'da öngörülen düzenlemenin önüne geçmek ve bu sayede karmaşık hukuki durumların meydana gelmesini önlemektir<sup>69</sup>. Dolayısıyla ilgili hükmün toptan temlik bağlamında çatışan menfaatleri dengeleme hususunda elverişli olduğu söylenemeyecektir.

<sup>67</sup> Schimansky/ Bunte/ Lwowski, *Bankrechts-Handbuch*, § 21 kn. 1.

<sup>68</sup> Bkz. Özsunay, s. 37, 38.

<sup>69</sup> Bkz. ZK-Dürr, D./ Zollinger, D., Peter Gauch/ Jörg Schmid, (Hrsg.), *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2: Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Art. 805-823 ZGB*, Zürich, 2. Auflage. 2013, Art. 811 kn. 5.

Oransızlık hususunda dikkate alınabilecek bir diğer müessese, her ne kadar İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da uygulama<sup>70</sup> ve doktrinde<sup>71</sup> kabul gören aşkın hacizdir. En basit şekliyle aşkın haciz, “haczin, şartlar uygun olmasına rağmen, alacak, faiz ve masraflardan oluşan borç miktarından fazla olarak yapılması”<sup>72</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Bir diğer ifadeyle alacaklı, ihtiyacından fazla bir kısmı haczetmekte, bu sayede ölçülülük ilkesine aykırı davranmaktadır. Ancak aşkın haciz, özellikle haczin genel amacına ve icra iflas hukukundaki belirlilik ile kesinlik ilkelerine aykırı olması sebebiyle icra ve iflas hukukunda reddedilmektedir<sup>73</sup>. Yoksa burada taraf menfaatleri arasında bir denge kurulması amaçlanmamaktadır. Ayrıca aşkın haciz yasağı, sözleşmenin ifası aşamasını değil, sözleşmenin cebri icra aşamasını doğrudan ilgilendirdiği için taraflar arasındaki sözleşmenin icrası esnasında kurulması amaçlanan menfaat dengesine uygulanması ilk bakışta isabetli gözükmemektedir. Ancak şunu da belirtelim ki netice itibarıyla oransızlığın giderilmesi ile aşkın haczin önlenmesi, aynı amaca hizmet etmektedir.

Her iki durumda da alacaklının ihtiyacından daha fazlasıyla tatmin edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu sebeple aşkın hacizde belirlenen kıstaslar, yani alacaklının alacak, faiz ve masraflardan oluşan borç miktarından fazlasını talep edememesi, oransızlık çerçevesinde de dikkate alınmalıdır. Ancak alacaklının alacak, faiz ve masraflarını tespit edebilmek, zaten alacaklının toplam riskini tespit etmek anlamına gelecektir. Bu riskin tespit edilmesi açısından ise aşkın haciz yasağı başlı başına elverişli bir kıstas değildir. Bilakis bu çerçevede alacaklının tahsilat riskinin tespit edilmesine hizmet edecek hükümlerin araştırılması lazımdır.

Ancak bir taşınırın ya da taşınmazın haciz aşamasında tahsil kabiliyetine dair icra ve iflas hukukundaki düzenlemeleri incelemeye geçmeden

<sup>70</sup> Y. 8. HD, 5.11.2015, E. 8612, K. 19671; 12. HD, 2.10.2014, E. 17560, K. 23125; 8. HD, 8.1.2014, E. 2013/15150, K. 2014/1243; 12. HD, 2.6.2014, E. 13599, K. 15765 (www.kazanci.com).

<sup>71</sup> Bkz. Nilüfer Boran Güneysu, “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016, Sa. 4, s. 26 vd.; Kudret Aslan, “Hacizde Sıra (Ter-tip)”, *AÜHFD*, 2005, C.54, S.2, s. 283, 284.

<sup>72</sup> Boran Güneysu, s. 27.

<sup>73</sup> “Haczin amacı, “alacaklının talep etmesi halinde takip konusu alacağı karşılamaya yetecek miktar ve değerde borçlunun mal ve haklarına icra dairesi tarafından el konularak” alacaklının tatmin edilmesidir. Alacağı aşan miktarda mal ve değere haciz konulması halinde, sadece icra hukukun değil haczin de amacı aşılmaktadır”, Boran Güneysu, s. 32, 36.

