

PAPER DETAILS

TITLE: An Analysis of the Lex Commissoria Ban within the Context of the Fiducia and the Enforcement Agreements

AUTHORS: Nevzat BOZTAS

PAGES: 209-254

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102253>

Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi*

An Analysis of the Lex Commissoria Ban within the Context of the Fiducia and the Enforcement Agreements

Nevzat BOZTAŞ**

ABSTRACT

According to articles 873 and 949 of the Turkish Civil Code, contractual clauses providing that the property of the pledge will be transferred to the creditor in case the debtor did not pay its debt (*lex commissoria* clauses) are null and void. This principle is called the prohibition of *lex commissoria* by legal doctrine.

Considering historical facts, it is understood that the prohibition of *lex commissoria* is established in order to protect the debtor who needs credit against the creditor who is in a strong position. Thanks to this prohibition, other than the protection of the debtor, the pledge institution has been made a sustainable security interest.

Without this prohibition, it would not be possible to maintain the existence of the pledge institution, nor would it be possible to mention the existence of a functioning economy. For this reason, it is of utmost importance that the definition of the prohibition and its elements be clearly defined by examining the types of agreements in which the prohibition is likely to be circumvented indirectly.

Considering that the prohibition of *lex commissoria* concerns also enforcement and bankruptcy law in addition to substantive law, it is necessary to determine the situation of agreements relating to the conversion of the pledge into the money with regards to the prohibition.

Keywords: *Lex commissoria*, pledge, fiducia, enforcement agreements.

Giriş

En basitinden en karmaşığına tüm ekonomik faaliyetler, sermaye ve girişimcinin karşılıklı ilişkisi ve etkileşimi ile yürür. Girişimci, ekonomik fonksiyonunu yerine getirebilmek için krediye ihtiyaç duyar; sermaye de kendisini büyütme

* Makale gönderim tarihi: 15.12.2017. Makale kabul tarihi: 20.12.2017.

** Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul B.A.M. 14. H.D. Başkanı. İletişim: İstanbul B.A.M. Orhantepe Mah. Üsküdar Cad. No:236/A Kartal - İstanbul.

için girişimciye. Ekonominin bu iki temel aktörü arasında bir gerilimin de varlığından söz edebiliriz: Kredi kullanan en ucuz ve en kısa yoldan krediye kavuşmak, kredi veren ise kredinin faiziyle birlikte geri dönüşünü teminat altına almak ister.

Para borçlarında en etkili teminat aracı, aynı teminat olan rehindir. Tarihsel olgular göstermiştir ki, rehin sözleşmeleri kamu müdahalesinin dışında kaldığında, sistem, kredi verenin borçluyu aşırı sömürmesine ve sermayenin ağırlıklı olarak kredi verende toplanmasına, böylece ekonomik dengelerin ve buna bağlı olarak sosyal ve siyasal hayatın bozulmasına sebebiyet vermektedir. Tarihsel süreçte, bu sözleşme ilişkisine kamunun müdahalesinin gerekli olduğu ortaya çıkmış ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için, rehin hakkının alacaklıya sadece değere yönelme hakkı vereceği ilkesine varılmış ve bu ilkenin teminat altına alınması için de *lex commissoria* anlaşmaları yasaklanmıştır. Roma hukukundan gelen bu yasak, tüm modern hukuk devletlerince benimsenmiştir.

Lex commissoria yasağı olmadan rehin kurumunun varlığını sürdürmesi mümkün olmayacağı gibi, sağlıklı işleyen bir ekonomiden de söz edilemeyecektir. Bu nedenle, yasağın dolaylı olarak işlevsiz bırakılma ihtimalinin bulunduğu anlaşma türlerinin de irdelenmesi suretiyle yasağın tanımının ve unsurlarının açıkça ortaya konularak uygulama alanının belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir.

Bu araştırmanın temel problemi, *lex commissoria* yasağının tanımını yapmak, kapsamının ne olduğunu açıklamak, yasada açıkça tanımlanan *lex commissoria* yasağının unsurları ışığında, teminat amaçlı inanca devir işlemlerinin de yasak kapsamında kalıp kalmadığını, rehin alacaklısına özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların yasak karşısındaki durumunun ne olduğunu ortaya koymaktır.

Bu amaçla ilgili literatür ve yargısal uygulama taranarak, öncelikle *lex commissoria* anlaşmasının tarihsel süreç içinde nasıl ortaya çıktığı, bu tür anlaşmaların yasaklanmasının hangi zorunluluklardan kaynaklandığı araştırılacak, yasağın amacı (*ratio legis*’i), işlevi ve unsurları ortaya konulduktan sonra, hukukumuzdaki durum açıklanacaktır. Bu tespitlerden yararlanılarak, teminat amaçlı inanca devir sözleşmelerinin yasak karşısındaki durumları değerlendirilecektir. Son olarak, alacaklıya rehinli malı özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmalar ve önce rehne müracaat kuralını bertaraf eden anlaşmalar irdelenip, bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağı ile ilgisi açıklanacak, ayrıca bu tür anlaşmaların icra sözleşmeleri bağlamında geçerli olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. Lex Commissoria Anlaşması ve Lex Commissoria Yasağı

A. Kavram ve Tarihsel Gelişim

1. Lex Commissoria Kavramı

Lex commissoria kavramındaki *lex* kelimesi “sözleşmedeki hüküm, kayıt” (clause) anlamına gelmektedir. Çünkü, *lex commissoria* anlaşması ister inançlı devir anlaşmasına ister rehin anlaşmasına eklenmiş olsun, eklendiği sözleşmenin hukuki sonuçlarını değiştiren bir ek anlaşma (kloz) niteliğindedir ¹.

“Kavramı oluşturan *commissoria* kelimesinin anlamı ise şu şekilde ele alınabilir. *Lex commissoria* terimindeki “*commissoria*” kelimesi Latince ‘*commissorius*’ sıfatından gelmektedir. Bu sıfat ise Latince ‘*committo*’ (*committere*) fiilinden türetilmiş bir kelimedir. Latince *committo* (*committere*) fiilinin Fransızcadaki çeşitli anlamlarından biri de ‘*joindre, reunir*’ dir. *Joindre* fiilinin dilimizdeki karşılığı ‘bitiştirmek’, ‘kavuşturmak’, ‘birleştirmek’tir. ...dolayısı ile ‘*commissorius*’ sıfatının dilimizdeki karşılığının ‘birleştirilmiş’, ‘bir araya getirilmiş’ olduğu ileri sürülebilir. Hal böyle olunca, ‘*lex commissoria*’ terimi dilimizde (akde) ‘birleşik kayıt’ veya (akde) ‘bağlı kayıt’ şeklinde çevirmek mümkün olsa gerekir” ².

Öğretide *lex commissoria* yasağı terimi yerine, “alacaklının rehni edinme yasağı”, “alacaklının rehne malik olması yasağı”, “rehinliyi maletme yasağı”, “yanma kaydı yasağı” ³, “rehin iğlak yasağı” kavramları kullanılmıştır. Helvacı, “Mürtehinin merhunu temellük yasağı” terimini tercih etmiştir ⁴.

Tüm bu açıklamalara göre, *lex commissoria* anlaşması, rehin anlaşmasına ya da inançlı devir anlaşmasına eklenen bir kloz, yani ek anlaşma niteliğindedir ⁵. *Lex commissoria* sözlük anlamı itibarıyla “(akde) birleşik kayıt” anlamına gelmekte olup, rehin (*pignus*) sözleşmesine eklenen bu kayıt ile borç vadesinde ödenmediği takdirde alacaklının malın mülkiyetini kazanması öngörülmektedir ⁶.

1 İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, İstanbul, 1997, s. 11-12.

2 Helvacı, s. 12-13.

3 Rona Serozan, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFM*, C:LXIV, S.2, Yıl:2006, s. 301; Tunç Yücel, s. 357.

4 Helvacı, s. 14-16; “*Lex commissoria*, rehinli alacaklının rehinli malı edinmesi veya rehinli alacaklının malı temellükü olarak Türkçeye çevrilebilir”, Tunç Yücel, s. 67.

5 “*Lex commissoria*, ‘akde eklenen şart’ anlamını taşımaktadır. Zira, Roma Hukukunda *lex commissoria*, *pacta adiecta* (veya *pactum adiectum*/munzam anlaşma) adı verilen ve sözleşmeye eklenen bir *pactum* ile varlık kazanmaktaydı. Bu anlaşmanın çeşitli akitlere eklenmesi mümkün olmakla birlikte, Roma hukuku uygulamasında genellikle satım (*emptio venditio*) ve rehin (*pignus*) sözleşmelerinde gündeme gelmekteydi”, Zeliha Dereli, “Lex Commissoria Yasağı”, *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2009, Tez no: 250028, (tez.yok.gov.tr), s. 14.

6 Ali Cem Budak, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2. Basım, İstanbul, 2009, s. 54.

Lex commissoria anlaşması rehin sözleşmesinin içinde bir madde olarak yer alabileceği gibi, ayrı bir anlaşma olarak da düzenlenebilir ⁷.

2. Lex Commissoria Anlaşmasının Tarihsel gelişimi

Roma hukukunda başlangıçta, günümüzdeki anlamıyla, alacaklıya rehinli malı satarak rehinli malın değeri üzerinden alacağını tahsil yetkisi veren rehin kurumu yoktu ⁸. Rehlin kavramının gelişmesi ve bugünkü anlamda bir içeriğe kavuşması, tarihsel süreç içinde aşama aşama gerçekleşmiş bir olgudur.

Roma Hukukunda aynı teminat, önceleri *fiducia cum creditore* denilen bir inancılı devir işlemiyle sağlanıyordu ⁹. Bu sistemde, borçlu, kendisine ait bir malın mülkiyetini alacaklıya devrediyor, bu devir işleminden önce, alacaklı ve borçlu aralarında yaptıkları bir inancılı anlaşmasıyla da borç ödendiğinde bu malın mülkiyetinin borçluya iade edileceğini kararlaştırıyorlardı¹⁰. Bu tür inancılı işlemde teminat olan malın mülkiyeti başlangıçta alacaklıya devredildiğinden, *lex commissoria* anlaşmasına ayrıca gerek olmayacağı görüşleri savunulmuşsa da bu görüş yerinde değildir. Çünkü, alacaklı şeklen teminat konusu mülkiyetini ediniyor ise de taraflar arasındaki inancılı anlaşma uyarınca, borç ödenir ödenmez malın mülkiyetini borçluya devretme borcu altına giriyordu ¹¹. Ayrıca, borç ödendiğinde teminat konusu malın mülkiyetini devretme borcu herhangi bir süreyle de sınırlandırılmamıştı. Borcunu ödeyen borçluya, malın mülkiyetinin geri devrini sağlamak üzere *actio fiduciae directa* denilen bir dava açma hakkı veriliyordu. Haksız yere devirden kaçınan alacaklı için bu davanın sonuçları oldukça ağır sayılıyordu. Bu davada mahkûm olan alacaklı şerefsiz (*infamus*) sayılıyordu ¹².

Alacaklı, uzun süre ifayı beklemek zorunda kalıyor, teminat olarak devraldığı mal üzerinde de herhangi bir tasarrufta bulunamıyordu. İşte, *fiducia*'nın bu zafırlarını ortadan kaldırmak üzere Romalılar, bu tür inancılı devir sözleşmelerine ek bir anlaşma (*pacta edicta*) olarak *lex commissoria* anlaşmasını eklemeye başlamışlardır ¹³. Bu ilave anlaşma uyarınca, borç vadesinden sonra belli bir süre içinde ödenmediği takdirde alacaklıya, malı iade borcundan kurtulma hak-

7 Aslı Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul, 2014, s. 273.

8 "Roma Hukukunun ilk devirlerinde, bugün anladığımız anlamda, alacaklıya rehinli malın değerinden alacağını almak yetkisini veren, borca bağlı (*fer'i*) sınırlı bir aynı hak olarak rehin kavramı mevcut değildi. O devirlerde aynı teminat 'borç yerine verilen ve asıl edanın yerini tutan muvakkat bir eda' şeklinde görülmektedir: 'Borçlu, rehinden kurtarılması bozucu şartı altında bir aynı alacaklıya vermekteydi', Budak, s. 52.

9 Budak, s. 52; Tunç Yücel, s. 68.

10 Helvacı, s. 17; Tunç Yücel, s. 68-69.

11 Helvacı, s. 18-19.

12 Müjgan Tunç Yücel, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, İstanbul, 2010, s. 68-69; Helvacı, s. 19-20.

13 Helvacı, s. 20; Tunç Yücel, s. 69.

kı veriliyor, süre sonunda borçlunun *actio fiduciae directa* denilen davayı açma hakkını alacaklı sona erdirebiliyordu. Yani alacaklı, *lex commissoria* sözleşmesinden doğan hakkını kullandığında, taraflar arasındaki alacak borç ilişkisi sona eriyordu. Teminatın alacaklı tarafından bu şekilde mal edilmiş olması, bir tür *ifa uğruna edim (datio in solutum)* olarak kabul ediliyordu ¹⁴.

Fiducia'nın teminat işlevinin yetersizliği nedeniyle, Roma'da zamanla günümüzdeki rehin kavramının da kaynağı olan *datio pignoris (pignus)* kurumu gelişmiştir ¹⁵. Özellikle mülkiyetin tescili sistemi bulunmadığından, sadece mülkiyetin devri yeterli teminatı sağlamıyordu. Daha güçlü ve güvenilir bir teminat sağlamak üzere, mülkiyet yerine sadece zilyetliğin devri suretiyle alacak teminat altına alınmaktaydı. Esasen Roma'da çok eski zamanlardan beri, malın zilyetliğinin alacaklıya devri suretiyle alacağın teminat altına alınması sağlanıyor, bu kuruma da *pignus (datio pignoris)* deniliyordu ¹⁶. Bu durumda, alacaklıya sadece malın zilyetliği devrediliyor, borç ödeninceye kadar alacaklı, teminat olarak kendisine verilen malın zilyedi oluyordu.

Bu fiili uygulama zamanla hukuk sistemi tarafından da tanınmış ve alacaklıya, zilyetliğin korunması davası (*interdictum*) açma hakkı verilmişti. Böylece *pignus*, hukuki bir kurum haline gelmişti. Ancak, bu dava üçüncü kişilere karşı gerekli korumayı sağlamadığından, dava hakkının kapsamı zaman içinde genişlemiş ve *preator* davasıyla *actio serviano* veya *actio hypothecaria in rem* davası tanındı ve böylece aynı bir hak veren dava ile korunan gerçek bir rehin hakkı doğmuş oldu ¹⁷. Borcunu ödeyen borçluya da zilyetliğin geri verilmesi için *actio pigneraticia directa* davası açma hakkı tanınmıştı ¹⁸.

Pignus sisteminin bu halinde alacaklı, teminat konusu mal üzerinde sadece zilyetlik kazanıyor, malın mülkiyeti borçluda kalıyordu. Ayrıca, alacaklının, zilyedi olduğu bu malı, borç ödenmediğinde paraya çevirme yetkisi de yoktu. Alacaklının elde ettiği tek imkân, malın zilyetliğini devretmemek suretiyle borçluya baskı uygulamaktı ¹⁹.

14 Helvacı, s. 21-22; "Borç vadesinde ödenmediğinde teminat oluşturan mal alacaklının mülkü olarak kalırdı. Daha sonraları, alacağını elde etmek için malı satarak alacağını satış bedelinden elde etmek hakkının bulunduğu (*ius distrahendi* veya *ius vendendi*) ve satış bedelinin alacağı asan kısmını (*hyperocha* veya *superfluum*) borçluya iade etmesi şartını öngören sözleşmeler (*pactum de vendendo*) yapılmaya başlandı. *Hyperochanın ödenmesi de aynı actio fiduciae directa ile talep edilebilmekteydi.*", Budak, s. 52.

15 Tunç Yücel, s. 69; Helvacı, s. 22-23; "Bugün anladığımız manada bir sınırlı aynı hak olarak rehinin ilk şekli, aynı teminat oluşturan malların borçlunun elinde bırakılması ihtiyacından doğdu", Budak, s. 52.

16 Tunç Yücel, s. 69; Helvacı, s. 23.

17 Budak, s. 53.

18 Budak, s. 54.

19 Helvacı, s. 23; Tunç Yücel, s. 69; Budak, s. 54.

Pignus'un, alacağın tahsilini sağlamadaki yetersizliği nedeniyle Romalılar bir çare buldular: *Pignus* anlaşmasına ek olarak *lex commissoria* anlaşması yapmaya başladılar. Böylece, borç vadesinde ödenmediği takdirde, alacaklı, malın mülkiyetini kazanıyordu ²⁰.

Datio pignoris kurumunda, teminat konusu malın zilyetliği borçlanma ilişkisinin başında alacaklıya veriliyordu. *Pignus*'un başka bir türü olan *conventio pignoris* sisteminde ise, borçlu borcunu vadesinde ödemediği takdirde teminat konusu malın zilyetliğinin alacaklıya devri konusunda taraflar anlaşıyordu. Zamanla, *conventio pignoris* anlaşmalarına da ek olarak *lex commissoria* anlaşmaları yapılmaya başlanmıştır ²¹.

