

MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA ANLAŞMASI VE TEMİNATEN TEMLİK

(PRATİK GEREKSİNİMLERE UYGUN BİÇİMDE
UYGULANAMAYAN İKİ İLGİNÇ AYNI TEMİNAT)

PROF. DR. RONA SEROZAN *

GİRİŞ

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması (Eigentumsvorbehalt/ réserve de propriété) “mal kredisi” arayanın (yani veresiye mal satın almak isteyen) sıkı “kamuya açıklık” (nitelikli teslim) koşullu rehine tercih ederek satıcısına sunabileceği aynı güvencedir. Hükmen teslimli teminaten temlik (Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut / transfert de propriété a titre de garantie par constitut possessoire) ise “para kredisi” arayanın (yani ödünç para isteyen) “teslimi meşrut rehin”e tercih ederek ödünç verene sunabileceği aynı güvencedir. Her iki işlemle de “teslimsiz teminat verme” avantajı sağlanır. Şöyle ki teminat konusu mal elde bulundurulup ondan sağlanan getiriyle borç (ilkinde taksit borcu, ikincisinde ödünç borcu) daha kolay kapatılır.

Batı’da uygulaması çok yaygın olan (istatistiklere göre taşınır eşyada teminatların yüzde seksenini çeken) bu iki aynı güvence yolunun bizde pek tutulmamasının nedenleri bellidir:

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması (ki bundan sonra genelde msta diye kısaltılacaktır) alıcının yerleşim yerindeki noterliğe taşınmayı gerektiren masraflı ve zaman alıcı bir yoldur. Üstelik yasal gereklere uygun biçimde noterlikteki sicile tescil edilmemesine uygulamada bağlanan

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ağır geçersizlik yaptırımı da kişileri bu güvenceden büsbütün soğutmuştur.

Hükmen teslimli teminaten temlik ise (ki bundan sonra genelde temtem diye kısaltılacaktır) MK 690 kuralının amacı aşan biçimde yorumlanıp güvence olarak devralınan mülkiyetin hiçbir durumda üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez biçimde “nispileştirilmesi” (nispi mülkiyet –relatives Eigentum / propriété relative- yaptırımı) yüzünden, doyuruculuktan uzak, yetersiz bir güvence olarak dışlanmıştır.

MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA ANLAŞMASI

Genelde alıcının satın aldığı malın parasını ödeme gücü olmaz. O ancak önce satın aldığı malı kullanıp değerlendirmelidir ki para kazanıp malın karşılığını ödeyebilsin. İşte bu nedendir ki, malın satış bedeli taksit taksit ödenir; taksit borcu da güvenceye bağlanır.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında, mal kredisi veren, yani parasını peşin almaksızın malını satın onun zilyetliğini devreden satıcı, aynı tasarruf sözleşmesine bir çekince ekler; satış parası eksiksiz ödeninceye değin mülkiyeti ihtiyaten kendisi için saklı tutar. Mülkiyet transferine ilişkin aynı tasarruf sözleşmesinin “Alman ayrılık ilkesi” bağlamında şarta bağlanması anlamına gelir bu. Bu şart “geciktirici” olabileceği gibi (borcunu kapatırsan mal senin olsun), “bozucu” da olabilir: “Borcunu kapatmazsan şimdi senin olan mal sonradan bana geri dönsün”. Böylelikle satıcı, kendisini ve alıcısını kayıtsız koşulsuz borçlandırdığı halde, mülkiyet transferine ilişkin aynı sözleşmeyi askıya alıp dondurmuş olur. Satım borçlanmasından apayrı aynı tasarruf sözleşmesinin (Alman ayrılık ilkesinin) parasını peşin alamayan satıcıya sağladığı avantaj budur işte. Satımla mülkiyeti kazandıran ve borçlanma aşamasıyla tasarruf aşamasını bir tutan Fransız birlik sisteminde düşünelmeyecek bir oluşumdur bu. (Ayrılık ve birlik ilkeleri konusunda bk. Serozan, Çağa’ya Armağan)