önce inanç sözleşmesinde mevcut olan menfaat dengesi ile icra ve iflas hukukunda benimsenen menfaat dengesinin benzer olup olmadığının tespit edilmesi lazımdır. Zira ancak iki alandaki menfaat dengesi benzer niteliklere sahip ise, icra ve iflas hukukumuzda benimsenen ilkelerden faydalanmak mümkündür.

Genel itibariyle icra iflas hukukunda “*bir tarafta alacaklının, alacağını tahsil etme isteği yer almakta; diğer tarafta da, borçlunun olabildiğince malvarlığına ve şahıs varlığına zarar verilmeden borcun tahsil edilmesi veya borcunun sona ermiş olduğunu ispatlama isteği yer almaktadır*”<sup>74</sup>. Kanun koyucu, bu çatışan menfaatleri farklı ilkeler doğrultusunda düzenlemiştir. Konumuz açısından önem arz eden nokta ise, icra ve iflas hukukunda benimsenen “*karşılama ilkesi*”dir. Bu çerçevede taşınmazların değil, taşınırların paraya çevrilmesi esaslarından hareket edilecektir<sup>75</sup>. Dolayısıyla incelememizi açık artırmaya çıkarılan mal üzerinde satışı isteyen alacaklının alacağına nazaran rüçhanlı alacaklıların olmadığı durumlarla sınırlandırmak daha uygundur.

Karşılama ilkesine göre açık artırmaya çıkarılan mal üzerinde satış talebinde bulunan alacaklının alacağına nazaran rüçhanlı alacaklı olmadığı takdirde öncelikle mahcuz taşınır malın muhammen kıymetinin %50’si esas alınmalı, bu bedele paraya çevirme ve paylaşırma masrafları da eklenmelidir<sup>76</sup>.

Bu ifadelerden çıkartılacak sonuç şudur: Alacaklı, borçlunun uhdesinde bulunan bir eşyanın satışını talep ettiğinde, arttırmaya çıkarılan malın muhammen kıymetinin %50’sini elde etme, bir diğer ifade ile bu bedelin %50’sini kaybetme riskiyle karşı karşıyadır. Hatta icra harç ve giderleri de buna eklendiği takdirde alacaklının riski, muhammen bedelin %50’sinden de fazladır. Dolayısıyla alacaklının menfaatlerini tespit ederken kural olarak muhammen bedelin ancak %45 ila 40’ını elde etme riskini dikkate almak gerekecektir. Kanun koyucu, icra ve iflas hukukundaki menfaat dengesini bu doğrultuda belirlemiştir.

<sup>74</sup> Pınar Çiftçi, “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt: 12, Özel S., s. 313, 316.

<sup>75</sup> Ayrıca satışı isteyen alacaklının alacağına nazaran rüçhanlı alacaklıların olduğu durumlar da dikkate alınmayacaktır. Nitekim toptan temlik halinde mülkiyet tamamıyla inanalana geçtiği için rüçhanlı alacaklı söz konusu olamaz.

<sup>76</sup> Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 415.

Her ne kadar karşılama ilkesinin amacı, bir taraftan hacze konu malın çok düşük bir bedelle satılmasının önlenmesi ve rüçhanlı alacaklıların zarara uğramaması olsa da ilgili hükümlerden aynı zamanda alacaklının alacağını tahsil edememe riskinin hangi oranda olduğunu tespit etmek de mümkündür.

Ancak ilk bakışta icra ve iflas hukukunda öngörülen bu riskin toptan temlik hallerinde mevcut olmadığı kanısı oluşmaktadır. Nitekim toptan temlik bağlamında teminat alan kişi zaten teminatın doğrudan maliki konumundadır<sup>77</sup>. Bu sebeple de teminat alanın icra yoluna başvurması söz konusu değildir. Rehin hukukunda rehin alanın rehin konusunu icra yoluyla paraya çevirme yükümlülüğüne kıyasla böyle bir yükümlülük inançlı işlemler çerçevesinde kabul edilmemektedir<sup>78</sup>. Dolayısıyla toptan temlik durumunda inanılanın tahsil riskinin söz konusu olmayacağı akla gelebilir. Fakat temlik alan, maliki olduğu alacak hakkını, bu alacağın borçlusundan tahsil edemediği takdirde pekâlâ cebri icra yoluna başvurmak zorunda kalacaktır. Bu sebeple de icra takibi ve haciz işlemleri çerçevesinde alacaklının alacağına kavuşamama riski, inanılan açısından da aynen söz konusu olacaktır. Bir diğer ifade ile alacaklının alacağın ancak %40 ila %45'ini tahsil edebilme riski, toptan temlik çerçevesinde de bankanın menfaatlerini belirlerken dikkate alınması gereken bir kıstas olarak benimsenmelidir.