3. Lex Commissoria Anlaşmasının Yasaklanması

Gerek *fiducia*'nın gerekse *pignus*'un alacaklı açısından doğurduğu yetersizliği bertaraf etmek üzere, bu anlaşmalara *lex commissoria* anlaşmaları eklenerek, teminatın etkisinin artırılması hedeflenmiştir. *Lex commissoria* anlaşmaları alacaklı açısından avantajlı bir durum yaratmakla birlikte ²², borçlu açısından önemli sakıncalar doğuruyordu ²³. Gerçekten de rehinli malın değerinin borçtan fazla olması halinde kurum borçlu aleyhine işliyordu. Borç verenin, kredi ihtiyacı içindeki borç alan karşısındaki üstün durumu dikkate alındığında, borçlu, alacaklının dayatmalarına boyun eğmek zorunda kalıyor, genellikle borç miktarına nazaran çok daha değerli olan bir veya birkaç malı teminat olarak veriyordu ²⁴.

Ekonomik kriz dönemlerinde kredi ihtiyacının arttığı dikkate alındığında, *lex commissoria* tamamen alacaklı lehine işleyen, borçlunun ekonomik mahvına neden olan bir hal alıyordu. Tefeciliğin arttığı bu dönemlerde, borçlular tamamen alacaklının insafına terkediliyordu ²⁵. Nitekim, Roma'da ekonomik krizlerin baş gösterdiği M.S. 3.ve 4. yüzyıllarda *lex commissoria* anlaşması yoğun bir şekilde kullanılmaya başlanmıştı ²⁶. Paranın önemli ölçüde değerini yitirdiği bu dönemde, *lex commissoria* anlaşmaları, faiz oranlarını belirleyen yasaları dolanmanın bir aracı haline de gelmişti ²⁷.

²⁰ Helvacı, s. 24; Tunç Yücel, s. 69; Budak, s. 54.

²¹ Tunç Yücel, s. 69-70; Helvacı, s. 24-25.

²² "Halbuki, doktrinde Burdese'nin de isabetle belirttiği üzere, *lex commissoria* anlaşması, alacaklı yararına yapılan bir munzam anlaşma idi ve alacaklı, borcun ifa edilmesi ile söz konusu anlaşmadan doğan hakkın kullanılması arasında seçim yapabilme imkanına sahipti. Dolayısı ile teminat konusu nesnenin zaman içerisinde değerini yitirmesi halinde, alacaklı için bu tarz bir tehlike söz konusu olamazdı. Zira alacaklı kendi menfaatlerini tartıp hangi yolun kendisi için daha elverişli olduğuna karar vererek, borcun ifasını talep edebilir ya da *lex commissoria*'nın kendisine sağladığı imkanı kullanabilirdi", Helvacı, s. 25-26.

²³ Tunç Yücel, s. 70; Budak, s. 54; Helvacı, s. 25.

²⁴ Budak, s. 54.

²⁵ Serozan, s. 357.

²⁶ Helvacı, s. 27.

²⁷ Helvacı, s. 27-28.

Bu dönemde ekonomik krizin derinleşmesiyle birlikte sosyal ve siyasal krizler de ortaya çıkmış, bu sorunlara çare bulmak konusunda devletin müdahaleci bir rol üstlenmesi gerektiği fikri ortaya atılmıştır²⁸. Bu ortamda, İmparator *Constantinus*, ekonomik kötü gidişin neden olduğu sosyal ve siyasi sorunlara ve ahlaki çöküntüye bir çare olarak, M.S. 326 yılında yayınladığı bir emirname ile *lex commissoria* anlaşmasını, geriye etkili bir şekilde yasaklamıştır²⁹. Anılan emirnamede şu ifadeler yer verilmiştir:

“Diğer batıl (geçersiz) olan şeyler (muameleler) arasında *pignus*’da *lex commissoria*’nın hükümsüzlüğü mevcuttur. Onun (*lex commissoria*’nın) önceki sonraki bütün hükümlerinin (etkilerinin) geçersiz olması kabul edilir. Eğer birisi, (böylece), böyle bir akitle iş görürse bu yasak öncekilerle birlikte haliha-zırdakilerinin de (muamelenin önceki ve halihazır etkilerinin de) ortadan kalkmasına ve gelecektekilerin (gelecekteki hükümlerinin) yasaklanmasına sebep olur. Mal elden çıkmış olsa bile alacaklıların vermiş olduklarını geri almalarını emrediyoruz”³⁰.

Böylece, *lex commissoria* anlaşması tamamen ve emredici bir şekilde, hem de geçmişe etkili olarak yasaklanmış oldu. Bugün çağdaş hukuklarda da yer alan *lex commissoria* yasağının temelinde de bu tarihsel olgu yatmaktadır³¹.

Bu yasaktan sonra, günümüzdeki anlamına yakın bir rehin kurumu mümkün hale gelmiştir. Yeni sistemde, rehinli alacaklı ancak malı satarak alacağını satış bedeli üzerinden alabiliyordu. Satış bedelinin alacağı aşan kısmı borçluya iade ediliyordu. Artan kısmın (*superfluum*) borçluya iadesi *actio pigneraticia directa* ile istenebiliyordu³².

B. *Lex Commissoria* Yasağının Amacı

Lex commissoria yasağı, rehin hukukunun “*Magna Carta*”sı olarak kabul edilebilir³³. Çünkü bu yasakla, alacaklının borçlu üzerindeki mutlak hakimiyetine son verilmiş, rehin kurumu adeta ıslah edilmiş, sürdürülebilir hale getirilmiştir. Yasağın konulmasıyla ilgili tarihsel süreç, bu yasağın konuluş amacı hakkında da bir fikir vermekle birlikte, öğretide yasağın amacı konusunda çeşitli görüşler savunulmaktadır. Bu görüşleri kesin olarak birbirinden ayırmak mümkün olmakla birlikte³⁴, meseleye farklı bakış açılarını görmek bakımından önemlidir.

²⁸ Helvacı, s. 28.

²⁹ Tunç Yücel, s. 70; Serozan, s. 357; Helvacı, s. 28; Budak, s. 54.

³⁰ Helvacı, s. 28.

³¹ Helvacı, s. 31.

³² Budak, s. 55; Helvacı, s. 29.

³³ Tunç Yücel, s. 70.

³⁴ Tunç Yücel, s. 73.

Amacın ortaya konulması, yasağın kapsamının belirlenmesi bakımından son derece önemlidir³⁵.

1. Yasağı Gabin Kapsamında Açıklayan Görüş

Bir görüşe göre yasağın amacı (*ratio legis'i*), borçluyu gabine karşı korumaktır³⁶. Böylece, zayıf durumda olan borçlunun, güçlü durumda olan alacaklı tarafından gabine maruz bırakılması önlenmiş olur. Yasağın temel amacı, borçlunun borç miktarından çok daha değerli bir malının, alacaklı tarafından haksız olarak mal edinilmesini önlemektir³⁷. Bir işlemin yasak kapsamında kalıp kalmadığı da buna göre belirlenir. Örneğin, borcun muaccel olmasından sonra, rehinli malın, ifa uğruna edim (*datio solutum*) olarak alacaklıya devredilmesi kararlaştırılabilir. Borcun muaccel olmasından sonra yapılan bu tür anlaşmalar, tarafların özgür iradesiyle yapıldığından gabinden söz edilemeyecek, işlem *lex commissoria* yasağının dışında kalacaktır³⁸. Yine bu görüş esas alındığında, malın bedelinden borç tutarını aşan kısmın borçluya iade edileceği şartını içeren *lex commissoria* anlaşmalarının yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerekir³⁹.

Yasağın mahiyetinin açıklanması için gabin kurumundan istifade edilecekse de yasağın geçersizlik hukuki sonucunu doğurması için gabinin koşulları aranmayacaktır⁴⁰. Çünkü, yasağın ihlali niteliğindeki anlaşmaların hükümsüz olacağını yasa emredici biçimde düzenlemiştir.

Yasağın amacının, borçlunun gabine karşı korunması olduğu yönündeki görüşün, öğretideki hâkim görüş olduğu söylenebilirse de⁴¹ aşağıda açıklanacağı üzere, bu konuda farklı görüşler de mevcuttur.

2. Yasağı Ahlaki Yaklaşımla Açıklayan Görüş

Lex commissoria anlaşmasının, zayıf durumda olan borçlunun bu durumundan yararlanan alacaklının, alacağın değerini çok aşan bir malı ele geçirmesini ahlaka aykırı bulan ve yasağın temelini de bu ahlaka aykırılığa bağlayan görüşün

35 Dereli, s. 43.

36 M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Basım, İstanbul, 2016, s. 954; Tunç Yücel, s. 73-74; Helvacı, s. 72-74.

37 "Bu düşünceyi benimsemiş yazarlardan Tekinay da, söz konusu yasağın, ödünç alırken ekonomik sıkıntı içinde bulunan ve alacaklının ileri sürdüğü şartlara boyun eğmek zorunda kalan borçluyu korumak amacıyla konduğunu, zira borçlunun ekonomik ve psikolojik açıdan bu tarz bir anlaşmaya kolaylıkla razı olabilecek bir durumda olduğunu belirtmiştir", Helvacı, s. 73.

38 Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 4. Basım, İstanbul, 2017, s. 182; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 954.

39 Erden Kuntalp, "Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", *İnan Kıracı'ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1994., s. 155; Tunç Yücel, s. 73-74.

40 Helvacı, s. 73.

41 Dereli, s. 44; Helvacı, s. 72; Tunç Yücel, s. 74.

de Türk hukukunda ağırlıklı görüşlerden birisi olduğu söylenebilir ⁴². Bu yasağı koymakla yasa koyucu, rehinli alacaklının ifa menfaatini aşan bir menfaat elde etmesini ahlaka aykırı bulmuştur ⁴³.

Aslında ahlaki yaklaşımın, gabine dayalı yaklaşımla sıkı bir bağlantı içinde olduğu açıktır ⁴⁴. Her iki anlayışın temelinde de borçlunun korunması düşüncesi yatar.

3. İhkak-ı Hakkın Yasaklanması Düşüncesi

Lex commissoria sözleşmesini maddi hukuka değil, icra hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak kabul eden görüş, *lex commissoria* anlaşmasının yasaklanmasının temelinde, ihkak-ı hakkın engellenmesi olduğunu savunur ⁴⁵. Çünkü *lex commissoria*, borcun ödenmemesi halinde alacaklının teminat konusu malı kendiliğinden ele geçirmesi, yani ifa uğruna edim olarak alacaklının mülkiyetine geçmesi sonucunu doğurur ki, bu durum alacağın tahsiliyle ilgili bir husustur ve icra hukuku kapsamındadır ⁴⁶. Oysa rehinli alacaklı, borçlunun ödeme yapmaması halinde, cebri icra hükümlerinden yararlanarak alacağına kavuşabilmelidir. Cebri icra hükümleri emredici olup, bu emredici hükümleri bertaraf eden *lex commissoria* anlaşması bu nedenle hükümsüz kılınmaktadır ⁴⁷. Bu anlayışın daha çok, özel yoldan paraya çevirme anlaşmalarını yasaklayan Fransız sistemine uygun olup, *lex commissoria* yasağı ile özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları arasında ayırım yapan İsviçre-Türk hukuk sistemine uygun olmadığı savunulmaktadır ⁴⁸.

4. Diğer Görüşler

Diğer bir görüşe göre yasağın amacı, *lex commissoria* anlaşmasıyla ortaya çıkması muhtemel tehlikenin önlenmesidir. Bu tehlike, rehinli malın değerinin alaktan fazla olması durumunda, bu fazlalığın alacaklı tarafından mal edinilmesidir. Bu tehlike her anlaşmada ortaya çıkmamakla birlikte, çıkma ihtimali yüksek bir tehlikedir. Yasaklama ile bu tehlikenin ortaya çıkması engellenmiş olur ⁴⁹.

Bu görüşe paralel olarak ileri sürülen başka bir görüşe göre *lex commissoria* yasağının amacı, sürdürülebilir bir rehin sisteminin mevcudiyetini sağlamaktır⁵⁰. Böylece yasağın amacı borçluyu değil, rehin sistemini korumaktır.

⁴² Tunç Yücel, s. 74-75.

⁴³ Helvacı, s. 77; Dereli, s. 44.

⁴⁴ Helvacı, s. 75.

⁴⁵ Tunç Yücel, s. 76.

⁴⁶ Dereli, s. 44; Helvacı, s. 74.

⁴⁷ Dereli, s. 45; Tunç Yücel, s. 76.

⁴⁸ Fatma Kurt, "Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehlinli Malı Özel Yollardan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesiyle İlişkisi)- Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C:82, S:1, Yıl:2008, s. 136.

⁴⁹ Tunç Yücel, s. 76.

⁵⁰ Tunç Yücel, s. 76.

Bir diğer görüşe göre, *lex commissoria* anlaşmaları, fahiş faiz anlaşmalarının gizlenmesinde kullanılabilir. Bu nedenle, yasağın amaçlarından biri de fahiş faiz anlaşmalarının önüne geçmektir⁵¹.

Yasağın *ratio legis*'ini açıklayan başka bir görüşe göre ise *lex commissoria* yasağı, alacaklının haksız zenginleşmesini engellemeyi hedefler⁵². Böylece, borçlu lehine rehin veren üçüncü kişilerin yasak kapsamında korunmasının ya da rehin sözleşmesi kurulduktan sonra yapılan *lex commissoria* anlaşmalarının yasaklanması dayanağı da açıklanmış olmaktadır. *Kuntalp*'e göre *lex commissoria* yasağının temelinde, mülkiyetin alacaklıya geçişini engellemek değil, alacaklının, teminat konusu nesnenin alacak tutarını aşan kısmını haksız olarak edinmesini engellemek yatmaktadır⁵³.

Yasağın amacını açıklayan bu görüşlerin her biri meselenin farklı bir yönünü ortaya koymakta olup, kurumun analizi açısından önemli iseler de çok boyutlu bir görüş oluşturabilmek için tüm bu görüşlerin hepsinden yararlanmak gerekir.

Kanaatimizce, ekonomik sistemin sürdürülebilmesi için sağlıklı işleyen bir kredi sistemine ihtiyaç vardır. Bu bağlamda *lex commissoria* yasağının amacının, borçluyu koruyarak kredi teminat sistemini sağlıklı bir yapıya kavuşturmak olduğu söylenebilir. Çünkü, kredi kullanan girişimcinin aşırı sömürüldüğü bir ekonomik sistemin yatırım ve üretim sürekliliğini sağlayamayacağı açıktır. Bu durumda yasak, bütün bir ekonomik sistemin sağlıklı işlemesini sağlamayı amaçlamaktadır. Yasağı ortaya çıkaran tarihsel olgular da bu tespiti doğrulamaktadır.

II. Lex Commissoria Yasağının Kapsamı

A. Yasağın Tanımı ve Unsurları

Yukarıda yapılan açıklamalara göre *lex commissoria* yasağının temelindeki düşüncenin; rehinli alacaklının, borçlunun ihtiyaç içinde olmasından yararlanarak, alacağından daha yüksek değerdeki malı ele geçirmesini, böylece haksız zenginleşerek ahlaka aykırı bir sonuç elde etmesini önlemek olduğu söylenebilir⁵⁴. Rehlin hakkı alacaklıya, değere yönelik bir ayni hak sağlar. Alacaklının yönelebileceği rehin değeri, alacağın değerini aşmamalıdır. Bu amaç doğrultusunda, borç ödenmediğinde rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmalar yasaklanmıştır. Bir anlaşmanın yasak kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi için, yasağın tanımının ve unsurlarının ortaya konulması gerekir.

⁵¹ Helvacı, s. 80.

⁵² Kurt, s. 136-138.

⁵³ Kuntalp, s. 155.

⁵⁴ Tunç Yücel, s. 74.

Helvacı, lex commissoria yasağını şöyle tanımlamaktadır:

“1-) *Merhun malvarlığı değerinin (menkul, gayrimenkul, hak ve alacağın), tatmin edilmemesi halinde alacaklıya ait olmasını sağlamaya yönelik her anlaşma (merhunu temellük anlaşması) 2-) Alacaklının tatmin edilmesine hizmet etmek*

3-) *Ve rehinle teminat altına alınan alacağın muacceliyetinden önce yapılmak olmak kaydıyla kesin hükümsüzdür*”⁵⁵.

Bu tanıma göre, *lex commissoria* yasağının üç unsuru vardır. Bunlardan birincisi, borç ödenmediği takdirde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair bir anlaşmanın bulunması, ikincisi bu anlaşmanın alacaklının tatmin edilmesi amacıyla yapılmış olması ve son olarak da anlaşmanın borcun muaccel olmasından önce yapılmış olmasıdır.

Kuntalp de benzer bir tanım yapmakta ve yasağın varlığının iki koşulun gerçekleşmesine bağlı olduğunu belirtmektedir. Bunlardan birincisi, borç ödenmediğinde rehin konusu nesnenin mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşma, ikincisi ise bu anlaşmanın borcun muacceliyetinden önce yapılmış olmasıdır⁵⁶.

Helvacı tarafından yapılan tanım esas alındığında, bu üç unsurdan birisinin eksik olması halinde, işlemin yasak kapsamında kalmadığı ve hükümsüz sayılmayacağı sonucu çıkarılabilecektir.