Önce msta’nın satıcıya ve alıcıya sağladığı avantajları, bu arada geciktirici şart seçeneğinde alıcıya sağladığı “beklenen aynı hak” avantajını görelim. Daha sonra msta’nın özel siciline tescilinin kendine özgü işlevlerini ele alalım. Bu tescilin işlevinin tapu siciline tescile o-

ranla sınırlılığını ve tescilin gerçekleştirilmemesinin taşınırı teminaten temlik etmede eylemli (fiili) teslimi gerçekleştirilmemeye koşut sonuçlarını tanıyalım.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması konusunda bk. Elbir, Pozitif Türk Hukukunda Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesi, İstanbul, 1952; Serozan, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, MHAD Yeni Seri Yıl 1 N.2; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Heidelberg, 1963; Beck, Der Eigentumsvorbehalt nach dem schw. ZGB, Bern, 1916; Ottrubay, Die Eintragung des Eigentumsvorbehalt, Freiburg, 1980.

* * *

Yineleyelim: M.s.t.a, parasını peşin almaksızın (yani krediyle) mal satmış olan satıcının aynı güçte bir güvenceye kavuşma gereksinimini ve çıkarını karşılar. Üstelik bu güvence rehinden de güçlü bir güvencedir. Satıcı, satış parası alacağı için rehindeki gibi sadece sıradan bir “değerlendirme” (eşyayı sattırıp paraya çevirme) hakkına kavuşmakla kalmaz; düpedüz kendi malına yeniden kavuşma olanağını da yakalar. Başka bir deyişle, msta, hem satış parası alacağını hem satılan malın iadesi alacağını güvence altına alır. (Çifte teminat!)

Ama mülkiyeti saklı tutma anlaşması, salt krediyle mal satmış satıcıya özel bir avantaj sağlamakla kalmaz; aynı zamanda alıcıya da aldığı kredinin karşılığında “teslimsiz teminat” verme (yani bir tür “menkul ipoteği” kurma) avantajı sağlar. Şöyle ki alıcı, teminat diye gözden çıkardığı malı yine de elinin altında bulundurur; bu eşyadan yararlanır; o sayede de kredi borcunu karşılayacak parayı kazanır. Oysa, rehin güvencesi veren borçlunun durumu böyle değildir. O, rehin konusu eşyayı elinden çıkarmak zorundadır. (MK 853)

Görülüyor ki mülkiyeti saklı tutma anlaşması, son tahlilde, teslimsiz bir menkul rehndir; sanki menkul ipoteğidir. Nitekim, menkul ipoteğinin zaten olanaklı sayıldığı hayvanlar açısından mülkiyeti saklı tutma anlaşması yasaca olanak dışı tutulmuştur. (MK 688 II) Taşınmazlarda da satıcının aynı güvence gereksinimini ipotek hakkı, hele satıcının yasal ipotek hakkı (MK 807 b. 1) fazlasıyla karşıladığı için, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına gerek yoktur. (BK 214 II) Kaldı ki taşınmazlarda şarta bağlı bir mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına şarta bağlı bir tescilin olanaksızlığı da engel olur. (BK 214 I)

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına özellikle taşıt araçlarının, beyaz eş-

yanın, mobilyanın ve elektronik aygıtların taksitle satışında başvurulur.

Eklemeli ki hem taşınır eşyayı kullandırma hem de mülkiyet hakkını teminat olarak saklı tutma amacına hizmet eden popüler bir hukuki yol da "finansal kiralama" dır (leasing' dir).