Netice itibariyle bankanın kendisine temlik edilen alacağın (en kötü ihtimalde) %40'ını tahsil edebilme riski mevcut ise, alacaklarda kendisine sunulan teminatın itibari değerinin %40'ı esas alınabilecek durumdadır. Bunun karşılığı olarak da banka ile müşteri arasındaki karşılama sınırı, %250 olarak belirlenmelidir.

## (2) Ayrık Haller

Diğer taraftan yukarıda tespit edilen sınırın mutlak nitelikte olmadığını da belirtmek gerekecektir. Nitekim alacağın tahsil kabiliyeti %40'dan çok daha fazla ya da çok daha düşük olabilir. Bu gibi durumlarda karşılama oranının da azalması ya da çoğalması, bir diğer ifade ile bankanın teminat talep edebileceği sınırın artması ya da düşmesi söz konusu olabilir<sup>79</sup>. An-

<sup>77</sup> Dayınlarlı, s. 97; Sirmen, s. 66.

<sup>78</sup> Özsunay, s. 138, 151; Dayınlarlı, s. 97.

<sup>79</sup> Örneğin Bunte, karşılama sınırının % 100'e kadar çıkabileceğini belirtmektedir; a.g.e., kn. 12.

cak teminat oranının daha düşük ya da daha yüksek olması gerektiğini savunan taraf, bu iddiasını ispat etmek zorunda olmalıdır. Nitekim kanun, alacakların tahsil kabiliyetine dair genel sınırlar öngörmüş ve dolayısıyla alacaklının maruz kalacağı riski de ana hatlarıyla belirlemiştir. Bu sebeple kanunun öngördüğü bu sınırlardan daha fazla ya da az riskin söz konusu olduğunu iddia eden taraf, kural olarak bu görüşünü ispat etmek zorunda olmalıdır. Dolayısıyla banka, alacakların tahsili hususunda ciddi belirsizlikler söz konusu olduğu takdirde daha yüksek teminat isteme imkânına sahip olabilecektir. Öte yandan verilen teminatın zaten bir borsa değeri var ise, örneğin borsaya kayıtlı bir şirketin hisse senetleri teminat olarak gösterildiği takdirde bankanın tahsil riski söz konusu değildir. Burada olsa olsa hisse senetlerinin değer kaybına karşı bir koruma ihtiyacı söz konusu olabilir ki bu değer kaybı riski, tahsil edebilme riskinden farklıdır.

### **(3) Toptan Temlik Yanında Başka Teminatların da Mevcut Olduğu Haller**

Belirtelim ki banka ile müşteri arasındaki ilişki çerçevesinde bankaya sunulan teminat çeşitleri, genellikle sadece alacağın temlikinden ibaret değildir. Bunun yanında fer'i nitelikte olan ya da olmayan, kişisel ya da aynî her türlü teminatın sunulması kuraldır. Dolayısıyla birden çok teminat türünde karşılama sınırının nasıl belirleneceğini de tespit etmek gerekecektir.

Bu bağlamda kural olarak sunulan her türlü teminatın müşterinin iktisadi hareket serbestisini sınırlamaya elverişli olması sebebiyle dikkate alınması isabetli olacaktır. Bu sebeple toptan temlik çerçevesinde %250 sınırının belirlenmesinde fer'i nitelikte olan ve olmayan her türlü alacak dikkate alınmalıdır. Ancak bu kuralın çok önemli bir istisnası mevcuttur. Gerçekten de taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alındığında bankaya sunulan kefaletin oransızlık açısından dikkate alınması mümkün değildir. Nitekim üçüncü bir kişinin müşteriye kefil olması, kural olarak müşterinin iktisadi hareket serbestisini kısıtlayıcı nitelik taşımamaktadır<sup>80</sup>. Oysa müşterinin bankaya karşı oransızlığın giderilmesi talebinin yegâne dayanağı, müşterinin kendi alacakları üzerinde bankanın bunlara teminat amaçlı ihtiyaç duymadığı takdirde tekrar tasarruf edebilmesidir. Ancak üçüncü bir kişinin kefil olması halinde müşterinin tasarruf imkânından