Öğretideki hâkim görüşe göre, eğer *lex commissoria* anlaşması, borç muaccel olduktan sonra yapılırsa, anlaşma geçerli olacaktır⁵⁷. Çünkü, sözleşme kurulurken borçlu, kredi ihtiyacı nedeniyle alacaklı karşısında zayıf durumdadır. Bu nedenle, bu aşamada borçlu gabine maruz kalabilir. Yine borçlu, nasıl olsa borcunu ödeyeceği düşüncesiyle *lex commissoria* anlaşmasının olumsuz sonuçlarını sözleşme yapılırken önemsemeyebilir⁵⁸. Ancak, borç muaccel olduktan sonra böyle bir tehlike kalmamıştır ve borçlu, kendi menfaatlerini gözeterek böyle bir anlaşmayı özgür iradesiyle yapabilecek duruma gelmiştir. Alacağın tamamı muaccel olmasa bile bir kısmının muaccel olması yeterli görülmelidir. Çünkü alacaklı, rehni paraya çevirme yetkisini kısmi muacceliyetle kazanmıştır⁵⁹. Tarafların, re-

55 Helvacı, s. 81.

56 Kuntalp, s. 153.

57 Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Basım, Ankara, 1984, s. 1021; Makaracı Başak, s. 279 vd.

58 Kurt, s. 135; Turhan Esener, Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 6. Basım, Ankara, 2015, s. 505.

59 Kuntalp, s. 155; “*Medeni Kanunumuzun rehinli alacaklının rehinli malı edinme yasağına ilişkin hükümlerinin (m. 873, fıkra 2 ve m. 949) “borcun ödenmemesi halinde” (Kaynak Kanunun Almanca metnine göre “alacaklı tatmin edilmediği takdirde”) kelimeleri ile başlayan ifadesi, bu yasağın “borcun ödenmemesi”nin bir ihtimalden ibaret olduğu aşamada, yani borcun vadesinden önce yapılan anlaşmaları kapsadığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir*”, Budak, s. 62-63.

hinli alacağın muaccel olmasından sonra, rehinli malın ifa uğruna edim (*ratio in solutum*) olarak alacaklıya geçeceğini kararlaştırmaları mümkündür ⁶⁰.

Lex commissoria anlaşması ister rehin hakkı kurulmadan önce ister rehin hakkı kurulduktan sonra yapılsın; borç muaccel olmadan önce yapılırsa, yasak kapsamında olup hükümsüzdür ⁶¹.

Eğer borcun muacceliyetinden önce yapılan *lex commissoria* anlaşmasıyla birlikte, rehinli malın değerinin borcu aşan kısmının borçluya ödeneceği taahhüt edilmiş, rehinli malın gerçek değerinin esas alınacağı konusunda borçlunun menfaatleri yeterince korunmuş ve böylece alacaklının haksız zenginleşmesinin, borçlunun ahlaka aykırı şekilde sömürülmesinin önüne geçecek önlemler alınmışsa, *lex commissoria* anlaşması yine de hükümsüz sayılacak mıdır? *Kuntalp*'e göre, bu durumda *lex commissoria* yasağı uygulanmayacak, sözleşme geçerli sayılacaktır ⁶². Bu düşüncenin temelinde, yasağın, alacaklının haksız zenginleşmesini önlemeyi amaçladığı görüşü yatmaktadır. Ancak her bir somut olayda, *lex commissoria* yasağının dolanılması amacıyla kanuna karşı hile yapıp yapılmadığının da değerlendirilmesi gerekir ⁶³.

Helvacı da rehinli malın bir bedel karşılığında alacaklıya intikal edeceği ve rehin değerinin alacak miktarını geçen kısmının borçluya iade edileceği koşulunu içeren *lex commissoria* anlaşmalarının geçerli olacağını savunan düşünürlerin görüşlerini aktardıktan sonra, bu tür anlaşmaların yasak kapsamında sayılması gerektiğine dair kendi görüşünü ortaya koymuştur ⁶⁴. Bununla birlikte, böyle bir anlaşmanın hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin TMK'nın 2. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu durumlarda geçersizlik dikkate alınmayabilir ⁶⁵.

Rehinli alacaklının tatmin edilmesi (borcun sona erdirilmesi) amacını taşımayan anlaşmalar da yasak kapsamında olmamalıdır ⁶⁶. *Tunç Yücel*, tarafların

60 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 954; Nomer, Ergüne, s. 182.

61 Helvacı, s. 78-79.

62 Kuntalp, s. 154-155.

63 Kuntalp, s. 155.

64 "Fikrimizce de merhunun, tatmin edilmediği takdirde rehinli alacaklıya belirli veya belirlenebilir bir bedel karşılığında intikal edeceğini öngören anlaşmalar da yasağın kapsamına dahildir. Zira yasağı öngören hükümlerin metinleri bu bakımdan hiçbir ayırım gözetmemekte, merhunun rehinli alacaklıya intikalinin ivazıyla ilgilenmemektedir. Dolayısıyla merhunun mülkiyetinin, tatmin edilmemesi halinde rehinli alacaklıya belirli veya belirlenebilir bir bedel karşılığında intikal edeceğini öngören anlaşmaların da bu intikalin ivazının (satış veya iştirak bedelinin) tespiti hangi anda ya da kim tarafından yapıldığı dikkate alınmaksızın, yasağın kapsamına dahil edilmemeleri gerekir", Helvacı, s. 88-92.

65 Helvacı, s. 93.

66 Helvacı, s. 99. *Helvacı*, şu örnek olayı vermektedir: "Satıcı S ile alıcı A arasında bir satım sözleşmesi yapılmış ve satıcı S satım konusu nesnenin mülkiyetini alıcı A'ya nakletmiştir. Satıcının semen alacağını teminat altına almak için, söz konusu nesne üzerinde satıcıya bir rehin hakkı tanınmış, aynı nesneye ilişkin olmak üzere satıcıya bir de vefa hakkı tanınmış-

rehinli malın alacaklıya satışı konusunda yapacakları anlaşmanın geçerli sayılması gerektiğini, bu satışın herhangi bir kişiye yapılan satıştan farksız olup yasa kapsamı dışında olduğunu belirtmektedir⁶⁷. Kanaatimizce de bu durumda, doğrudan doğruya malın devri yoluyla alacaklının tatmini sağlanmadığından ve rehinli borç, satış bedelinden (semenden) ödendiğinden, *lex commissoria* yasağının şartları gerçekleşmemektedir.

B. Hukukumuzda *Lex Commissoria* Yasağı

1. Türk Medeni Kanunundaki Düzenleme

Taşınmaz rehnine ilişkin TMK'nın 873/1. maddesi uyarınca, borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir. Bu düzenleme, açık bir *lex commissoria* yasağı düzenlemesidir.

Taşınır rehni yönünden, TMK'nın 946. maddesi uyarınca alacaklı, ödenmeyen alacağının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ödenmesini isteyebilir. Aynı Kanun'un 949. maddesi uyarınca, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir. Bu yasal düzenleme ile taşınır rehni yönünden de *lex commissoria* yasağı getirilmiştir.

Alacak rehni yönünden ise TMK'nın 954/2. maddesi uyarınca, taşınır rehnine ilişkin hükümler uygulanacağından, borç ödenmediği takdirde, rehnedilen alacağın rehinli alacaklıya devrini öngören *lex commissoria* anlaşmaları hükümsüz olacaktır. Nitekim, TMK'nın 965. maddesi uyarınca, alacak rehninin paraya çevrilmesinin cebri icra yoluyla olacağını düzenlemiştir. Aynı Kanun'un 966. maddesi uyarınca, rehin konusu alacak paraya çevrildiğinde, satış bedelinin rehinli alacak miktarından fazla olması halinde, fazla miktarın borçluya iade edileceğini emredici biçimde düzenlemiştir. Böylece, *lex commissoria* yasağının amacı doğrultusunda, alacağı aşan rehin tutarının borçluya iadesi sağlanmış olmaktadır.

2. Türk Ticaret Kanunundaki Düzenleme

Yürürlükten kalkan 6762 sayılı TTK'nın 919. maddesinde, *alacak muaccel olmadan önce, malik, alacaklıya alacağını tahsil amacıyla gemiyi temlik etmek*

tır. Borcun (semenin) vadesinde ödenmemesi üzerine rehinli alacaklı (satıcı), rehin hakkına dayanarak merhun (satım konusu nesneyi) cebri icra yoluyla paraya çevirme yolunu tercih etmemiş, vefa hakkını kullanarak merhun malvarlığı değerinin (satım konusu nesnenin) mülkiyetinin kendisine dönmelerini sağlayacak hukuki mekanizmayı harekete geçirmiştir. Acaba, bu tarz bir durumda taraflar arasındaki hukuki ilişkiler yumağını yasağın kapsamına sokmak mümkün olacak mıdır? Dikkat edilecek olursa bu tarz bir hukuki yapı, yasağın kapsamına girmeyecektir. Zira rehin konusu malvarlığı değerinin rehinli alacaklıya intikali ilişkin talep hakkı, onun tatmin edilmesine hizmet etmemekte, rehinli alacaklı merhun malvarlığı değerinin mülkiyetini semen alacağından vazgeçtiği için iktisap etmektedir”.

67 Tunç Yücel, s. 99-100.

veya cebri icra yolundan başka bir şekilde elden çıkarmak hakkını veremez düzenlemesi yer almaktaydı. Açık bir *lex commissoria* yasağı içeren bu madde 6102 sayılı TTK'ya alınmamıştır. 6102 sayılı TTK'nın 1014. maddesine göre gemi ipoteği alacaklıya, alacağını geminin bedelinden alma yetkisini verir. Gemi rehni alacaklıya, sadece rehinli geminin değerine yönelme ve satış değerinden alacağını tahsil etme yetkisi verir. Bu nedenle, borcun ödenmemesi halinde gemi mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin anlaşmalar, TMK'nın 873/2. maddesi uyarınca geçersizdir⁶⁸.

3. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenleme

13/01/2011 tarihli 6502 sayılı⁶⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 34. maddesi uyarınca, *konut finansman kuruluşları* tarafından tüketiciye konut satışlarında, tüketicinin temerrüdü halinde sözleşmenin feshi üzerine, konutun satışı, finansman kuruluşu tarafından yapılacak, elde edilen bedelden kalan borç düşüldükten sonra artan kısım borçlu tüketiciye iade edilecektir. Burada Kanun, finansal kiralama yoluyla ya da diğer yollarla, finansman konusu konutun mülkiyetini, teminat olarak *satıcının* uhdesinde bırakmakta, temerrüt halinde sözleşmeyi fesih ve konutu (teminatı) paraya çevirme yetkisi vermektedir. Burada sağlanan teminat aynı bir teminat olup, işlevi rehne benzemektedir. Yasa, alacaklıya, teminatı özel yoldan paraya çevirme yetkisi vermekte, ancak satış bedelinin bakiye alacağı aşan kısmının borçluya iadesinin emrederek, *lex commissoria* yasağı yönündeki hassasiyetini sürdürmektedir.

4. 6570 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'yla Getirilen Yeni Düzenleme

Yürürlükten kalkan 21/07/1971 tarihli, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 14. maddesinde "Borçlu borcunu ödemediği takdirde, alacaklıya; ticari işletmeyi veya münferit bir unsurunu temellük etmek hakkını veren her türlü mukavele hükümsüzdür" hükmüyle net bir *lex commissoria* yasağı düzenlemesi yer almaktaydı. Borç ödenmezse alacaklı, haciz veya rehnin paraya çevrilmesi yollarından biriyle alacağına kavuşma hakkına sahipti. Ancak bu Kanun, 20/10/2016 tarihli 6570 sayılı⁷⁰ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 17. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, ticari işletme ve hayvan rehni dahil, ticari konulardaki taşınır rehni, 6570 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiştir.

6570 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14. maddesinde, Türk Medeni Kanunundaki düzenlemelerin aksine, *lex commissoria* yasağını bertaraf

68 Aslıhan Sevinç Kuyucu, *Gemi Finansmanı Sözleşmeleri*, 1.Basım, İstanbul, 2016, s. 198-199.

69 14/2/2011 tarihli, 27846 sayılı R.G.

70 28/10/2016 tarihli ve 29871 sayılı R.G.

eden bir düzenlemeye yer vermiştir. Anılan 14. maddeye göre; borçlunun borcunu ödememesi halinde alacaklı, İİK 24. maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini talep edebilir. Aynı Kanunun 16/1.b maddesiyle de temerrüde rağmen mülkiyetin alacaklıya devrinden kaçınan borçlunun cezai yaptırıma tabi olacağı düzenlenmiştir.

Bu yasal düzenleme, *lex commissoria* anlaşmasıyla elde edilecek sonucu kendiliğinden alacaklıya tanımıştır. Yani alacaklı, ortada bir *lex commissoria* anlaşması bulunmadığı halde, Kanun'un verdiği yetkiyle, borç vadesinde ödenmediği takdirde rehinli malın mülkiyetini alabilmektedir⁷¹. Rehlinli malın değeri alacağın bakiye kısmından fazla ise bu fazlalığın borçluya iade edileceğine dair bir düzenlemeye Yasada yer verilmemiş de; eğer taşınır üzerinde başka rehinler de varsa, ilk derecede yer alan ve malın mülkiyetini iktisap eden alacaklının, fazlalık miktarınca sonraki rehin hakkı sahibine karşı asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemeden, yasa koyucunun, rehin değerinin bakiye alacağı aşan kısmının borçluya iadesi koşuluyla bu düzenlemeyi yaptığını çıkarabiliriz. Nitekim, Kanun'un uygulanmasıyla ilgili Yönetmelik'te⁷² bu konudaki tereddüt giderilmiş ve rehinli malın alacak miktarını aşan değerinin borçluya ödenmesi koşuluyla mülkiyetin devrinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda, yasa koyucunun bu son düzenleme ile *Kuntalp* tarafından

71 Madde metni aşağıdaki gibidir:

"Temerrüt sonrası haklar

MADDE 14- (1) Bu Kanun kapsamındaki borçların süresinde ifa edilmemesi hâlinde alacaklı, aşağıdaki yollara başvurabilir:

a) Birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehlinli taşınırın, Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur.

b) Alacağını, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu halde, varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur. Öncelik hakkı bu Kanunun 11 inci maddesine göre belirlenir.

c) Zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir.

(2) Alacağın yukarıda belirtilen yollarla tahsil edilememesi hâlinde takip, genel hükümler çerçevesinde yapılır.

(3) Bu maddeye ilişkin diğer usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir."

72 Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 38. maddesine göre, rehinli alacağın rehinli malın değerinden az olması halinde, alacaklı, aşan kısmı icra dairesine yatırarak rehinli malın mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilecektir (Yönetmelik, 31/12/2016 tarihli, 29935 üçüncü mükerrer sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.)

savunulan ve yukarıda açıklanan, görüşü benimsediğini söyleyebiliriz ⁷³. Ancak, vadeden önce ve daha sözleşme yapılırken alacaklıya böyle bir hakkın tanınması nedeniyle bu düzenleme, TMK hükümlerinden temel bir sapmayı içermektedir ⁷⁴.

Antalya/Acar, bu düzenlemenin *lex commissoria* yasağına aykırı olup olmadığını tartışabileceğini belirtmekle birlikte ⁷⁵, yasal düzenlemenin *lex commissoria* yasağına (yasal) bir istisna getirdiği görüşündedir ⁷⁶.

Kanun'un bu düzenlemesi, kredi verenin alacağına daha hızlı kavuşması için, kredi veren alacaklı yararına getirilen bir düzenleme olup emredici bir düzenleme olarak kabul edilemez. Kanun'daki bu düzenleme *tamamlayıcı yedek hukuk kuralı* ⁷⁷ niteliğindedir. Bu nedenle, borç ödenmediğinde mülkiyetin alacaklıya geçeceğine (alacaklının böyle bir talep hakkı bulunduğu) dair bu yasa hükmü, rehin sözleşmesinin bir hükmü haline gelmektedir. Nitekim, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması Ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 9.maddesinde, tip sözleşmede hangi hususların bulunması gerektiği düzenlenmiş ve maddenin 1 bendinde, "1) Varsa temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı kaydı"nın konulması zorunlu hale getirilmiştir.

Bu yasal düzenlemenin *lex commissoria* yasağını bertaraf eden bir düzenleme içerdiği açıktır. Çünkü öğreti, *lex commissoria* anlaşmasının alacağın muacceli-yetinden sonra yapılması halinde yasak kapsamında olmayacağı konusunda oy birliğine varmıştır ⁷⁸. Oysa bu yasal düzenleme, daha rehin sözleşmesi yapılırken alacaklıyı bu hakla donatmaktadır.

73 Yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, alacaklının borcun ifa edilmemesi halinde ifa amacıyla (*datio in solutum*) rehin konusu nesnenin mülkiyetine sahip olacağına ilişkin yapılan anlaşmanın geçersizliğinin Medeni Kanunca öngörülmüş olması, rehin hakkının münhasıran nesnenin değerine yönelmesinin bir gereğidir. Böylece alacaklı, borç ödenmediğinde nesneyi paraya dönüştürmek ve satış bedelinden alacağını elde etmek yetkisini haiz bulunmaktadır. Bunun ifade ettiği anlam alacaklının rehin konusu nesnenin değerinden ancak alacağı kadar bir tatmin talep edebilmesidir. Şu halde alacaklı nesnenin değerinin alacağın aşan kısmını rehin verene geri ödemek zorundadır. İşte *lex commissoria* yasağı temelde, nesnenin alacağı aşan değerine alacaklı tarafından el konulmasını engellemekte olup, alacaklının rehin konusu nesne üzerindeki hakkının alacağı ile sınırlı olduğu temel rehin prensibinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. *Lex commissoria* yasağının bunun dışında bir işlevi yoktur", Kuntalp, s. 160-161.