* * *

Hukuki bir değerlendirme yapmak gerekirse şöyle denebilir: Mülkiyeti saklı tutma anlaşması, mülkiyeti geçiren asıl aynı sözleşmenin bir çekinceye, bir şarta bağlanması anlamına gelir. Eğer bu "şart" "geciktirici" bir şart sayılırsa, (eğer taksit borcunu kapatırsan artık mal senin olsun!) bu, aynı zamanda, alıcının aynı güçte bir beklenen hakka kavuşturulması anlamına da gelir. Alıcının bu aynı beklenen hakkı bir kum saatine de benzetilebilir. Alıcının taksitleri ödeyip aynı hakkı kazanma şansı her taksit ödemesinde biraz daha artar. Bu arada aynı beklenen hakkın ekonomik değeri ve tedavül kabiliyeti de o ölçüde artar. Onun giderek artan ve değerlenen bu aynı hakkı kazanma şansı, BK m. 150 III ile MK m. 892 III kurallarının sağladığı "tasarruf" ve "halefiyet" himayesinin koruyucu kanatları altında tutulur. Şöyle ki alıcının tam güvenceli "aynı hakkı iktisap şansı" hiç kimse tarafından sarsılamaz. Alıcının iktisabını kendisinden başkası engelleyemez. Ancak odur ki taksitleri ödemeyerek şartın gerçekleşmesini engelleyebilir.

Geciktirici şarta bağlı msta hipotezinde alıcının beklenen hakkının özellikleri için bk. Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, s. 151 i.s.

Aynı hak sahibine özgü tasarruf himayesinin anlamı mal sahibinden başkasının tasarruf yetkisizliğinin onun tasarrufunun etkisizliğine yol açmasıdır. Halefiyet himayesi (droit de suite) ise sınırlı aynı hakkın her yeni malike (halefe) karşı ileri sürülebilmesi anlamına gelir. (Bkz. Haçemî/Serozan/Arpacı Eşya Hukuku, Serozan, Eşya Hukuku, s. 10/11)

Bir örnekle açalım: Geciktirici şarta bağlı msta varsayımında son taksit borcunun kapatılmasına kadar malik ve dolaylı zilyet kalan satıcı S her ne kadar malını zilyetliğin havalesi yoluyla üçüncü kişi Ü'ye devredebilirse de, bu yoldan taksitle mal alıcısı A'nın beklenen aynı hakkı onun elinden alınamaz. Çünkü dolaysız zilyet alıcı A, satıcısı S'nin malın iadesi istemine karşı ileri sürebileceği "beklenen aynı hak" savunmasını MK 892 III uyarınca iyi niyetli üçüncü kişi Ü'ye karşı da

ileri sürebilir. Onun "halefiyet himayesi" eksiksizdir. Üstelik, dolaysız zilyet alıcı A son taksit borcunu ödediğinde, satıcı S'nin üçüncü kişi Ü yararına tasarrufu BK 150 III kuralının beklenen aynı hak sahibi alıcıya sağladığı tasarruf himayesinde büsbütün kırılır. Şöyle ki Ü lehine ara-tasarruf alıcısının şarta bağlı hakkını (beklenen aynı hakkını) bozduğu, ona ters düştüğü ölçüde etkisiz kalır. Demek ki MK 892 III kuralı üçüncü kişiye karşı yöneltilen istemleri defetmeye yararken, BK 150 III kuralı üçüncü kişinin hakkını ihlal edebilecek tasarrufları yok etmeye yarar.

Aynı haktan nicelikçe eksik kalsa da nitelikçe özdeş sayılabilen "aynı beklenen hak" aynı hakka ilişkin kurallara bağlıdır. Bu arada alıcının kayıtsız koşulsuz, serbestçe yani satıcının oluru almaksızın tasarrufuna da elverişli sayılır. Açıkçası alıcı beklenen aynı hakkını aynen tam aynı hak gibi devredebilir. Sözcüleri, taksitleri ödemede zorlanan alıcı, msta ile devraldığı eşyayı pekala geriye kalan taksitlerin ödemesi koşuluyla başkasına serbestçe devredebilir; böylece beklenen aynı hakkını değerlendirip paraya çevirmiş olur. Bu bağlamda beklenen aynı hakkın haczedilebilmesi de gerekir.