<sup>80</sup> Bkz. BGH NJW 1996, s. 388 vd.

mahrum kaldığı bir malvarlığı değeri söz konusu değildir. Dolayısıyla kefaletin karşılama sınırının belirlenmesi çerçevesinde dikkate alınması söz konusu değildir.

## SONUÇ

Teminat amaçlı gerçekleştirilen toptan temlik işlemleri, ister taşınırları, ister alacakları esas alsın, inançlı işlem niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla taraf menfaatleri de bu doğrultuda şekillenmektedir. Önceden ifade bulunan tarafın alacağını yeterince teminat altına alma hususundaki haklı ve korunmaya layık menfaati, teminat verenin teminat alanın kesin olarak ihtiyaç duymadığı teminat konusu şeyler üzerinde yeniden tasarruf edebilme menfaatiyle çatışmaktadır. Kanımızca bu çerçevede teminat alanın en kötü senaryoda azami riskini tespit edip bu sayede alacak ile teminat arasında makul bir oran belirledikten sonra, kendisine temlik edilen teminatı tahsil edememe riskini dahi yeterince teminat altına almış olan inananın, bu oranı aşan teminatları elinde bulundurmasının hiçbir meşru dayanağı yoktur. Her ne kadar bu çerçevede kullanılan sözleşmelerin tamamlayıcı yorumuyla böyle bir sonuca varmak, teminat alanın açık aykırı iradesi sebebiyle mümkün olmasa da, ilgili sözleşmelerin tip sözleşme niteliğinden yola çıkarak BK md. 25 çerçevesinde makul oranı aşan teminatın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu savunmak mümkündür. Dolayısıyla alacak ile teminat arasındaki makul oranı aşan teminat, inanan tarafından sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda geri istenebilecektir.

Temennimiz, kanaatimizce ülkemizde yaşanan ekonomik çalkantıları dahi dikkate alan ve taraflar arasındaki menfaat dengesini adil bir şekilde sokmaya çalışan bu görüşün, her ne kadar bankacılık sektörünün kilit rol oynadığı İsviçre hukukunda olmasa da, Türk hukukunda dikkate alınmasıdır. Bu sayede malvarlığının tek bir elde yığılması önlenecek ve teminatların başka krediler için kullanılabilmesi sayesinde kredi teminat sistemi de güçlenecektir.

## ZUSAMMENFASSUNG

*In der türkischen Bankenpraxis sind sog. Rahmenkreditverträge, die die Grundlage des Verhältnisses zwischen den Banken und ihren Kunden darstellen, weit verbreitet. Diese Rahmenkreditverträge enthalten Bestimmungen zu diversen Arten von Bankgeschäften, die später mit dem Kunden realisiert werden können. Sehr verbreitet ist dabei die Klausel, wonach der Kunde jegliche Forderungen, die entstanden sind oder entstehen*

werden, an die Bank abtritt. Die türkische Literatur bietet in diesem Zusammenhang zahlreiche Stellungnahmen bezüglich der Wirksamkeit von Sicherungsgeschäften, insbesondere zur Sicherungsübereignung und zur Globalzession. Die Frage des Verhältnisses zwischen der zu sichernden Forderung und der Sicherheit(en) wird jedoch stiefmütterlich behandelt. Insbesondere beschränken sich die wenigen Abhandlungen mit einem Hinweis darauf, dass eine Unverhältnismäßigkeit zwischen der zu sichernden Forderung und der gewährten Sicherheit nur dann beachtlich sei, wenn dies ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht darstelle. Nur dann also, wenn die Vertragspartnerin durch eine Globalzession derart in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt wird, dass sie in völliger Abhängigkeit zum Vertragspartner steht, soll eine Unverhältnismäßigkeit vorliegen mit der Folge der Unwirksamkeit des Sicherungsgeschäfts.