74 Başak Şit İmamoğlu, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, Ankara, 2017, s. 42. Yazar, *lex commissoria* yasağı nedeniyle alacaklının, rehinli malın mülkiyetini talep hakkının olmaması gerektiği görüşündedir.

75 O.Gökhan Antalya, Faruk Acar, *Ticari İşlerde Taşınır Rehni*, İstanbul, 2017, s. 143.

76 Antalya, Acar, s. 144. Nitekim yazarlar, bunun *lex commissoria* yasağının yasal bir istisnası olduğunu kabul etmektedirler.

77 Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 12. Basım, İstanbul, 2015, s. 108-110.

78 Alacağın muaccel olmasından sonra yapılan anlaşmaların yasak kapsamında olmayacağına dair öğretilde oybirliği bulunduğu söylenebilir. Bknz: Helvacı, s. 100-102; Oğuzman, Seliçi, Oktay -Özdemir, s. 954; Esener, Turhan/ Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 6. Basım, Ankara, 2015. s. 505; Nomer, Ergüne, s. 182; Makaracı Başak, s. 279-280.

Sonuç olarak bu son yasal düzenleme, yüzyıllara dayanan tarihsel olguların bir sonucu olarak hukuk sistemimize giren ve tüm çağdaş hukuk sistemlerinde yer alan *lex commissoria* yasağını bertaraf etmektedir. Anayasa'nın 13.maddesi uyarınca, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu yasal düzenleme Anayasa'nın 35.maddesiyle teminat altına alınan mülkiyet hakkını, hakkın özüne ve ölçülülük ilkesine aykırı şekilde sınırlandırdığından, anayasaya aykırılık nedeniyle iptali de söz konusu olabilecektir ⁷⁹.

C. *Lex Commissoria* Yasağına Aykırılığın Rehin Sözleşmesine Etkisi

TBK'nın 26/1. maddesi uyarınca, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Aynı Kanun'un 27. maddesi uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Lex commissoria yasağı, sözleşme özgürlüğünün bir sınırını oluşturmaktadır ⁸⁰. TMK'nın 873/1 ve aynı Kanun'un 949. maddeleri *lex commissoria* anlaşmasının geçersiz (hükümsüz) olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu nedenle, ayrıca TBK'nın 27. maddesine başvurmaya gerek kalmamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere *lex commissoria* anlaşması, rehin anlaşmasına ek bir anlaşmadır. Bu nedenle, *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olması, rehin sözleşmesine etkisinin ne olacağının, kısmi hükümsüzlük kurallarının nasıl uygulanacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir⁸¹.

Kısmi hükümsüzlük TBK'nın 27/2. maddesinde düzenlenmiş olup, “Sözleşmenin içerdiği maddelerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur” şeklinde ifade edilmiştir.

Genel olarak sözleşmenin tamamen değil kısmen hükümsüz sayılması (diğer kısımlarının geçerli kabul edilebilmesi) için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir: Bunlardan birincisi, hukuki işlemdeki hükümsüzlüğün işlemin sadece bir kısmına ilişkin olması, ikinci koşul ise sözleşmenin diğer kısmının geçerli sayılmasının tarafların farazi iradesine uygun olduğunun kabul edilmesidir ⁸².

⁷⁹ İmamoğlu, s. 39-41.

⁸⁰ Dereli, s. 49.

⁸¹ Tunç Yücel, s. 77.

⁸² Dereli, s. 93; Helvacı, s. 103.

Lex commissoria anlaşması açısından birinci koşulun gerçekleştiği açıktır. Çünkü, rehin anlaşmasına ek nitelikteki *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olduğunu yasa emredici bir şekilde düzenlemiştir. Burada tartışılması gereken husus, ikinci koşul yönünden olup, hükümsüz sayılan *lex commissoria* anlaşmasına rağmen, rehin sözleşmesinin geçerliliğini koruyabilmesi için, tarafların farazi iradesinin bu yönde olduğunun da tespitinin gerekip gerekmediğidir.

Öğretideki *zorunlu kısmi hükümsüzlük* anlayışına göre, ikinci koşulun araştırılmasına gerek yoktur. Çünkü, yasa açıkça ve sadece *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olacağını emredici biçimde düzenlemiştir. Yasal düzenlemeye göre, tarafların iradesini araştırmaya gerek olmaksızın, rehin anlaşması geçerliliğini koruyacaktır⁸³. Kısmi hükümsüzlük anlayışına göre ise, rehin sözleşmesinin geçerliliğini koruyabilmesi için her iki koşulun da mevcudiyeti gerekir⁸⁴.

Lex commissoria anlaşmasının rehin anlaşmasından sonraki bir tarihte yapıldığı durumlarda tarafların iradesinin, *lex commissoria* anlaşması olmasaydı bile rehin sözleşmesi akdetme yönünde olduğu söylenebilir⁸⁵. *Lex Commissoria* anlaşmasının rehin sözleşmesinin bir hükmü olarak, onun içinde düzenlendiği durumlarda ise tarafların farazi iradesinin tespitinde güçlük yaşanabilir. Bu durumda, her somut olayda, sözleşme koşullarına göre tarafların farazi iradelerinin ortaya konulması gerekecektir.

Lex commissoria yasağının borçluyu korumak amacıyla getirilmiş bir yasak olduğu dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme daha isabetli olacaktır. *Lex commissoria* anlaşmasının hükümsüzlüğü nedeniyle, kısmi hükümsüzlük koşullarının gerçekleşmediği ve bu nedenle rehin anlaşmasının da hükümsüz olduğu benimsenirse, bu durumun borçlu yararına olup olmadığının ortaya konulması gerekir. Rehin anlaşmasının geçersizliği, kredi sözleşmesinin (borç doğuran temel anlaşmanın) geçerliliğine etki etmeyecektir⁸⁶. Borç sözleşmesi geçerli olmaya devam edecektir. O halde, kısmi hükümsüzlüğün her iki unsurunun da aranmasının borçlu yararına olduğu söylenebilir.

Ancak, bu tartışmalara kanaatimizce gerek yoktur. Çünkü yasa koyucu açıkça özel bir kısmi hükümsüzlük hali öngörmüş olup, TBK'nın 27. maddesinin uygulanmasına ve bu bağlamda ikinci koşulun (tarafların sözleşmenin diğer kısımlarının ayakta kalmasına dair farazi iradelerinin) aranmasına gerek yoktur. TMK'nın 873 ve 949. maddeleri açıkça, *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz olacağını belirtmiş, rehin sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağını dolaylı

83 Helvacı, s. 104-105.

84 Helvacı, s. 106-107.

85 Tunç Yücel, s. 78.

86 Helvacı, s. 106.

olarak düzenlemiştir. Aksinin kabulü birçok sıkıntıya neden olacaktır. Çünkü, *lex commissoria* anlaşmasının hükümsüz sayılması sonucu, tarafların farazi iradelerine göre rehin anlaşmasının da hükümsüz olduğunun benimsendiği durumlarda, alacaklının alacağının teminattan yoksun bırakılması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu durumda, rehin sözleşmesinin bütünüyle hükümsüz sayılması nedeniyle, temel borç ilişkisinin de hükümsüz hale gelip gelmeyeceğinin tartışılması gerekecektir. Çünkü, rehin anlaşması, asıl borç ilişkisine sıkı sıkıya bağlı, onun eki niteliğinde bir anlaşmadır. Çoğu zaman, rehin olmasaydı alacaklının temel ilişkiye girmeyeceği yönündeki farazi iradesi tespit edilecek, bunun sonucunda temel borç ilişkisinin de geçersizliği sonucuna gidilecektir ki; yasa koyucunun amacı bu olmayıp, sözleşmenin sadece *lex commissoria* hükmünün geçersiz olacağını emredici bir şekilde düzenlemektedir.

Lex commissoria anlaşmasının hükümsüzlüğü rehin sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecek, alacaklı rehinli malı usulünce paraya çevirerek alacağına kavuşacaktır⁸⁷.

D. İnançlı Devir İşlemlerinin *Lex Commissoria* Yasağı Karşısındaki Durumu

Borç ödenmediği takdirde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmaların geçersiz olacağı hukuk sistemimiz tarafından düzenlenmiştir. Rehlin sözleşmesinin içinde bir hüküm veya ayrı bir sözleşme olarak düzenlenen bu tür *lex commissoria* anlaşmalarının geçersiz olacağı konusunda tereddüt yoktur.

Ancak, rehin veya ipotek tesis etmek yerine, teminat sağlama amacıyla alacaklı ve borçlu arasında yapılan bazı inanlı anlaşma türleri vardır⁸⁸. “*İnanç anlaşması (fiduziarische Vereinbarung/convention de fiducie); inananın bir eşya üzerindeki aynı hakkı veya bir hakkın sahipliğini inanılana tam olarak devretmeyi; inanılanın ise devredilen eşya veya hakkı inanc anlaşmasının hükümlerine uygun biçimde idare ve/veya muhafaza etmeyi ve inanc anlaşması sona erdiğinde inanana iade etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir*”⁸⁹.

İnançlı devir işlemlerinin konusunu taşınır veya taşınmaz mallar, fikri ve sınai mülkiyet konusu malvarlığı değerleri veya alacaklar oluşturabilir. Bu tür anlaşmalarla, taraflar rehin hakkı tesis etmek yerine, borçlunun ya da onun yararına teminat veren üçüncü bir şahsın bir malı teminat olarak alacaklıya devredilmekte, alacaklı ise, borç ödendiğinde bu teminatı borçluya iade etme yükümlülüğü altına girmektedir.

⁸⁷ Tunç Yücel, s. 78; Başak, s. 283.

⁸⁸ “*Merhunu temellük anlaşmaları çeşitli içerikte ve tipte olabilir*”, Helvacı, s. 87.

⁸⁹ Hüseyin Altaş, Leyla Müjde Kurt, “İnançlı İşlemler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2, Yıl: 2011, s. 4.

İnançlı işlemler, tüm sözleşmeler için getirilen yasal sınırlamalara tabi olmak kaydıyla, hukuken geçerli sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerin her zaman muvazaalı olarak ya da kanuna karşı hile amacıyla yapıldığı söylenemez ⁹⁰. İnançlı işlemin muvazaalı olduğunu veya kanuna karşı hile oluşturduğunu iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir ⁹¹.

Alacaklıya teminat sağlamak üzere yapılan bu tür inançlı işlemlere *karma inançlı işlemler* denilmektedir ⁹². Bu tür işlemler, tıpkı rehinde olduğu gibi, alacağın teminat altına alınması amacıyla yapıldığından, *lex commissoria* yasağının bu anlaşmalar karşısındaki durumunun ortaya konulması gerekmektedir ⁹³. Bu anlaşma türlerinden bazıları aşağıda incelenmiştir.

1. Teminat Amaçlı İnançlı Gayrimenkul Devir Anlaşmaları

Bu tür anlaşmalarda, alacaklı yararına borçluya ait gayrimenkul üzerinde rehin hakkı tesis etmek yerine, borçluya ait bir gayrimenkulün mülkiyeti teminat amacıyla alacaklıya tapuda devredilmekte; bu devirden önce taraflar başka bir anlaşma yaparak, borç ödendiğinde taşınmazın mülkiyetinin borçluya devredileceğini kararlaştırmaktadırlar. Bu tür işlemlere, uygulamada ve öğretide inançlı işlem denilmektedir. Bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalıp kalmayacağı öğretide tartışmalıdır ⁹⁴.

Bu tür bir inançlı işlem, taşınmazın devri sırasında tapu sicil müdürlüğü huzurunda yapılabilir ise de uygulamada tapu mevzuatı gereği şartlı devir işlemi yapılamadığından, inanç anlaşmaları, ayrı bir sözleşme olarak yapılmaktadır ⁹⁵.

Yargıtay, İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski uygulamalarını benimseyerek, rehinli alacağın muaccel olmasından önce, teminat amacıyla yapılan bir inançlı işlemle taşınmaz mülkiyetinin alacaklıya geçirilmesini geçerli saymaktadır⁹⁶. TMK'nın 706. maddesi uyarınca, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlı olmakla birlikte; Yargıtay, inanç sözleşmeleri bakımından resmi şekil arama-

⁹⁰ Helvacı, s. 121.

⁹¹ Altaş, Kurt, s. 8-9.

⁹² Helvacı, s. 107 vd; "Karma inançlı işlemler (*fiducia cum creditore*) inanılanın bir alacağına teminat oluşturmaya hizmet etmekte ve ağırlıklı olarak inanılanın menfaatlerini tatmin etmek üzere kurulmaktadır. Teminat amaçlı inançlı devirlerde, inanan, inanılanı inançlı işleme konu olan eşyanın maliki veya alacağın alacaklısı ya da hakkın sahibi kılmaktadır. İnanılan ise inananı karşı inançlı temlik konusu eşya veya hakkı teminat amacıyla sınırlı biçimde kullanmak ve inançlı işlemle temin edilen asıl alacak ödendiğinde inananı iade etmeyi taahhüt etmektedir" Altaş/Kurt, s.8.

⁹³ Kurt, s. 138.

⁹⁴ Tunç Yücel, s. 79.

⁹⁵ Budak, s. 75-76.

⁹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 955.

makta, anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmektedir. Yargıtay bu görüşünü, 05/02/1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına dayandırmaktadır⁹⁷. Ayrıca, burada aranan yazılılık, geçerlilik şartı olmayıp ispat şartıdır. Delil başlangıcı varsa, inançlı işlemin ispatı için tanık dinletilmesi de mümkündür⁹⁸.

Yargıtayın yerleşik uygulamasına dayanak oluşturan 05/02/1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, “*Sonuçta oylara başvurularak yukarıdaki sebeplere binaen namı müstear davalarının mesmu ve yazılı delil ile ispatı caiz olduğuna üçte ikiyi geçen çoklukla 5.2.1947 tarihinde karar verilmiştir*” denilmek suretiyle, namı müstear sözleşmelerinin geçerli olduğu ve yazılı delille kanıtlanabileceği hükme bağlanmıştır. Namı müstear kavramı, inançlı vekalet ilişkisini ifade etmekle birlikte, yerleşik Yargıtay kararlarında inançlı gayrimenkul devri işlemlerine de bu İBK istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır⁹⁹.

a-Yargıtay, istikrarlı içtihadında, “*İnançlı işlemin taraflarını, inanan ve inanılan oluşturur. Bir hakkı ya da nesneyi, güvendiği bir kişiye inançlı olarak devreden kimseye ‘inanan’ adı verilir. Devredilen hak veya nesneyi, kendisine ait bir hak olarak kendi yararına, doğrudan doğruya ve dolaylı olarak kullanan kişiye de ‘inanılan’ denir. İnananın, inanılana inançlı olarak kazandırdığı hak ya da nesne ise ‘inanç konusu şey’ olarak nitelenir. İnançlı bir işlemde, kazandırıcı işlemin tarafları ile borç doğuran anlaşmanın tarafları aynıdır. İnançlı işlemde inanılan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inanan (veya onun gösterdiği üçüncü kişiye) devretmeyi yüklenmektedir. İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye, yani inanan belirlenmiş şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir*”¹⁰⁰ denilmek suretiyle, borçlunun borcunu ödedikten sonra, gayrimenkulün mülkiyetinin kendisine iadesini dava yoluyla isteme hakkı tanımıştır. Bu uygulama, mahiyeti itibarıyla Roma Hukukunda bir dönem teminat amacıyla uygulanan ve makalenin başında açıklaması yapılan *fiducia cum cre-*

97 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2013/11-376 Esas, 2014/49 Karar sayılı ve 29.01.2014 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

98 Yargıtay 4. HD, 2016/6467 E- 2016/8912 K. sayılı, 22/09/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

99 İlhan E. Postacıoğlu, “Namı Müstear Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri”, *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, İstanbul, 2011, s. 789-791.