Aynı beklenen hak başkasına devredildiğinde, son taksit borcu kapatılınca komple mülkiyet hakkının iktisabının aktarmalı mı (ilk alıcıdan devren mi) yoksa aktarmasız mı (ilk satıcıdan devren mi) olacağı tartışılır. Bu tartışmanın pratik önemi şudur: Eğer, ilk alıcıdan aracılı, aktarmalı iktisap (Durchgangserwerb) yerine, ilk satıcıdan aracısız, aktarmasız iktisap (Direkterwerb) kabul edilirse, beklenen hak alıcısının alacaklıları beklenen hak satıcısının alacaklıları karşısında ayrıcalıklı bir öncelik kazanırlar. Beklenen hak satıcısı mantıksal bir an bile malik olmuş sayılmayınca, onun alacaklıları cebri icra sürecinde mala el atamazlar. (Bkz. Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, s. 154/55)

Dikkat edilsin ki alıcı beklenen aynı hakkını devredeceği yerde, pekala, sanki malın mülkiyetini kazanmışçasına, onun tam mülkiyetini devretmiş olabilir. O zaman, iyi niyetli olması koşuluyla, devralan tam mülkiyeti kazanır. (MK 901) Eklemeli ki mst sicilindeki tescilin iktisabın dayanağını oluşturan iyi niyeti giderecek (tapu sicili benzeri) bir gücü yoktur.

Eğer aynı alıcı kendisine ait olmayan malı msta ile bir başkasına dev-

retmişse, iyi niyetli ikinci alıcının beklenen aynı hakkı kazanacağı kuşkusuzdur. Tam aynı hakkın iyi niyetle kazanılabileceği yerde beklenen aynı hak da iyi niyetle kazanılabilir. Hatta sonradan oluşan kötü niyet (mala fides superveniens) bile bu iktisabı engellemez. Böylece ikinci alıcı son taksidi ödediğinde tam mülkiyeti kazanır. Yalnız böyle bir durumda ikinci alıcının taksit borcunu kapatmadan önce de gerçek malike karşı iadeden kaçınılabilmektedir ve kaçınamayacağı kuşkuludur ve tartışmalıdır. (Bkz. Medicus, Bürgerliches Recht N 465, 474/75; Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, s. 155/56)

* * *

Bu ana kadar geciktirici şarta bağlı msta seçeneğini irdeledik. Oysa msta pekala aynı tasarruf sözleşmesinin borçlanma sözleşmesinden dönme bozucu şartına bağlanması olarak da değerlendirilebilir. Bir yorum sorunudur bu. “Taksit borcunu kapatırsan mal senin olsun” (geciktirici şart) yerine, “taksit borcunu kapatmazsan şimdilik senin olan mal yeniden benim olsun, bana dönsün” (bozucu şart) diye de anlaşılabilir msta. O zaman hukuki durum değişir. Bozucu şart varsayımında, msta uyarınca malı devraldığı anda alıcı malın zilyetliğiyle birlikte tam (komple) mülkiyetini de kazanır. Ne var ki alıcı satıcıya karşı olan borcunu vadesinde kapatmayacak olursa, evvelce alıcıya geçmiş sayılan mülkiyet, borçlanma sözleşmesinden dönme işlemiyle birlikte satıcıya kendiliğinden gerisin geriye dönmüş sayılır. Sözleşmeden dönmenin aslında kural olarak içermediği aynı bumerang etkisinin taraf iradeleriyle yaratılmasıdır bu.

Geciktirici şarta bağlı msta varsayımında tasarruf yetkisi sınırlanan malik-satıcının anlaşmaya aykırı ara-tasarruflarına karşı BK 150 III kuralının tasarruf korumasından yararlanan kişi alıcıyken, bozucu şarta bağlı msta varsayımında malik-alıcının anlaşmaya aykırı ara-tasarruflarına karşı tasarruf korumasından yararlanan kişi satıcıdır.