Begründet wird diese Ansicht zunächst mit dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Sicherheit gemäß Art. 944 Abs. 2 tZGB. Der vorliegende Beitrag vertritt jedoch die Ansicht, dass diese Vorschrift aus dem Pfandrecht vorliegend auf Globalzessionen in Form von Sicherungsgeschäften keine Anwendung finden kann, da der Schutzzweck der Vorschrift, die Pfandgläubigerin vor dem Pfandgläubiger zu schützen, bei einer Sicherungsübereignung (Übertragung des Eigentums) nicht eingreift. Auch die Ansicht, dass eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen müsse, ist nicht überzeugend, da die Grenzen eines solchen Verstoßes schwer bestimmbar sind. Ohnehin ist es nicht überzeugend, bis zur Grenze des Persönlichkeitsverstoßes abzuwarten. Auch eine Orientierung rein nach den Maßstäben eines wucherischen Geschäfts gemäß Art. 28 tOR erscheint nicht überzeugend.

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des BGH zu Globalzessionen von besonderem Interesse, wonach dem Sicherheitengeber ab einer bestimmten Grenze ein Freigabeanspruch gegenüber der Sicherheitnehmerin zugestanden wird. Eine unmittelbare Übertragung dieser Rechtsprechung erscheint allerdings nicht möglich, da dem türkischen Obligationenrecht eine Vorschrift wie die des § 237 BGB fehlt. Um dennoch das Deckungsrisiko bestimmen zu können, bietet es sich an, einen Blick auf die Verwertungsvorschriften des türkischen Zwangsvollstreckungsgesetzes zu werfen. Hieraus ergibt sich nämlich, dass der vom Vollstreckungsbeamten von Amts wegen zu bestimmende Wert nicht um 50% unterschritten werden darf, woraus sich wiederum ein Höchstausfallrisiko von 50 % ergibt. Unter Berücksichtigung der weiteren Verwertungskosten und sonstigen Auslagen erscheint eine Deckungsgrenze von 250 % (50% Verwertungsrisiko und 10% sonstiger Kosten) als möglich, so dass ab dieser Grenze ein Freigabeanspruch entstehen sollte. Damit wäre gewährleistet, dass Vermögen, welches diesen Betrag übersteigt, für andere Kredit(geber) zur Verfügung stünde.

Zur dogmatischen Herleitung der Unwirksamkeit ist jedoch die ergänzende Vertragsauslegung nicht geeignet, da die Rechtslage hinsichtlich der Bankenpraxis in der Türkei mit jener in Deutschland nicht identisch ist. Geeigneter erscheint hingegen die Anwendung des Art. 25 tOR, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegen Treu und Glauben zulasten des Vertragspartners wirken oder dessen Stellung erschweren, unwirksam. Im Übrigen differenziert das türkische Obligationengesetz nicht nach der Eugenschaft der Vertragsparteien bezüglich der Anwendung von AGB-Vorschriften, so dass deren Anwendbarkeit zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer nach hier vertretener Ansicht keinen Bedenken unterliegt.

## KAYNAKÇA

- ACAR Faruk, “İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2008, C.6, S. 62, s. 475 vd.
- ARAL Fahrettin, “Topyekün Temlik”, *AÜHFD*, C. 42 (1992-1994), S. 1-4, s. 115 vd.
- ASLAN Kudret, “Hacizde Sıra (Tertip)”, *AÜHFD*, 2005, C.54, S.2, s.269-318.
- ATAMER Yeşim, “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, Ankara, 2012, s. 45 vd.
- AYDINCIK Şirin, “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, *ÜHFM*, İstanbul, 2006, C. LXIV, S.1, s. 131 vd.
- BORAN GÜNEYSU Nilüfer, “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. XX, S. 4, s. 24 vd.
- BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zürich, 1988.
- ÇETİNER Bilgehan, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- ÇİFTÇİ Pınar, “Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku İle Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 12, Özel S., s. 313 vd.
- DALCI Nurchihan, *Alacağın Toptan Temlik*, Ankara, 2009, Yüksek Lisans Tezi.
- DAYINLARLI Kemal, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik*, Dayınlarlı Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010.
- DAYINLARLI Kemal, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000.
- ENGİN Baki İlkay, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- EREN FİKRET, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 17. Bası, Ankara, 2016.
- ESENER Turhan, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1956.
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, Schulthess Verlag, 10. Auflage, Zürich, 2014.
- GAUCH Peter / SCHMID Jörg. (HRSG.): *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2b/2: Allgemeiner Teil, Wirkung des Grundpfands, Art. 805-823 ZGB*, Zürich, 2. Auflage, 2013.
- GRAHAM-SIEGENTHALER Barbara, “Das Bedürfnis nach Sicherheit–Möglichkeiten und Schranken des Rechts”, *SJZ*, 102/2006, S. 449.
- GUHL Theo/ KOLLER Alfred, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess Verlag, 9. Auflage, Zürich, 2000.