100 Yargıtay 4.HD, 2016/6467 E, 2016/8912 K sayılı, 22/09/2016 tarihli kararı; Yargıtay 14. HD, 2016/6483 E, 2016/8177 K sayılı, 11/10/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

*ditore'*ye benzetilmektedir ¹⁰¹. Gayrimenkulün, borç ödendikten sonra borçluya iadesini sağlamak üzere tanınan dava hakkı ise Roma Hukukundaki *actio fiduciae directa* davasına benzetilmektedir ¹⁰².

b-Yargıtay 14. HD. 24/12/2012 tarihli, 2011/15066 E, 2012/2536 K sayılı kararında, “Türk Medeni Kanunu’nun 873. maddesi hükmü gereğince borçlu borcunu ödemediği takdirde alacaklıya taşınmazı temellük etme hakkı veren her türlü sözleşme geçersizdir. Bu kuralın alacaklının, borçlunun ödememe halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemek amacıyla getirildiği kuşkusuzdur. Anılan bu kural Roma Hukukundan gelen ‘Lex commissoria yasağı’ olarak bilinir. Ne var ki, başlangıçtaki temlik ‘inançlı temlik’ olarak yapılmışsa yapılan bu temlik geçerlidir. Zira inançlı temlikte alacaklının borçlunun borcunu ödeyememesi halinde temlik edilen taşınmazı hileli bir şekilde ele geçirmek gibi bir amacı yoktur. Bu gibi işlemlerde mülkiyet daha baştan alacaklı yana geçirilmekte borç ödendiği takdirde borçluya mülkiyeti iade hakkı tanınmakta ve fakat bu şart gerçekleşmezse mülkiyet alacaklı tarafta kalmaktadır. Böyle bir sözleşme ifa yerini tutan edim ile borcun ödenmesi niteliği taşır. Soruna Türk Medeni Kanunu’nun 873. maddesi ve az önce sözü edilen ‘Lex commissoria yasağı’ çerçevesinde bakılırsa davalıya hem başlangıçta yapılan inançlı temlik işlemi ve hem de dayanılan ‘protokol’ başlıklı sözleşme geçerlidir” denilmek suretiyle, inançlı devir işleminin *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmadığını benimsemiştir ¹⁰³. Yine, Yargıtay 1. HD, 2010/1620 E, 2010/5724 K sayılı, 14/05/2010 tarihli kararında, “Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan M.K.’un 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur. Nitekim bu düşünce Hukuk Genel kurulunun 23.5.1990 gün ve 1990/1-202-315 Sayılı kararında da aynen benimsenmiştir” denilmek suretiyle, *lex commissoria* yasağının inançlı devir işlemlerini kapsamayacağını içtihat etmiştir.

c-Ancak Yargıtay 14.HD 2011/8337 E, 2011/10611 K sayılı, 21/09/2011 tarihli kararında¹⁰⁴, “Diğer taraftan davacı, yüklenicinin davalıdan aldığı borca karşılık daireyi teminat olarak davalıya temlik ettiğini, davalının tefeci olduğunu, yapılan temlik işlemlerinin muvazaalı olduğunu iddia etmektedir. Bilindiği üzere; Türk Medeni Kanunu’nun 873 üncü maddesi hükmü gereğince borçlunun borcunu ödemediği takdirde alacaklıya taşınmazı temellük etme hakkı veren her türlü sözleşme geçersizdir. Bu kuralın alacaklının borçlunun

¹⁰¹ Bknz; yukarıda dipnot 30 civarı.

¹⁰² Bknz; yukarıda dipnot 34-35.

¹⁰³ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁴ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Kuntalp, Yargıtay 7. HD 1974/3450 E- 1975/2434 K sayılı, 05/05/1975 tarihli benzer görüş içeren kararına atıf yapmaktadır (Kuntalp, s. 160).

ödememe halinden yararlanarak taşınmazı elde etmesini önlemek amacıyla getirildiği kuşkusuzdur. Anılan bu kural Roma Hukukundan gelen 'lex commissoria yasağı' olarak bilinir. Buradaki amaç alacaklının borçlunun borcunu ödeyememesi halinde temlik edilen taşınmazı hileli bir şekilde ele geçirmesini önlemektir. Davalının taşınmazı edinimi Türk Medeni Kanunu'nun 873 üncü maddesi ve az önce sözü edilen 'Lex commissoria yasağı' çerçevesinde irdelenmeli ve davalının T.M.K.'nin 1023. ve 1024.maddeleri kapsamında iyiniyetli alıcı olup olmadığı araştırılmalıdır' denilmek suretiyle, inançlı devir işleminin dolaylı olarak lex commissoria yasağını ihlal etmesi halinde geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği görüşünü net bir şekilde ortaya koymuştur.

Bu tür inançlı işlemlerin geçerli olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Gürsoy/Eren/Cansel, inançlı temlik ile lex commissoria anlaşmasının karıştırılmaması gerektiği, inançlı temlik anlaşmalarının yasak kapsamında olmadığı, çünkü, alacaklının malı hileli bir şekilde ele geçirme niyeti bulunmadığı, mülkiyetin daha baştan alacaklıya geçirildiği, borç ödenmediğinde mülkiyetin alacaklıda kaldığı, böyle bir sözleşmenin ifa yerini tutan edim ile borcun ödenmesi niteliğini taşıdığı görüşündedir¹⁰⁵.

Helvacı, bu tür temlik işlemlerinin geçerli olduğunu benimsemektedir¹⁰⁶. Budak ise, bu tür anlaşmaların alacaklıya taşınmazı özel yoldan paraya çevirme yetkisi de verdiği, lex commissoria yasağını dolanmak için bu tür anlaşmaların uygun fırsat yarattığı, bu nedenle inançlı devir işlemlerinin lex commissoria yasağı nedeniyle hükümsüz sayılması gerektiği görüşündedir¹⁰⁷.

Tunç Yücel, bu konudaki değerlendirmenin, yasağın amacına (ratio legis'ine) göre yapılması gerektiği, Yargıtayın yerleşik uygulaması da dikkate alınarak, lex commissoria yasağının kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilmesinin önüne geçecek şekilde sorunun çözüme kavuşturulması gerektiği görüşündedir¹⁰⁸.

Kuntalp, teminat amacıyla temlike, lex commissoria yasağını öngören hükümün en azından temel düşüncesi itibariyle uygulanması gerektiği görüşündedir. Bu kapsamda alacaklıya, nesneyi ifa uğruna edim olarak kabul etme ya da paraya çevirme yetkisi de verilebilir; ancak, her iki halde de nesnenin değerinin alacağı aşan kısmının borçluya iadesi mutlaka sağlanmalıdır¹⁰⁹. Fazlanın borçluya iadesini içermeyen anlaşmalar geçersiz olacaktır. Böylece yazar, yasağın ratio legis'ini esas alan bir yorumu benimsemiştir.

¹⁰⁵ Gürsoy, Eren, Cansel, s. 1020.

¹⁰⁶ Helvacı, s. 110; Tunç Yücel, s. 79.

¹⁰⁷ Budak, s. 75.

¹⁰⁸ Tunç Yücel, s. 84-85.

¹⁰⁹ Kuntalp, s. 159-160.

Kanaatimizce de inancılı gayrimenkul devir işlemleri kendine özgü nitelikler taşımakla birlikte¹¹⁰ rehinle aynı işlevi gördüğünden, bu tür işlemlerin *lex commissoria* yasağını dolanacak şekilde kullanılmasına müsaade edilmemelidir. Bu nedenle, yasağın getiriliş amacı dikkate alınarak, her somut olayda kanuna karşı hile bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli, alacaklının alacağından daha fazla bir değeri haksız olarak elde etmesine yol açacak anlaşmaların, *lex commissoria* yasağı kıyasen uygulanarak¹¹¹, yasak kapsamında geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

2. İnançlı Satış Vaadi

Tıpkı teminat amaçlı inancılı mülkiyet devri anlaşmalarında olduğu gibi, uygulamada, teminat amacıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri düzenlenmektedir. Alacaklının alacağına teminat olmak üzere, borçluya veya onun adına teminat veren üçüncü bir kişiye ait taşınmazın alacaklıya satışı vadedilmekte; borç ödenmezse taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya devredileceği, eğer borç ödenirse satış vaadi sözleşmesinden vazgeçileceği kararlaştırılmaktadır. Böylece borçlu taşınmazını satmayı vadederek peşin satış bedeliyle borç (kredi) almakta, alacaklı da taşınmaz satış vaadi ile verdiği krediyi teminat altına almaktadır¹¹².

Teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı konusu öğretilerde tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmesi mevsuf muvazaa nedeniyle geçersiz olmakla birlikte, bu tür sözleşmelerin ardına gizlenen ödünç sözleşmesi ise geçerlidir¹¹³. İkinci görüş ise, bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağını dolanmak amacıyla yapılan ve kanuna karşı hile niteliğindeki anlaşmalar olması nedeniyle hükümsüzlük yaptırımına tabi olmalıdır¹¹⁴.

Budak, bu tür sözleşmelerin, satış vaadinde bulunan tarafa dönme cezası ödeyerek sözleşmeden dönme hakkının tanındığı gayrimenkul satış vaatleri olarak nitelendirilebileceği görüşündedir¹¹⁵. *Budak, Helvacı*'nın da aynı görüşte olduğunu belirterek, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin, borçlunun

110 “Teminat amacıyla yapılan inancılı işlemler sui generis bir teminat aracıdır”, Helvacı, s. 120.

111 “Bu nedenle, *lex commissoria* yasağına ilişkin hükümlerin teminat amacıyla yapılan karma inancılı işlemlere de kıyasen uygulanması gerekir. Esasen, aksine bir düşüncenin benimsenmesi, yasağın kanuna karşı hile yolu ile bertaraf edilmesine yol açacaktır”, Helvacı, s. 122.

112 Tunç Yücel, s. 85.

113 Budak, s. 69; Tunç Yücel, s. 86; “Taraflar, aslında bir karma inancılı işlem olan bu işlemi tapuda genellikle satım akdi olarak göstermekte, aralarında yaptıkları gizli işlem ile de, borç ödendiği takdirde söz konusu taşınmazın mülkiyetinin borçluya iade edileceğini kararlaştırmaktadırlar. İsviçre ve Türk hukukundaki hâkim fikre göre, bu tarz bir hukuki yapıda görünüştaki işlemin tarafların gerçek arzularına uygun olmadığı için muvazaalı olması nedeniyle kesin hükümsüz olduğuna (BK.m.18), gizli akdin ise (inancılı işlemin) resmi şekilde yapılmadığı için kesin hükümsüz olduğuna (MK.m.634, BK.m.213) hükmetmek gerekeceği açıktır”, Helvacı, s. 112.

114 Budak, s. 66-68; Tunç Yücel, s. 85-86.

115 Budak, s. 66.

sömürülmesine yol açması nedeniyle *lex commissoria*'dan farksız olduğu, *lex commissoria* yasağının dolanılması sonucunu doğurduğu için kanuna karşı hile oluşturduğu ve bu nedenle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerektiği görüşünü savunmaktadır ¹¹⁶.

Yargıtay 14.HD, 13/07/2009 tarihli, 2009/8012 E.- 2009/8819 K. sayılı kararında, teminat amaçlı inançlı satış vaadi sözleşmelerinin yapılabileceğini, ancak somut olayda kararlaştırılan bedel ödenmediğinden tescilin talebinin reddi gerektiğini içtihat etmiştir ¹¹⁷.

Rehin hakkı tesis ettikten sonra, taraflar noterde düzenledikleri ayrı bir satış vaadi sözleşmesiyle, alacak muaccel olmadan önce, rehne konu malın alacaklıya satışını kararlaştırırlarsa, satış vaaadinin bu durumda da *lex commissoria* yasağına aykırı olduğu ve hükümsüz olduğu kabul edilmelidir ¹¹⁸.

Kanaatimizce, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmeleri, tipik bir *lex commissoria* anlaşmasıdır. Çünkü, taraflar aralarında yaptığı inançlı işlemle, borç vadesinde ödenmezse, satış vaaidine konu taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği, alacaklının gerekirse tescile zorlama davası açabileceği konusunda anlaşmaktadır. Bu ilişkiyi sadeleştirirsek, taraflar, borç ödenmediği takdirde teminatın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğini kararlaştırmış olmaktadır ki, bu anlaşma tipik bir *lex commissoria* anlaşmasıdır ve TMK'nın 873/2. maddesi uyarınca geçersiz kabul edilmelidir.

Satış vaadi sözleşmesi *lex commissoria* yasağı nedeniyle geçersiz kabul edildiğinde, ödünç sözleşmesinin akıbeti ne olacaktır? *Budak*'ın da isabetle belirttiği üzere, bu durumda ödünç sözleşmesinin muvazaalı satış vaadi sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olması nedeniyle geçerliliğinin korunması gerekir ¹¹⁹.

3. Teminat Amaçlı Geri Alım (Vefa) Hakkı Tanıyarak Devir Anlaşmaları

TMK'nın 736. maddesi uyarınca tapu kütüğüne şerh edilen geri alım sözleşmeleri, uygulamada teminat amaçlı olarak kullanılabilmektedir ¹²⁰. Teminat amaçlı vefaen satımlarda borçlu, teminat olarak vereceği taşınmazı, görünüşte yapılan bir satım işlemiyle alacaklıya tapuda devreder. Ancak, taşınmaz üzerinde borçlu lehine, borcun vade tarihine kadar geçerli olmak üzere, belirli bir bedel (borç tutarı) üzerinden ¹²¹ geri alım (vefa) hakkı tanır ¹²².

¹¹⁶ Budak, s. 69; Helvacı, s. 153.

¹¹⁷ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹⁸ Helvacı, s. 86.

¹¹⁹ Budak, s. 69.

¹²⁰ Budak, s. 70.

¹²¹ "ödünç verilen tutar peşin olarak ödenen 'satış bedeli'ni teşkil etmekte..." , Budak, s. 70.

¹²² Tunç Yücel, s. 86.

Bu tür anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, bu tür işlemleri yasağa aykırı bulmayıp geçerli kabul etmektedir. Yargıtay ise, *lex commissoria* yasağı kapsamında değerlendirme yapmaksızın, muvazaa sebebiyle bu tür anlaşmaları geçersiz saymıştır¹²³.

Öğretide bu tür işlemlerin *lex commissoria* yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunun görüş, yasağın bu tür işlemlere kıyasen uygulanması gerektiğini, kanuna karşı hileye izin verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁴. Tunç Yücel, bu konuda *lex commissoria* yasağının amacı da göz önünde tutularak, her somut olayda kanuna karşı hile bulunup bulunmadığının değerlendirilmek suretiyle sonuca gidilmesi gerektiği görüşündedir¹²⁵.

Budak, TMK'nın 969. maddesini de yorumlayarak, Kanun'un sadece rehin karşılığı kredi veren kuruluşlara, menkul mallarla ilgili bu tür anlaşma yapma yetkisi verdiği gerekçesiyle, bu kuruluşlar dışında diğer kişilerin yaptığı tüm geri alım hakkı veren anlaşmalar ile bu tür kuruluşlar dahil, gayrimenkuller üzerinde geri alım hakkı tanıyan tüm anlaşmaların hükümsüz olduğu sonucuna varmaktadır¹²⁶. Ancak yazar, bu konuda ödünç sözleşmesinin teminatı olarak yapılan anlaşmalarla gayrimenkul satış bedelinin ödenmesinin teminat altına alınması amacıyla yapılan geri alım anlaşmaları arasında bir ayrım yaparak, geri alım hakkının, gayrimenkul satış bedelinin teminat altına alınması amacıyla tanınması halinde geçerli olacağını isabetle vurgulamıştır¹²⁷.

Kuntalp, iştirak, vefa veya satış vaadi gibi anlaşmaların teminat amacıyla kullanılması halinde, bu anlaşmaların *lex commissoria* yasağını ihlal etmeyeceği görüşündedir¹²⁸.

Helvacı da vefaen satımların *lex commissoria* yasağı karşısında kanuna karşı hile oluşturmayaacağına dair düşüncenin isabetli olmadığı, hâkimin her somut olayda bu tür sözleşmelerin kanuna karşı hile meydana getirip getirmediğini değerlendirerek sonuca gitmesi gerektiği görüşündedir¹²⁹.

Kanaatimizce bu tür anlaşmaların yasak kapsamında kalıp kalmadığının, yasağın *ratio legis*'ine göre belirlenmesi daha isabetli olacaktır. Daha önce açıklandığı üzere, yasağın amacı borçlunun haksız olarak sömürülmesini önlemektir. Geri alım hakkının tanınmasının borçlunun aleyhine bir sonuç doğurup

123 Tunç Yücel, s. 86. Eserde atıf yapılan Yargıtay kararı, HGK'nun 07/12/1979 tarihli, E-1977/12-989, K.1979/1507 sayılı kararı olup Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır.

124 Tunç Yücel, s. 87.

125 Tunç Yücel, s. 87.

126 Budak, s. 73.

127 Budak, s. 73; Postacıoğlu, *İpotek*, s. 592.

128 Kuntalp, s. 158-159.

129 Helvacı, s. 139-143.

doğurmayacağına bakılması gerekir. Burada önce borçluya ait bir taşınmazın mülkiyeti, teminat amacıyla alacaklıya devredilmektedir. Bu devir ise esasen bir inançlı işleme dayanmaktadır. Tarafların asıl iradesi, borç ödendiğinde malın mülkiyetinin borçluya iadesi yönündedir. Bu tür inançlı devir işlemleri yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda geçerli olup Yargıtay tarafından da bu inançlı devir işlemleri geçerli kabul edilmektedir ¹³⁰. Taraflar bu devir işlemiyle birlikte veya daha sonra, bu mal üzerinde borçluya vefa hakkı tanımaktadır ¹³¹. Bu işlem borçlu lehine olup, borcunu ödeyen borçlunun ayrıca inançlı işleme dayanarak tapu iptal ve tescil davası açmak zorunda kalmadan, herhangi bir ispat yükü altında kalmaksızın vefa hakkına dayanarak malın mülkiyetine kavuşmasını sağlayacaktır. Bu nedenle, kanaatimizce borçlu yararına vefa hakkı tanınmasının *lex commissoria* yasağı kapsamında kaldığı söylenemez.

4. Teminat Amaçlı İştira (Alım) Sözleşmeleri

Borçluya ait bir taşınmaz üzerinde alacaklı lehine rehin hakkı kurulduktan sonra, taraflar ayrı bir inançlı anlaşma yaparak, aynı taşınmaz üzerinde alacaklı yararına bir iştira hakkı tanıyabilir. İnançlı anlaşmayla, eğer borç vadesinde ödenmezse, alacaklının iştira hakkını kullanarak ve ödöncü satış bedeli sayarak, rehinli malın mülkiyetini kazanması; eğer borç ödenirse ipoteğin ve iştira hakkının kaldırılması kararlaştırmaları halinde durum ne olacaktır? Aynı tartışmanın, ipotek tesis etmek yerine sadece inançlı işlemle iştira hakkı tesis edildiği durumlar için de yapılması gerekir.