Dikkat edilsin ki geciktirici şart varsayımında, tasarruf yetkisi sınırlanan malik-satıcının zilyetliğin havalesi yoluyla gerçekleştirdiği devirlerde iyi niyet korunamaz; yani BK 150 III kuralının tasarruf koruması tüm boyutlarıyla işler. (MK 892 III Oysa, bozucu şart varsayımında, tasarruf yetkisi sınırlanan zilyet-alıcının tesliminde iyi niyet pekala korunur; bu yüzden de satıcının tasarruf himayesi de kağıt üstünde kalır.

Zaten bozucu şart varsayımında, satıcının BK 150 III'ün MK 901 kuralıyla adamakıllı gölgelenmiş tasarruf koruması bir başka açıdan da zayıftır. Şöyle ki alıcı, satıcının malına yeniden kavuşma şansını taksit borçlarını düzenli biçimde ödeyerek, her an için boşa çıkarabilir. İşte bu nedenledir ki bozucu şart varsayımında, satıcının BK 150 III kuralının korumasındaki “malına yeniden kavuşma şansı”, bir “aynı beklenen hak” oluşturmaz da, yalınkat, sıradan bir hak kazanma umudu (beklentisi) oluşturur. Oysa geciktirici şart varsayımında, malik-satıcı, alıcının satılıp teslim edilmiş olan malın mülkiyetini kazanma şansını (ki gerçek bir aynı beklenen hak sayılır) asla bozamaz. Mülkiyetin kazanılması şansı, sadece alıcının elindedir; satıcının bunu engelleme olanağı yoktur.

İşte bu gerçekler ışığındadır ki geciktirici şarta bağlı msta varsayımında alıcının aynı beklenen hakkı para ederken (devir ve haciz edilebilirken) bozucu şarta bağlı msta varsayımında satıcının sanki bir hayal kadar uzak umudu beş para etmez.

Msta'da aynı tasarruf işleminin kuşku durumunda geciktirici şarta bağlanmış sayılacağı kanısı yaygındır. (Bkz. Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s. 558; Steinauer, Droits réels II N 2029a; Schwander, Basler Kurzkommentar, ZGB 715 N 8)

Msta'nın özel siciline tescil edilmesine gelince:

İster geciktirici şarta, ister bozucu şarta bağlanmış sayılsın, mülkiyetin saklı tutulması, son değerlendirmede, “teslimsiz teminat verme” (menkul ipoteği) anlamına gelir. Bu gerçeği evvelce vurgulamıştık.

Alıcıya kredi verecek olan kişileri böylesine teslimsiz bir teminatın sakıncalarına karşı uyarıp korumak için, teminat hukukunda geçerli sıkı teslim gereğinin, yani çevrede mal sahibi imiş gibi gözükmemeye koşulunun (teminat konusu malı elde tutmama koşulunun), teknik bir deyişle, “olumsuz kamuya açıklık” koşulunun yerini tutmak üzere, yasa, bir kamuya açıklık ve alarm aracı olarak özel bir “mülkiyeti saklı tutma sicili” öngörülmüştür. Kısacası, msta teminatında kamuya açıklığı teslim yerine tescil sağlar.

Demek ki alıcıya ödünç verecek olan kişiler, alıcının elinde gördüklerine kapılıp aldanmamak için önce mülkiyeti saklı tutma siciline bakmalıdırlar. Eğer sicildeki kaydın varlığına karşın alıcıya kredi ver-

mişlerse, bu gevşek ve savruk tutumlarının sonuçlarına da katlanırlar. Onlar kredi alacaklarından ötürü haciz koyduracakları eşyanın mülkiyeti saklı tutmuş satıcı tarafından ellerinin altından çekilip alınmasına boyun eğerler.