- HAUSHEER Heinz (HRSG.), *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR*, 2. Auflage, 2005.
- HAUSHEER Heinz/ WALTER Peter H., *Berner Kommentar Band IV/2/5/1, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, 3. Auflage, 2010.
- HELVACI İlhan, *Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasası*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.
- HONSELL Heinrich/ VOGT Nedim Peter/ WIEGAND Wolfgang (HRSG.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht Band I*, 6. Auflage, Basel, 2015.
- HORN Norbert / LWOWSKI, H. Jürgen / NOBBE, Gerd (HRSG.), *Festschrift für Herbert Schimansky*, Köln, 1999.
- KOCAMAN, Arif B., *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMÎ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdülkadir, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Cilt I*, 5. Bası, İstanbul, 2010.
- KOLLER Alfred, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag, 3. Auflage, Bern, 2009.
- MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2015.
- NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2016.
- OFTINGER Karl/ BAER Rolf, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Art.884-918*, Zürich, 1981.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Teminat Amaçlı Alacak Devri Ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, *İÜHFİM*, 1999, C. LVII, S. 1-2, s. 241 vd.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999-2000, s. 277 vd.
- ÖĞÜZ Tufan, “İpotek Hakkı Uyarılama Talebine Konu Olabilir mi?”, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku, 20 Ekim 2016*, Ögüz/ Engin (Ed.), İstanbul, 2017, s. 5, 8 vd.
- ÖZSUNAY Ergun, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- REETZ Peter, *Die Sicherung von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme*, Zürich, 2006.
- SÄCKER Franz Jürgen/ RIXECKER Roland/ OETKER Hartmut/ LIMPERG, Bettina (HRSG.), *Münchener Kommentar zum BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck Verlag, 7. Auflage, 2016.
- SCHIMANSKY Herbert/ BUNTE Hermann Josef/ LWOWSKI Hans Jürgen, *Bankrechts-Handbuch*, C.H. Beck Verlag, 4. Auflage, München, 2011.

- SİRMEN, A. Lale, *Alacak Rehni*, Ankara, 1998.
- STIEFEL Mirko, “Die Übersicherung des Kreditgebers im Schweizer Recht”, *AJP*, 2017, s. 16 vd.
- UYGUR Atiye, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, *GÜHFD*, Ankara, 2006, C.X, S.1-2.
- VON STAUDINGERS, J., *Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Staudinger BGB - Buch 3: Sachenrecht §§ 925-984; Anh zu §§ 929 ff (Eigentum 2)*, 12. Auflage, 2011.
- WEBER R. H., *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4*, Heinz Hausheer, (Hrsg.), *Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR*, 2. Auflage, 2005, Art. 85 kn. 493.
- WEIBEL Stephan, *Financial Assistance bei LBO-Transaktionen, - Eine Gläubigerschutzanalyse unter Berücksichtigung postakquisitorischer Umstrukturierungen*, *Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 115*, Schulthess Verlag, 2013.
- WIEGAND Wolfgang, “Fiduziarische Rechtsgeschäfte”, *ZBJV*, 1980, s. 561 vd.
- WIEGAND Wolfgang/ BRUNNER Christoph, “Übersicherung und Freigabeanspruch”, *NJW*, 1995, s. 2513 vd.
- ZOBL Dieter, “Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung – Eine Standortbestimmung”, *SJZ*, 1989, s. 352 vd.

#### **İnternet Kaynakları**

[https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken\\_40.000\\_Fassung\\_07\\_14.pdf](https://bankenverband.de/media/file/AGB-Banken_40.000_Fassung_07_14.pdf)  
[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)