Kuntalp, teminat amacıyla borçluya ait bir taşınmaz üzerine alacaklı yararına iştira hakkı tanınmasının yasak kapsamında olmadığı görüşündedir ¹³². Ancak yazar için, alacaklının haksız yere zenginleşmesinin önlenmesi (iştira hakkının gerçek değer üzerinden kurulması, alacağı aşan değer borçluya ödenmesi) konusundaki tedbirlerin alınmış olması son derece önemlidir.

Helvacı, rehin konusu malın rehinli alacaklıya, borcun ödenmemesinden bağımsız bir şekilde satılmasına veya alacaklıya bu yönde bir iştira hakkı tanınmasına dair anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmayacağı, geçerli olduğu görüşündedir ¹³³. Bu görüşün sonucu olarak, iştira hakkı, rehne konu borcun ödenmemesi halinde kullanılmak üzere tesis edilmişse, bu işlemin yasak kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Çünkü, bu işlem, borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesi sonucunu doğuracağından, *lex commissoria* yasağının dolanılması niteliğini taşıyacaktır.

¹³⁰ Bakınız, dipnot 123 -125.

¹³¹ Gürsoy, Eren, Cansel, s.1020.

¹³² Kuntalp, s. 158-159.

¹³³ Helvacı, s. 83.

Alacaklı ve borçlu, rehin hakkı tesis etmek yerine, alacağı teminat altına almak amacıyla borçluya ait bir taşınmaz üzerinde, kredi tutarı iştirâ bedeli kabul edilerek, alacaklı lehine bir iştirâ hakkı tanıyabilirler. Taraflar arasındaki inancı işlemle, borç ödenmediği takdirde alacaklının iştirâ hakkını kullanarak taşınmazı satın alması kararlaştırılmaktadır.

Bu durum, inancı satış vaadi sözleşmelerine benzemekte olup, yukarıda o konuda söylenenler kıyasen uygulanabilir. Bu anlaşma, rehin hakkının kuruluşu aşamasında yapılırsa, *lex commissoria* yasağını dolanmak amacıyla kullanılabilir. Kredi ihtiyacı içindeki borçlu, nasıl olsa borcu ödeyeceğini düşünerek ve krediye bir an önce kavuşabilmek için, alacaklının dayatmalarını kabul etmek zorunda kalabilir. Çok az bir kredi karşılığında, çok değerli bir taşınmazı üzerinde, düşük bir bedel üzerinden iştirâ hakkı tanımak zorunda kalabilir. Bu durumda, böyle bir işlemi yasak kapsamında hükümsüz saymak gerekecektir.

Ancak, bu tür anlaşmaların, alacak muaccel olduktan sonra yapılmasına bir engel yoktur.

III. Rehinin Paraya Çevrilmesi

A. İcra ve İflas Kanunu'ndaki Durum

Rehin hakkı alacaklıya, rehin değerine yönelme hakkı verir ve alacaklı, rehinli malın satışını sağlayarak alacağını satış bedeli üzerinden alır. İşte, kanun koyucu, alacaklının alacağına satış bedeli üzerinden kavuşmasını sağlamak üzere, rehinli malın paraya nasıl çevrileceğini özel olarak düzenlemiştir.

2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda rehinin paraya çevrilmesi, İİK'nın 145-153/a maddelerinde, beşinci bap olarak düzenlenmiştir. Kanun, önce taşınır rehininin paraya çevrilmesi usulünü, ardından ipoteğin paraya çevrilmesi usulünü düzenlemiştir.

Taşınır rehninde, takip talebi üzerine borçluya ödeme emri gönderileceği, itiraz halinde ise ilamsız takibe ilişkin İİK'nın 62 ila 72. maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir (İİK'nın 145, 146 ve 147. maddeleri).

Taşınmaz rehininin paraya çevrilmesinde iki farklı usul benimsemiştir. Bunlardan bir tanesi *rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip* usulüdür¹³⁴. Rehinli alacaklı, rehin (ipotek) sözleşmesini de talebine ekleyerek takip talebinde bulunduğu anda, icra müdürü rehin sözleşmesini ve sunulan belgeleri inceleyecektir. Eğer ibraz edilen ipotek akit tablosu (rehin sözleşmesi) kayıtsız şartsız bir para borcunu içeriyorsa (TMK'nın 851. maddesindeki tanım uyarınca *anapara ipoteği* ise) ve alacak muaccel olmuşsa, borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü şahsa birer icra emri çıkarır (İİK m.149). Böylece kanun koyucu, bu şartları taşı-

134 Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 430-431.

yan ipotek akit tablosunu ilam hükmünde bir belge olarak kabul etmiş ve ilamlı icraya özgü icra emri düzenlenmesini emretmiştir. Bundan sonraki süreç, ilamların icrasına ilişkin hükümlere göre yürüyecektir.

İpoteğin paraya çevrilmesinde ikinci usul ise, *rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip* usulüdür¹³⁵. İpotek akit tablosu İİK'nın 149. maddesindeki şartları taşımıyorsa (TMK'nın 851. maddesindeki tanım doğrultusunda *üst sınır ipoteği* ise), takip talebi üzerine icra memuru, borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü şahsa birer ödeme emri çıkarır (İİK m.149/b). Bundan sonraki prosedür, ilamsız takibe ilişkin genel hükümlere göre yürüyecektir (İİK m. 150 ve 150/a).

Rehinli malın satışı (paraya çevirme) usulü, her iki takip usulü yönünden müşterek olarak düzenlenmiştir (İİK m.150/g).

Kanun, 150/1 maddesinde, banka ve kredi kuruluşlarının, kredinin geri dönüşü için aldıkları rehinli malların paraya çevrilmesi konusunda özel bir usul getirilmiştir. Bu kapsamdaki ipotek akit tablosu, kayıtsız şartsız bir para borcunu içermese, yani İİK 149. maddesindeki şartları taşımasa bile, rehinli alacaklıya, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapma yetkisi verilmiştir.

B. Rehnin Paraya Çevirmesiyle İlgili Özel Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların *Lex Commissoria* Yasağıyla İlişkisi

Lex commissoria yasağının maddi hukuka ilişkin bir sözleşme mi, icra iflas hukukuna ilişkin bir sözleşme mi olduğu ortaya konulmalıdır. Bunun tayini için yasağın, maddi hukuk alanında mı yoksa icra iflas hukuku alanında mı sonuçlarını doğurduğuna bakmak gerekir. *Lex commissoria* anlaşması rehin konusunun mülkiyetinin alacaklıya geçmesini sağladığından maddi hukuka ilişkin bir düzenlemedir. Nitekim, TMK'nın 872/2 ve 949. maddeleri, yasağı açıkça düzenlemiş ve geçersizlik yaptırımına bağlamıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nda ise rehnin paraya çevrilmesi usulü ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasına karşın, *lex commissoria* yasağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, *lex commissoria* anlaşması alacaklının tatmini ve borcun sona ermesi sonucunu doğurduğundan, icra iflas hukukunu ilgilendirmektedir.

Ayrıca, rehnin paraya çevrilmesi hususu, rehin hakkı sahibinin eşyanın mülkiyetine değil, değerine yönelme hakkının bulunması nedeniyle *lex commissoria* yasağını ilgilendirmektedir. Çünkü, *lex commissoria* yasağının amacı, alacaklının alacağı karşılayan değerden fazlasını ele geçirmesini önlemektir¹³⁶. Bu

¹³⁵ Kuru, s. 430-431.

¹³⁶ “*Lex commissoria* yasağı, rehinli alacaklının bu değer fazlalığını borçlu aleyhine elde etmesini engelleyerek rehin konusu eşya üzerinde sahip olduğu yetkinin alacak miktarı ile sınırlı olduğunu vurgulamaya yöneliktir”, Dereli, s. 10-11.

nedenle, alacak vadesinde ödenmezse, rehnin nasıl paraya çevrileceğine ilişkin usulün belirlenmesi, dolaylı da olsa *lex commissoria* yasağını ilgilendirmektedir. Bu nedenle, rehnin paraya çevrilmesi konusunda alacaklıya sınırsız yetkiler veren özel anlaşmaların, yasağın işlevsiz hale gelmesine sebebiyet vereceği hususu gözden uzak tutulmamalıdır ¹³⁷.

Bu nedenle, rehnin paraya nasıl çevrileceği konusunda taraflar arasında yapılan anlaşmaların geçerli olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

1. Önce Rehne Müracaat Kuralını Bertaraf Eden Anlaşmalar

İİK'nın 45/1. maddesi uyarınca, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile, alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluyla takip edebilir. Maddenin takip eden fıkralarında bazı istisnalar getirilmiş olmakla birlikte, Kanun, rehin hakkı sahibinin alacağını tahsil etmek için önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tatmin araması zorunluluğunu getirmiştir. Buna göre rehinli alacaklı, rehnin paraya çevrilmesi yolunu tüketmeden, borçlunun diğer malvarlığına yönelemez.

Bu hüküm İİK'da yer almakla birlikte, takip hukukunu olduğu kadar maddi hukuku da ilgilendirmektedir. Çünkü, borçlunun sorumluluğunu düzenleyen kurallar maddi hukuka ilişkindir ¹³⁸. Bu kural hem borçluyu hem de rehinli alacaklı dışındaki borçlunun diğer alacaklılarını koruması nedeniyle icra iflas hukuku, gereksiz haciz yoluyla takiplerin önlenmesi nedeniyle de usul ekonomisi ilkesini ilgilendirmektedir ¹³⁹.

Önce rehne müracaat kuralının kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olup olmadığı öğretide tartışmalıdır ¹⁴⁰. *Kuru*, borçlunun mal varlığının diğer alacaklıların müşterek rehni olması nedeniyle, bu düzenlemenin kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olduğu, dolayısıyla da bu kuralı bertaraf edecek şekilde anlaşma yapılamayacağı görüşündedir ¹⁴¹.

Üstündağ, İİK'nın 45. maddesini bertaraf eden sözleşme yapılmasının mümkün olup olmadığı sorununu, icrayı genişleten sözleşmelerin geçersizliği üzerinden açıklamaktadır. Önce rehne müracaat kuralı, maddi hukuka değil icra

¹³⁷ Kurt, s. 146.

¹³⁸ İlhan E. Postacıoğlu, Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Basım, İstanbul, 2010, s. 646; Evren Kılıçoğlu, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul, 2005, s. 135-136.

¹³⁹ Budak, s. 17 ve 43.

¹⁴⁰ Mehmet Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Basım, İstanbul, 2015, s. 279.

¹⁴¹ Kuru, s. 429.

hukukuna ilişkin bir kuraldır. Böyle bir anlaşma, alacaklının cebri icra imkanlarını genişletmekte olup, borçlunun malvarlığı bir yandan rehin haklarıyla, diğer yandan aynı alacak nedeniyle yapılacak hacizlerle sınırlandırılmış olacak ve diğer alacaklılar aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, önce rehne müracaat kuralı kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olup, aksine anlaşmalar geçersizdir ¹⁴².

Kılıçoğlu, önce rehne müracaat kuralının maddi hukuka değil icra hukukuna ilişkin bir kural olduğu, kanunla getirilmiş bir *cebri icra engeli* niteliğinde olduğu, icrayı genişleten bir sözleşmeyle aşılması mümkün olmayan emredici bir kural niteliğinde olduğu görüşündedir. Ancak yazar, rehin üçüncü şahıs tarafından verilmiş ise, önce rehne müracaat kuralının aksinin sözleşme ile kararlaştırılabileceği görüşündedir ¹⁴³.

Aşık, önce rehne müracaat kuralının kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olduğu, bu kuralın diğer alacaklıların menfaatini de ilgilendirmesi nedeniyle, kuralın ihlali halinde diğer alacaklılara da şikâyet yoluna başvurma hakkı verilmesi gerektiği görüşündedir ¹⁴⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, önce rehne müracaat kuralının emredici olmadığını, aksine sözleşme yapılabileceğini içtihat etmiştir ¹⁴⁵. İsviçre hukukunda, alacaklı takip yolunu kendisi seçer, borçlunun süresinde şikâyeti üzerine takip yolu değiştirilir ¹⁴⁶.

Öğretide ve uygulamada, alacaklının elinde rehin varken, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmak yerine, borçlunun diğer malvarlığına müracaat etmek için haciz yoluyla takip başlatması halinde, borçlunun şikâyet yoluyla takibi iptal ettirebileceği konusunda tam bir görüş birliği vardır ¹⁴⁷. Yargıtay, şikâyet hakkının süreye bağlı olmadığını, her zaman ileri sürülebileceğini içtihat etmektedir ¹⁴⁸. Yargıtay, İİK'nın 45. maddesindeki düzenlemenin kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olduğunu içtihat etmektedir ¹⁴⁹. Buradan çıkarılacak sonuca göre, bu düzenlemenin aksine sözleşme yapılması da mümkün olmayacaktır.

¹⁴² Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul, 2004, s. 125-126.

¹⁴³ Kılıçoğlu, s. 138-141.

¹⁴⁴ İbrahim Aşık, *İcra Sözleşmeleri*, Ankara, 2006, s. 131-140.

¹⁴⁵ Budak, s. 43-44.

¹⁴⁶ Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 429.

¹⁴⁷ Tunç Yücel, s. 102; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 429; Budak, s. 46.

¹⁴⁸ Yargıtay 12. HD'nin 2016/9154 E-2016/12666 K sayılı, 28/04/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁹ Yargıtay 12. HD'nin 2015/32415 E-2016/9597 K sayılı, 31/03/2016 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Kanaatimizce, İİK'nın 45. maddesinde düzenlenen önce rehne müracaat kuralı kamu düzenine ilişkin emredici bir kural olup, taraflar bu kuralı bertaraf edecek şekilde sözleşme yapamaz. Yapılırsa, kanunun emredici hükmüne aykırı bu sözleşme hükümsüz olacaktır. Bu hükümsüzlük *lex commissoria* yasağını ihlalden değil, İİK'nın 45. maddesinin emredici nitelikte bir düzenleme olmasının bir sonucu olarak, TBK'nın 27. maddesinden kaynaklanmaktadır.

2. Rehnin Serbest Yolla Paraya Çevrilmesi Anlaşmaları

a. Bu Tür Anlaşmaların Lex Commissoria Yasağı Karşısındaki Durumu

Alacağını vadesinde tahsil edemeyen alacaklı, kural olarak İİK hükümleri uyarınca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibine girecektir. Bu konudaki yasal düzenleme yukarıda açıklandı. Ancak, alacaklı ile borçlu, rehnin bizzat alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesi konusunda bir anlaşma yaparsa, bu anlaşma geçerli olacak mıdır? Bu konuda İİK'da açık bir düzenleme yoktur¹⁵⁰.

Alacaklıya rehinli malı özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilmesi çeşitli ihtiyaçlardan kaynaklanabilir. Özellikle, yasadaki cebri icra prosedürünün yavaş işlemesi ve pahalı olması, iyi niyetli olmayan borçlunun süreci uzatma imkanına sahip olması, gerçek değerini ortaya çıkmama ihtimalinin bulunması örnek gösterilmektedir¹⁵¹. Bu tür anlaşmalar hem alacaklının hem de borçlunun yararına sonuçlar doğurabilir¹⁵². Ancak, tıpkı *lex commissoria* anlaşmasında olduğu gibi; güçlü durumda olan alacaklının, kredi ihtiyacı içindeki borçluyu bu tür anlaşmalar yoluyla sömürmesi ihtimalinin de gözden ırak tutulmaması gerekir.

İcra ve İflas Hukuku öğretisinde *lex commissoria* yasağı, genellikle önce rehne müracaat kuralı ile birlikte ve rehnin alacaklı tarafından özel yollarla paraya çevrilmesinin caiz olup olmadığı konuları ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır¹⁵³.

Alman hukukunda, bu tür anlaşmaların geçerliliği taşınır ve taşınmaz rehni için farklı düzenlenmiş, sadece taşınır rehni bakımından bu tür sözleşmelerin yapılabileceği kabul edilmiştir. Fransız hukukunda, taşınmaz rehninin özel yoldan paraya çevrilmesi yönünde anlaşma yapılamaz. Taşınır rehni için de bu yasağın geçerli olduğu kabul edilmektedir.

¹⁵⁰ M.Tolga Özer, *Taşınmazların Birlikte Rehni*, İstanbul, 2015, s. 83 vd.

¹⁵¹ Orhan Emre Konuralp, "Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Basım Yılı: 2015, s. 2859-2863; Kurt, s. 145.

¹⁵² "Ancak bu yöntem, rehnin paraya çevrilmesini basitleştirmek suretiyle rehinli malın değerinin azalabileceği durumlarda bir an önce paraya çevrilerek, değerinden daha ucuza satılmasını engellemeye hizmet eder. Bu durum hem alacaklının hem de borçlunun menfaatinde", Tunç Yücel, s. 88-92.

¹⁵³ Budak, s. 51.