Bu koşullar altında, satıcı, mülkiyeti saklı tuttuğu malı alıcısının alacaklılarının takibinden “istihkak iddiası” ile çekip kurtarabilmek (bozucu şart varsayımında da, hiç değilse, rehinli alacaklıya kıyasen bir “öncelikli tatmin” ayrıcalığından yararlanabilmek) için, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının özel bir sicile kaydettirilmesini sağlamalıdır. Böyle bir kayıtla alıcının alacaklılarına mülkiyet ilişkilerinin içyüzünü tanıma şansı vermeyen (tescili sağlamayan) bir satıcı, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının varlığına dayanıp, sattığı malı alıcının alacaklılarının takibinden kurtaramaz. (MK m. 688 I)

Mst siciline geçirilmemiş olan bir msta'nın büsbütün geçersiz sayılıp satıcının mülkiyetini kayıtsız koşulsuz biçimde alıcıya karşı da kaybettireceği yolundaki görüş (Bkz. Yargıtay 1944 İBK, Resmi Gazete 5843) amacı aşan aşırı ve yanlış bir görüştür. Ne yazık ki İsviçre'de de bu görüş öğretilde ve uygulamada ağır basmaktadır. (Bkz. İsv. FM, BGE 110 II 153; Steinauer, Droits réels II N 2041; Schwander, Basler Kurzkommentar, ZGB 715 N 6)

Teminat hukukumuzda geçerli olan ve MK 853/857/690 ve 688 kurallarında billurlaşan sıkı “kamuya açıklık” rejimine biraz daha yakından eğilelim:

Borçlunun elinde herhangi bir eşya gören kişiler, bu eşyanın gerçekten de borçluya ait olduğunu sanabilirler. İşte bu sanı baştan engellenmelidir ki borçluya, elinin altındaki mallara kapılarak ek krediler vermesin. Gerek rehinde, gerek teminaten temlikte eşyayı elden çıkarma zorunluluğu işte bu düşünceye dayanır. Eğer teminatı veren borçlu, çevrede sakıncalı izlenimler yaratacak bir şaşırtmacayla, aslında güvence diye elden çıkardığı eşyayı göstermelik (sudan) bir bahaneyle zilyetliğinde alıkoysa, rehin rehin olmaz; teminaten temlik de eksik bir temlik olur. Teminaten temlikin eksikliği kendisini şurada gösterir ki temlik edilmiş eşya artık temlikte bulunmuş borçlunun mülkiyetinde olmadığı halde, elinde tuttuğu eşyayla poz atan borçluya güvenerek ona kredi açan üçüncü kişilere karşı hala borçlunun mülkiyetinde sayılır; yani onların cebri icra takibine konu olur. Başka bir anlatımla: Eşyanın mülkiyetini teminaten devralmış olan kişi, bu eşya üstündeki

mülkiyetini borçlusunun başka alacaklarına karşı ileri süremez; olsa olsa borçlusuna karşı ileri sürebilir; bu nedenle de eşyayı, koğuşturulduğunda istihkak iddiasıyla icra takibinden çekip çıkaramaz, kurtaramaz. (MK 690)

Özetle, hükmen teslimli teminaten temlikte göreceli mülkiyeti varsa-yan MK 690 kuralı hükmen teslimli taşınır rehnini yok sayan MK 853 son. cümle kuralının mantıksal, doğal uzantısıdır. MK 853 son.c. (ayrıca bk. MK 857) ile MK 690 kurallarını her zaman bir arada okumak gerekir.

İşte msta'nın kamuya açıklığı sağlayan özel bir sicile de bu bağlamda değerlendirilmelidir. Gerçekten de MK 690 kuralı sadece MK 853 kuralıyla değil, aynı zamanda MK 688 I kuralıyla, yani mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının “tescili” koşuluyla da bağlantılıdır. Gerçekten de teminat hukukunun bu üç önemli kuralının herbirinin düşünsel temeli, olumsuz veya olumlu yönünden kamuya açıklığı (saydamlığı) sağlama amacının harcıyla yoğrulmuştur. Bu amaçsa, kredi ve aynı teminat hukukunda özel bir ağırlık taşır. Teminat konusu eşya ya tevdi edilecektir, elden çıkarılacaktır (olumsuz kamuya açıklık sağlanacaktır) ya da tescil yoluyla teşhir edilecektir (olumlu kamuya açıklık sağlanacaktır). Taşınırın rehnedilmesinde ve teminaten temlik edilmesinde olumsuz kamuya açıklık, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında ve teslimsiz (sicilli) rehinde olumlu kamuya açıklık zorunluluğun anlamı budur işte.