İsviçre hukukunda bu konuda açık bir düzenleme yer almamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, rehin konusu taşınmazların özel yoldan paraya çevrileceğine dair anlaşmaları geçerli kabul etmektedir¹⁵⁴. İsviçre hukukunda, taraflar, sözleşmeyle rehinli alacaklıya özel yoldan paraya çevirme hakkını da tanıyabilirler. Ancak, başka alacaklılar da aynı malı haczetmişlerse veya borçlu hakkında iflas kararı verilmişse, artık özel yoldan paraya çevrime anlaşması uygulanamaz¹⁵⁵.

Öğretide bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. *Postacioğlu*, rehnin devletin icra organları eliyle ve yasada gösterilen şekillere göre paraya çevrileceğine ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmadığı, tarafların rehnin alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesini kararlaştırabileceği, ancak alacaklının kendisine verilen bu yetkiyi dürüstlük kuralına uygun kullanması gerektiği görüşündedir¹⁵⁶. Menkul rehni konusunda hiçbir tereddüdü bulunmayan yazar, bu sözleşme serbestisinin gayrimenkul rehnine nasıl uygulanacağı konusundaki tereddütleri gidermek ve bu konuda bir yasa önerisi hazırlamak üzere atıf yapılan makaleyi kaleme almıştır¹⁵⁷.

Postacioğlu/Altay, rehnin alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilmesine dair anlaşmaların *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmadığı görüşündedir¹⁵⁸.

Kuntalp, alacaklıya rehinli malı özel yoldan paraya çevirme yetkisinin *lex commissoria* yasağının kapsamına girmediğini, hatta alacaklının rehin konusu nesneyi bizzat satın almasının da *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmayacağını, çünkü satış bedelinin kararlaştırılmış olması nedeniyle, rehin hakkı sahibinin değere yönelme hakkını kullandığını savunmaktadır¹⁵⁹. Yazar, 1975 tarihli iki adet Yargıtay kararına da atıf yaparak, uygulamanın da bu yönde olduğunu belirtmektedir¹⁶⁰.

Tunç Yücel, alacaklı ve borçlunun, rehinli malın icra organları haricinde serbest yoldan paraya çevrilmesi konusunda anlaşmalarının Türk hukuku açısından mümkün olduğunu savunmaktadır. Ancak, paraya çevirme işleminin açık artırma usulüyle yapılarak, gerekli denetimin sağlanması gerektiği görüşünü ileri sürmekte, çözüm olarak İsviçre sisteminin benimsenmesini önermektedir¹⁶¹.

154 Tunç Yücel, s. 88-92.

155 Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 281.

156 Postacioğlu, *İpotek*, s. 593.

157 “İşte burada bir kanun taslağı denemesinde bulunmak istiyoruz. Mürtehinin alacaklıya muayyen bir bedel mukabilinde satışı yapmak yetkisinin tanınması halinde, böyle bir prensibin gayrimenkullerdeki aynı hak sisteminin hususiyetlerine intibak ettirilmesi için ne gibi kanuni hükümlerin sevkine ihtiyaç vardır? Bu yazının aldığı hedef ve işlemek istediği konu budur” Postacioğlu, *İpotek*, s. 593-594.

158 Postacioğlu, Altay, s. 654-655.

159 Kuntalp, s. 156.

160 Kuntalp, s. 156-157.

161 Tunç Yücel, s.98.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, menkul rehni yönünden, alacak muaccel olduktan sonra, alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların *lex commissoria* yasağına aykırı olmayacağı görüşündedir ¹⁶².

Helvacı, özel yoldan paraya çevirme sözleşmelerinin *lex commissoria* anlaşmalarına benzetilemeyeceğini, çünkü rehinli alacaklının rehinli malı paraya çevirdikten sonra, alacak miktarını aşan satış bedelini borçluya iade etmek zorunda olduğunu, bu nedenle bu tür anlaşmaların hukuka ya da ahlaka aykırılığından söz edilemeyeceğini, bununla birlikte, bu tarz bir çözümün, *lex commissoria* yasağıyla tam bir uyum içinde olduğunun söylenemeyeceğini, *Oğuzman/Seliçi* tarafından savunulduğu gibi, özel yoldan paraya çevirme anlaşmalarının sadece alacak muaccel olduktan sonra yapılabilmesi gerektiğini, Medeni Kanun'un *lex commissoria* yasağına ilişkin hükümlerinin alacağın muacceliyetinden önce yapılan paraya çevirme anlaşmalarını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶³.

Cansel, alacaklı ve borçlunun, rehinli malın özel yoldan açık artırma suretiyle satışının kararlaştırılabileceğini, böyle bir anlaşmanın yasak kapsamında sayılamayacağını, alacaklının da artırmaya katılarak malı satın alabileceğini, alacağını satış bedeline takas etmek suretiyle artan satış bedelini malın sahibi borçluya ödeyecek olması nedeniyle bu tür paraya çevirme anlaşmalarının *lex commissoria* yasağı kapsamında sayılamayacağını savunmaktadır ¹⁶⁴.

Kanaatimizce, alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların, bazı özel durumlarda *lex commissoria* yasağı kapsamında kalması mümkündür. Örneğin, alacaklıya rehinli malı dilediği bedelle satma ve satış bedelinin tamamını alma hakkı veren bir anlaşma, *lex commissoria* yasağı kapsamında kalacaktır. Aksinin kabulü, kanuna karşı hile ile yasağın dolanılması ve işlevsiz hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır. *Tunç Yücel*'in de isabetle belirttiği gibi, bu tür anlaşmalar *kelepçeleme sözleşmesi* niteliğinde olup, ahlaka aykırılık nedeniyle TBK'nın 27. maddesi uyarınca da geçersiz sayılabilecektir ¹⁶⁵.

b. Rehlinli Malın Alacaklı Tarafından Satın Alınması

Rehinli malın, rehin hakkı sahibi alacaklı tarafından satın alınmasına dair anlaşmalar *lex commissoria* yasağı kapsamında değildir ¹⁶⁶. Çünkü, bu durumda alacaklının tatmini, rehinli malı mülk edinerek değil, satış bedelinden mah-

¹⁶² Oğuzman, Seliçi, Oktay, Özdemir, s. 1029.

¹⁶³ Helvacı, s. 134-135.

¹⁶⁴ Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku*, Ankara, 1967, s. 190.

¹⁶⁵ Tunç Yücel, s. 88-92.

¹⁶⁶ Helvacı, s. 83; Kuntalp, s. 156.

sup edilmek suretiyle sağlanmakta ve değere yönelme ilkesi korunmaktadır¹⁶⁷. Kanun'un yasakladığı husus, borcun ödenmemesi halinde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmalardır. Borcun ödenmesinden bağımsız olarak, rehin konusu malın alacaklıya satışına dair anlaşmanın yasakla ilgisi yoktur. Rehinli alacaklının, icra dairesince yapılan ihaleye alıcı olarak katılabilme olanağının bulunması da bu yorumu doğrulamaktadır. Satış bedelinin alacağı aşan kısmı elbette ki borçluya ödenecektir.

c. Özel Yoldan Paraya Çevirme Anlaşmalarının İcra Sözleşmesi Olarak Geçerli Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Eğer bu tür anlaşmalar, alacaklının sadece değere yönelebileceği ilkesine uygunsu ve alacağı aşan değer borçluya iadesi sağlanmakta ise bu durumda anlaşmanın *lex commissoria* yasağı kapsamında kaldığından söz edilemeyecektir. Ancak bu durumda meseleye başka bir açıdan yaklaşmak gerekecektir: Özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları, hukuki niteliği itibarıyla *icra sözleşmesi*¹⁶⁸ niteliğinde olup, icra hukuku açısından bu tür sözleşmelerin geçerliliğinin tartışılması gerekir.

Alacaklının özel yollardan rehni paraya çevirmesi devletin kontrolünün bütünüyle dışındadır¹⁶⁹. Devletin cebri icra tekeli¹⁷⁰ tamamen devre dışı bırakılmaktadır. Böyle bir süreç içinde, borçlunun ve diğer alacaklıların haklarının zarar görmesi muhtemeldir. Diğer taraftan, borçlunun malvarlığı sadece rehinli alacaklının değil, diğer tüm alacaklıların alacağının teminatıdır. Rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisi verilen alacaklının, ölçüsüz davranışlarla borçluya zarar vermesi mümkündür. Oysa, icra hukukuna hâkim ilkelerin en önemlilerinden biri *ölçülülük ilkesidir*¹⁷¹. Bu ilke insan haklarıyla, hukuk devleti ilkesiyle, toplumsal barışın korunmasıyla bağlantılıdır. O halde, paraya çevirme işleminin kamu düzeniyle ilgili olduğu açıktır.

İcra hukukunun, kamu hukuku özelliği gösterdiği söylenebilir. Çünkü, icra

167 Tunç Yücel, s. 99-100.

168 "İcra sözleşmeleriyle taraflar karşılıklı olarak bir şeyi yapma yetkisini ya da gerekliliğini düzenlerler ve aynı zamanda icranın ne zaman ve ne şekilde yapılacağına veya icranın yapıp yapılmayacağına ilişkin hükümler getirirler. Görüleceği üzere, bu sözleşmelerle tarafların icra sürecini bir şekilde etkilemesi ve yasal olarak öngörülmüş olan kurallardan ayrılarak, cebri icra imkanlarını genişletmesi veya sınırlandırması ya da bertaraf etmesi söz konusudur. Buna uygun olarak Alman hukuk doktrinde icra sözleşmeleri için, icrayı genişleten (*vollstreckungserweiternde*), icrayı daraltan (*vollstreckungsbeschränkende*) ve icrayı engelleyen (*vollstreckungsausschliessende*) sözleşmeler şeklinde bir ayrım yapılmıştır", Aşık, s. 8.

169 Tunç Yücel, s. 92.

170 Aşık, s. 19-23.

171 Aşık, s. 23-29.

iflas hukuku kuralları devletin icra organlarının yetki, görev ve sorumluluklarını düzenler ve çoğunlukla emredici ve kamu düzenine ilişkin kurallardır. İcra hukukunun kamu hukukuna özgü özellikler taşıması, bu alanda hiçbir şekilde sözleşme yapılamayacağı (sözleşme özgürlüğünün bulunmadığı) anlamına gelmez. Ancak, bu alandaki düzenlemeler çoğunlukla kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle, sözleşme özgürlüğünün alanı oldukça daraltılmıştır ¹⁷². Taraflar, ancak yasanın tasarruf yetkisi verdiği hallerde sözleşme yapabilirler. Bu nedenle, her bir yasal düzenlemenin sözleşmeyle değiştirilmesinin mümkün olup olmadığının bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Bir yasa kuralı kamu düzenini korumak amacıyla getirilmişse veya zayıf durumdaki borçluyu korumak amacı taşıyorsa ya da icra hukukunun amaç ve ilkelere korumak (sağlamak) amacıyla getirilmişse, bu yasa kuralının emredici bir kural olduğunun kabulü gerekir. Bu ilkedен hareket eden Aşık, yürürlükteki hukukumuz bakımından alacaklıya, rehinli malı doğrudan paraya çevirme yetkisi veren sözleşmelerin hükümsüz olacağı, çünkü Kanun'un paraya çevrime şeklini ve usulünü emredici şekilde düzenlediği görüşündedir ¹⁷³.

Kılıçoğlu, rehinli malın icra dairesi tarafından paraya çevrilmesini öngören kuralların emredici olmadığı, icra hukukuna hâkim *tasarruf ilkesi* gereğince, tarafların bunun aksine anlaşma yapabileceği, bu sözleşmenin cebri icranın engellenmesine dair bir sözleşme olup, buna rağmen alacaklının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişmesi halinde, borçlunun muhalefeti itiraz yoluyla ileri sürerek takibi engelleyebileceği görüşündedir ¹⁷⁴.

Yukarıda 2.a.'da açıklandığı üzere Tunç Yücel, Kuntalp ve Postacıoğlu, alacaklıya rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların geçerli olduğu görüşündedir. Budak, bu tür anlaşmaların, *lex commissoria* yasağını dolanma amacıyla kullanılması olasılığı nedeniyle, vadeden önce bu tür anlaşmaların yapılmasına cevaz verilmemesi gerektiğini savunmaktadır ¹⁷⁵.

İcra sözleşmelerinin kanunumuzda genel bir tanımı bulunmamakla birlikte, bazı maddelerde, örneğin İİK'nın 20, 83/a ve 138/3. maddelerinde münferit icra sözleşmelerine değinilmiştir ¹⁷⁶. Yasa koyucu bu maddelerle, icra sözleşmesi yapılamayacak bazı durumları emredici şekilde düzenlemiştir. Rehnin özel yoldan paraya çevrilmesine dair icra sözleşmesi yapılmasını yasaklayan genel bir yasa hükmü yoktur.

¹⁷² Aşık, s. 16.

¹⁷³ Aşık, s. 130-131.

¹⁷⁴ Kılıçoğlu, s. 141-143.

¹⁷⁵ Budak, s. 59-60.

¹⁷⁶ Üstündağ, s. 5.

Kanaatimizce, İcra ve İflas Kanununun rehnin paraya çevrilmesi konusunda getirdiği düzenlemeler emredici hükümlerdir. Ancak bu durumun, icra hukukuna hâkim ilkelerden tasarruf ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, alacaklı tarafından cebri icra organları eliyle rehnin paraya çevrilmesi süreci başlatıldıktan sonra, bu yasa kuralları emredici bir şekilde uygulanacaktır. Yani, taraflar cebri icra süreci başladıktan sonra satışın yapılış şekline dair icra daire-sini bağlayıcı anlaşma yapamazlar. Örneğin satışın pazarlık suretiyle yapılması-nı kararlaştıramazlar. İcra müdürü, emredici nitelikteki yasa hükümleri uyarınca paraya çevirme işlemlerini yapacaktır.

Ancak taraflar, cebri icra prosedürüne başvurmaksızın, rehinli malın alacaklı tarafından satılarak paraya çevrilmesini kararlaştırabilirler. İİK'da bunu yasak-layan bir düzenleme yoktur. Ancak, böyle bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı-nın her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, bu tür sözleşmeler de sözleşme özgürlüğünün kanuni sınırlarını düzenleyen TBK'nın 27. maddesine tabidir. Yine, borçlunun aşırı sömürüldüğü hükümler içeren sözleşmelerin TBK'nın 28. maddesindeki gabin hükümleri uyarınca geçersiz olduğu ileri sürülebilecektir.

Yine, bu tür anlaşmaların, icra hukukuna hâkim olan ilkeleri, özellikle *ölçü-lülük* ilkesini ihlal etmemesi gerekir. Aksi takdirde geçersizlik yaptırımıyla kar-şılaşacaktır.

Bunun yanında, bazı özel durumların varlığı halinde, özel yoldan paraya çe-virme anlaşmalarının uygulanması mümkün olmayacaktır. Örneğin, taşınmaz üzerinde başka rehinler varsa ya da rehinli mal üzerine başka alacaklılar tarafın-dan konulmuş hacizler varsa, artık alacaklı özel yoldan paraya çevirme işlemini yapamamalıdır. Bu konudaki sorunların farkında olan *Postacıoğlu*, olması gere-ken hukuk açısından yasa önerisi içeren makalesini¹⁷⁷ yazmıştır. Bu tür anlaşma-lar Kanun tarafından açıkça yasaklanmamış olmakla birlikte, konunun ayrıntılı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyduğu açıktır.

d. Özel Yoldan Paraya Çevirme Anlaşmaların Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi

Uygulamada, banka kredi sözleşmelerinde, rehin konusu menkullerin, rehne konu alacakların, kıymetli evrakın, hisse senetlerinin, tahvillerin, banka tarafın-dan özel yoldan paraya çevrilebileceğine dair hükümler yer almaktadır¹⁷⁸. Bu hükümlerin genel işlem koşulu niteliğinde olduğu ve geçerli olup olmadıklarının

¹⁷⁷ Postacıoğlu, *İpotek*.

¹⁷⁸ Aşık, s. 178; Helvacı, s. 125.

belirlenmesi konusunda değerlendirme yapılması gerektiği açıktır ¹⁷⁹.

Genel işlem koşulları, TBK'nın 20. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Aynı Kanun'un 21. maddesine göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Kanun'un 25. maddesine göre, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

Tüketici kredileri yönünden koruma daha katı olup, özel yoldan paraya çevirmeye dair sözleşme hükümlerinin haksız şart niteliğinde olup olmadığı kendi mevzuat hükümlerine göre değerlendirilmelidir. 6502 Sayılı Kanun'un 5 ve 84. maddesi uyarınca hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'in ¹⁸⁰ 5.maddesine göre, tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması unsurlarının bir arada bulunması gerekir. Yönetmeliğin 6/1.maddesine göre, bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri de dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

Tunç Yücel, banka kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankaya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren bu hükümlerin, tip kredi sözleşmelerinin niteliğine aykırı bir kayıt olması nedeniyle hükümsüz sayılması gerektiği görüşündedir. Ancak yazar, tarafların bu konuyu ayrıca müzakere ederek, bankaya, rehinli malı açık artırma yoluyla satış yetkisi veren ayrı bir sözleşme imzalamaları halinde, bunun geçerli olduğunu savunmaktadır ¹⁸¹.

Aşık, bankaya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren bu tür anlaşma hükümlerinin hükümsüz olduğunu; çünkü, İcra ve İflas Kanunu'nun rehnin ne şekilde paraya çevrileceğini emredici bir şekilde düzenlediğini, kanun koyucunun icra dairesinin aracılığı olmaksızın yapılabilecek paraya çevirmeyi istisnaen dahi

¹⁷⁹ Budak, s. 62; Tunç Yücel, s. 98.

¹⁸⁰ 17/06/2014 tarihli ve 29033 sayılı R.G.

¹⁸¹ Tunç Yücel, s. 98.

kabul etmediğini, genel işlem koşulları içinde bankaya verilen böyle bir yetkinin devletin cebri icra tekeli ortadan kaldıracağını, bankanın keyfilğine yol açacağını, bu nedenle paraya çevirme işlemlerinin mutlaka cebri icra organları eliyle yapılması gerektiğini savunmaktadır ¹⁸².

Kılıçoğlu, genel işlem koşulları açısından bir ayırım yapmaksızın, alacaklıya özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmaların geçerli olduğu görüşündedir ¹⁸³.

Kanaatimizce, genel kredi sözleşmelerinde, özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren hükümlerin, taraflarca müzakere edilerek özgür iradeyle kabul edildiği kanıtlandığı takdirde ve dürüstlük kuralının ihlal edilmediği hallerde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Ancak, bankanın keyfilğini önleyecek, borçlunun haklarını koruyacak kayıtların sözleşmede yer alması gerekir. Sözleşme, rehinli malın gerçek değeri üzerinden satışına olanak verecek hükümleri içermelidir. Bankaya, merhunu dilediği bedelle ve dilediği kişiye satma yetkisi veren anlaşmalar dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulu olup geçersiz olacaktır. TBK'nın 125. maddesi, dürüstlük kuralını referans değer olarak koymuştur. O halde, özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren anlaşmanın, açık artırma yoluyla veya varsa borsadaki kayıtlı değer üzerinden satışın yapılacağına ve alacağı aşan değer borçluya iade edileceğine dair hükümleri içermesi gerekir. Her somut olayda, paraya çevirmeye ilişkin sözleşme maddesinin, taraflarca müzakere edilip edilmediği, dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediği, buna bağlı olarak da genel işlem koşulunun geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Banka kredi sözleşmelerinde, rehin özel yoldan paraya çevrilmesi yetkisi veren anlaşmaların geçerliliğinin yukarıdaki yasal düzenlemelere göre değerlendirilmesi gerekir. TBK hükümlerine tabi sözleşmelerde, borçlu ile müzakere edildiği kanıtlanmayan ve dürüstlük kuralına aykırı hükümler geçersizdir. Bu bağlamda, özel yoldan paraya çevirme hakkı veren sözleşme hükümleri, sözleşmenin niteliğine aykırı kayıt sayılarak ¹⁸⁴, yani, TBK 25.maddesi anlamında dürüstlük kuralına aykırı şart niteliğinde kabul edilerek hükümsüz sayılması gerekir.

Banka tarafından tek taraflı olarak ve tüketiciye müzakere imkânı tanınmadan, önceden hazırlanmış tip sözleşmede, rehin paraya çevrilmesiyle ilgili olarak kredi sözleşmesine konulan hükümlerin, konusu itibarıyla kredi sözleşmesine yabancı (sürpriz- şaşırtıcı ¹⁸⁵) bir düzenleme olması nedeniyle haksız şart niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

¹⁸² Aşık, s. 178-179.

¹⁸³ Kılıçoğlu, s. 142-143.

¹⁸⁴ Tunç Yücel, s. 98.

¹⁸⁵ Budak, s. 44.

Tüketici kredileri yönünden ise tüketici lehine bir yorumun yapılması yasa koyucunun amacına daha uygundur. Çünkü, tüketicinin korunması kavramı, tüketicinin zayıf durumda olup korunması gerektiği anlayışının, yani sosyal hukuk anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. 6502 Sayılı Kanun'un 5.maddesi, genel işlem koşulu içeren tüketici sözleşmesindeki maddelerin müzakere edildiğini ve tüketici tarafından özel olarak kabul edildiğini kanıtlama yükünü bankaya yüklemiş ve ispatı oldukça zorlaştırmıştır. Kredi sözleşmesine, rehni özel yoldan paraya çevirme yetkisi veren hükümlerin konulması, güçlü durumda olan bankanın hakkını kötüye kullanması şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü, tüketicinin *şaşırtıcı* nitelikteki böyle bir düzenlemenin anlamını tam olarak kavraması mümkün olmayacaktır. Bu nedenlerle, tüketici sözleşmelerinde yer alan bu tür hükümlerin, dürüstlük kuralına aykırı haksız şart olarak kabulü ve bu nedenle hükümsüz sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç

Medeni Kanunumuz *lex commissoria* anlaşmalarını yasaklamış, böylece sözleşme özgürlüğüne yasal bir sınır getirilmiş ve borç ödenmediği takdirde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair anlaşmaları hükümsüzlük yaptırımına bağlamıştır. Buradaki hükümsüzlük, sadece *lex commissoria* anlaşmasına yönelik kısmi bir hükümsüzlük olup, rehin sözleşmesi ve kredi sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır.

Bu yasaklama, yasa koyucunun keyfi bir tasarrufu olmayıp, tarihsel olgulara dayalı sosyal ve ekonomik bir gereklilikten doğmaktadır. *Lex commissoria* anlaşmaları, kredi verenin borçluyu aşırı sömürmesine ve sermayenin ağırlıklı olarak kredi verende toplanmasına, böylece ekonomik dengelerin ve buna bağlı olarak sosyal ve siyasal hayatın bozulmasına sebebiyet vermektedir. Tarihsel süreçte, bu sözleşme ilişkisine kamunun müdahalesinin gerekli olduğu ortaya çıkmış ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması için, *lex commissoria* anlaşmaları yasaklanmıştır. Roma hukukundan gelen bu yasak, tüm modern hukuk devletlerince benimsenmiştir.

Lex commissoria yasağı olmadan rehin kurumunun varlığını sürdürmesi mümkün olamayacağı gibi, sağlıklı işleyen bir ekonomiden de söz edilemeyecektir. Bu nedenle, yasağın dolaylı olarak işlevsiz bırakılma ihtimalinin bulunduğu anlaşma türlerinin de irdelenmesi, gerekli önlemlerin alınması oldukça önem arz etmektedir.

Bir sözleşmenin *lex commissoria* yasağının kapsamında kalıp kalmadığının ortaya konulmasında, öncelikle yasağın amacının (*ratio legis*'inin) referans alınması gerekir. Yasağın amacı, alacak tutarından daha değerli rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçirilmesinin ve bunun sonucunda alacaklının haksız zengin-

leşmesinin, böylece borçlunun sömürülmesinin önüne geçmektir. Bu nedenle, sözleşmenin görünüşteki adına aldanmayıp, gerçekte bu sözleşmenin taraflar arasında nasıl bir işleve sahip olduğunun ortaya konulması gerekir. Eğer sözleşme, dolaylı olarak bile olsa yasağın işlevsiz bırakılması sonucunu doğuruyorsa, sözleşmenin bu kısmının hükümsüz olduğu sonucuna varılmalıdır.

Bu anlamda, teminat amaçlı inancı sözleşmelerin, *lex commissoria* yasağının unsurları bağlamında analiz edilerek sonuca gidilmesi gerekir. *Lex commissoria* anlaşmasının yasak kapsamında olması için üç unsuru bir arada bulundurması gerekir. Bunlardan birincisi, borç ödenmediği takdirde merhunun mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair bir anlaşmanın bulunması, ikincisi, bu anlaşmanın alacaklının tatmin edilmesi amacıyla yapılmış olması ve son olarak da anlaşmanın borcun muaccel olmasından önce yapılmış olmasıdır. İşte, inancı işlemlerde doğrudan veya dolaylı olarak bu unsurların tümü bir arada mevcut ise, inancı işlemi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmak gerekecektir. Bu değerlendirme, her somut olayın özelliğine göre yapılmalıdır.

Lex commissoria yasağı nedeniyle rehinli malın mülkiyetini alamayan alacaklı, borçlunun temerrüdü halinde, rehinli malın değerine yönelme ilkesi uyarınca, rehinli malı paraya çevirerek satış bedeli üzerinden alacağına kavuşabilecektir. Bu nedenle, rehinli malın paraya çevrilmesi usulü, dolaylı olarak *lex commissoria* yasağıyla ilişkilidir.

Rehinli malın ne şekilde paraya çevrileceği İİK'da özel olarak düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 45. maddesi önce rehne müracaat kuralını düzenlemektedir. Rehni hakkı sahibi alacaklı, yasal istisnalar saklı kalmak kaydıyla, rehinin paraya çevrilmesini sağlamadan ve rehin açığı belgesi almadan borçlunun diğer mallarına müracaat edemez.

Önce rehne müracaat kuralının *lex commissoria* yasağıyla ilgisi bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Ancak Kanun, önce rehne müracaat kuralını emredici biçimde düzenlediğinden, önce rehne müracaat zorunluluğunu bertaraf eden sözleşmeler hükümsüzdür. Bu hükümsüzlük İİK'nın 45. maddesinin emredici düzenlemesinden kaynaklanmakta olup, ayrıca *lex commissoria* yasağı yönünden bir tartışmaya kanaatimizce gerek yoktur.

Rehinli malın alacaklı tarafından özel yoldan paraya çevrilebileceğine dair anlaşmalar da *lex commissoria* yasağıyla dolaylı olarak ilgilidir. Devletin cebri icra organlarının devre dışı bırakılarak, merhunun alacaklı tarafından özel yoldan satılarak paraya çevrilebileceğine dair bu anlaşmaların yasak kapsamındaki durumunu değerlendirirken dikkatli olmak gerekir. Görünüşte bir paraya çevirme işlemi adı altında, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesi sonucunu doğuracak anlaşmaları yasak kapsamında hükümsüz saymak gerekir. Örneğin,

rehinli malın alacaklı tarafından dilediği bedelle, dilediği kişiye satılabileceğine, alacağı aşan değer alacaklıya ait olacağına dair bir anlaşmanın *lex commissoria* yasağını işlevsiz bırakacağı açıktır. Böyle bir sözleşmenin yasak kapsamında, hükümsüz bir anlaşma olduğunun kabulü gerekir.

Özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları mahiyetleri itibarıyla icra sözleşmesi niteliğindedir. Gayrimenkul rehni yönünden bu tür anlaşmalarının yapılması konusunda tartışmalar mevcut olup yeni yasal düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç bulunmakta ise de menkul rehni için özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları yasal olarak mümkün görünmektedir. Bu tür anlaşmaların icra hukukuna hâkim olan ilkeleri, özellikle *ölçülülük* ilkesini ihlal etmemesi gerekir. Aksi takdirde geçersizlik yaptırımıyla karşılaşacaktır.

Özel yoldan paraya çevirme sözleşmelerinin geçerli olup olmadığının her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, bu tür sözleşmeler, aynı zamanda, sözleşme özgürlüğünün kanuni sınırlarını düzenleyen TBK'nın 27. Maddesinde öngörülen sınırlara tabidir. Ayrıca, borçlunun aşırı sömürülmesine sebebiyet veren hükümler içeren sözleşmelerin TBK'nın 28. maddesindeki gabin hükümleri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabileceği de dikkatten uzak tutulmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Acar, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2015.
- Acar, Faruk, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, 2. Tıpkı basım, İstanbul, 2017.
- Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 12.Basım, İstanbul, 2015.
- Altaş, Hüseyin / Kurt, Leyla Müjde, “İnançlı İşlemler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:2, Yıl : 2011, s. 2-28, (Google akademik).
- Antalya, O.Gökhan / Acar, Faruk, *Ticari İşlerde Taşınır Rehni*, İstanbul, 2017.
- Aşık, İbrahim, *İcra Sözleşmeleri*, Ankara, 2006.
- Budak, Ali Cem, *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, 2.Basım, İstanbul, 2009.
- Cansel, Erol, *Türk Menkul Rehni Hukuku*, Ankara, 1967.
- Esener, Turhan/ Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 6.Basım, Ankara, 2015.
- Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Basım, Ankara, 1984, s. 948-949.
- Helvacı, İlhan, *Türk Medeni Kanunu’na Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, İstanbul, 1997.
- *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*
- Kılıçoğlu, Evren, *İcra Sözleşmeleri*, İstanbul, 2005.
- Konuralp, Orhan Emre, “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Basım Yılı: 2015, s. 2859.
- Kuntalp, Erden, “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, *İnan Kıraç’a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 1994, s. 151-162.
- Kurt, Fatma, “Lex Commissoria (Mülküne Geçirme) Yasağı (Amacı, Kapsamı ve Alacaklıya Rehlinli Malı Özel Yollardan Paraya çevirme Yetkisi Verilmesiyle İlişkisi)- Yasakların Sorgulanması ve Sınırlandırılması Önerisi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:82, S:1, Yıl:2008.
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul, 2016.
- Kuyucu, Aslıhan Sevinç, *Gemi Finansmanı Sözleşmeleri*, 1.Basım, İstanbul, 2016.
- Makaracı Başak, Aslı, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul, 2014.
- Nomer, Halûk Nami/ Ergüne, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku*, 4.Basım, İstanbul, 2017.
- Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir, Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, 19.Basım, İstanbul, 2016.
- Özer, M.Tolga, *Taşınmazların Birlikte Rehni*, İstanbul, 2015.
- Postacıoğlu, İlhan E. / Altay, Sümer, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Basım, İstanbul, 2010.
- Postacıoğlu, İlhan E., “İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevirme Yetkisinin Verilmesi Problemi”, *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, İstanbul, 2011 (Makale, ilk olarak Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan kitabında yayınlanmış, daha sonra 2011 yılında yayımlanan bu esere alınmıştır. Dipnotlarda *İpotek* olarak atıf yapılmıştır).
- Postacıoğlu, İlhan E., “Nami Müstear Meselesi: Vekâlet ve İtimat Mukaveleleri ile Muvazaanın Karşılıklı Münasebetleri”, *Makaleler ve Karar İncelemeleri*, İstanbul,

2011, s. 789-818. (Dipnotlarda, *Namı Müstear* olarak anılmıştır).

- Serozan, Rona, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFM*, C:LXIV, S.2, Yıl:2006, s. 301-324, (Google akademik).
- Serozan, Rona, *Eşya Hukuku*, Cilt I, 3.Basım, İstanbul, 2014.
- Şener, Oruç Hami, “Bankanın Rehinli Alacaklı Sifatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehninde Rehnin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:11, S:2, 2009, (Basım yılı: 2011), s. 195-250, (Google akademik).
- Şenöz, Ebru / Özbilen, Arif Barış / Savaş, Burcu, “Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:4, S:8, Güz 2005, s. 233-252, (Google akademik).
- Şit İmamoğlu, Başak, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*, Ankara, 2017.
- Topcuoğlu, Metin / Çon, Ömer, “Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması”, *TBB Dergisi*, 2011, S:93, s. 174-214, (Google akademik).
- Tunç Yücel, Müjgan, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Ta-kibi*, İstanbul, 2010.
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul, 2004.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil / Deren-Yıldırım, Nevhis, *İcra ve İflas Hukuku*, 6.Basım, İstanbul, 2015.
- Zeliha Dereli, “Lex Commissoria Yasağı”, *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2009, Tez no: 250028, (tez.yok.gov.tr).

ÖZ

TMK 873 ve 949. maddeleri uyarınca, borcun ödenmemesi halinde rehin konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükümleri (*lex commissoria* anlaşmaları) geçersizdir. Öğretide bu ilkeye *lex commissoria* yasağı denilmektedir.

Tarihsel olgular dikkate alındığında, *lex commissoria* yasağının, güçlü durumdaki alacaklıya karşı, kredi ihtiyacı içindeki borçlunun korunması amacıyla getirildiği; bu yasak sayesinde, borçlunun korunması yanında, rehin kurumunun sürdürülebilir bir teminat aracı haline gelmesinin de sağlanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Bu yasak olmadan rehin kurumunun varlığını sürdürmesi mümkün olmayacağı gibi, sağlıklı işleyen bir ekonominin varlığından da söz edilemeyecektir. Bu nedenle, yasağın dolaylı olarak işlevsiz bırakılma ihtimalinin bulunduğu anlaşma türlerinin de irdelenmesi suretiyle, yasağın tanımının ve unsurlarının açıkça ortaya konulması oldukça önem arz etmektedir.

Yasağın maddi hukuk yanında icra ve iflas hukukuyla da ilgili olduğu dikkate alınarak, rehnin paraya çevrilmesiyle ilgili taraf anlaşmalarının bu yasak karşısındaki durumunun da ortaya konulması gerekmektedir.

Anahtar kelimeler: *Lex commissoria*, rehin, inançlı işlem, icra sözleşmeleri.

İstanbul Medipol Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Dipnotlarda yazarın adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Dipnotta yer alan kitap, dergi ve ansiklopedi ismi italik yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
4. Yazı başlığının ve en az 150 en çok 200 sözcükten oluşan özetle birlikte yazının içeriğini aktaran beşer tane anahtar kelimenin Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Kaynakçada yer alan eserler, Times New Roman karakterinde, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Kaynakçada yer alan eserlerde; yazarın soyadı ve adı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Kaynakçada yer alan eser ismi, ansiklopedi ismi ve dergi ismi italik harflerle yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan yazılar, hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, gör-

sel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir.

9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Yazı, aşağıda belirtilen e-posta adreslerine Word formatında yayım ilkelerinde belirtilen kurallara uygun olarak gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
 - ahtopal@medipol.edu.tr
 - mcattik@medipol.edu.tr
 - argencer@medipol.edu.tr