Öyleyse, hukuki yaptırım da, elden çıkarılmayıp (tevdi edilmeyip) hükmen teslim bağlamında dolaysız zilyetliği alıkonan teminat konusu malın inançlı (fidüsyer) mülkiyetinin bu mülkiyeti devralan tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez; ancak malı elinde tutan borçluya karşı ileri sürülebilirliğini (göreceli mülkiyet yapısını) andırır. (Krş. MK 690) Hükmen teslimli teminaten temlik gibi, mst siciline tescil edilmemiş msta da üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Başka bir anlatımla, nasıl “fiilen teslim” alınmayan, dolayısıyla kamuya gereği gibi açıklanmayan teminat hakkı kamuya (üçüncü kişilere) karşı ileri sürülemezse, “tescil edilmeyen”, dolayısıyla kamuya gereği gibi açıklanmayan teminat hakkı da kamuya (üçüncü kişilere) karşı ileri sürülemez. Birinde (hükmen teslimli teminaten temlikte) geçerli olumsuz kamuya açıklık gereğine aykırılığa, ötekinde (tescil edilmemiş

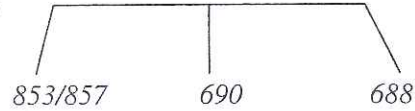
msta'da) geçerli olumlu kamuya açıklık gereğine aykırılık denk düşmektedir. İkisinde de yaptırım aynıdır; göreceli (nispi) etkisizliktir. Ya tevdi ya tescil gerçekleşecek; yoksa eksik etki söz konusu olacaktır. Yaptırımı bizde ve İsviçre'de sıkça yapıldığı gibi bu çerçevenin dışına taşınmanın yeri ve gereği yoktur.

Rehnin borçluya geri verilmesinde söz konusu olan "askı" durumu da (MK 857), aslında, rehin hakkının rehini veren borçluya, sırf eşyayı elinde gördükleri için güvenip kredi veren üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, ancak rehini veren borçluya karşı ileri sürülebilmesi anlamına gelir. Bu da tıpkı mst sicilinde tescil edilmemiş bir msta'da veya hükmen teslimli temtem'de olduğu gibi, "göreceli etkisizlik"tir. Yoksa bu durumda rehnin tümel hükümsüzlüğe indirgenip kötü niyetli üçüncü kişilerin bile her halde rehin konusu eşya üstünde mülkiyeti kazanmaları söz konusu olamaz. MK 688 ve 690 kurallarında yapıldığı gibi, burada da amacı aşan bir yorumdan kaçınmalıdır.

Topluca değerlendirmek gerekirse, kamuya açıklığa gölge düştüğünde tüm teminatlar kabuğuna çekilir, göreceli bir etkisizliğe mahkum edilir.

Tescilde, tevdide ve elde tutmada eksiklik olduğunda teminatların herkese yaygın etkisi görünüşe kapılıp kredi açanlara karşı ileri sürülemezdir.

Özetle, teslim – tescil ilişkisini gösterir sacayağı şeması şöyle çizilebilir:



Gerçekten de, saklı tutulmuş mülkiyetin alıcının alacaklılarına karşı ileri sürülebilmesi için özel bir kamusal sicile tescil (olumlu kamuya açıklık) gereğinin aranması (MK 688 I), mülkiyetin teminatın geçirilmesinde, mal üzerinde teminatın kazanılan mülkiyetin devreden alacaklılarına karşı ileri sürülebilmesi için malın devreden elinden alınması (olumsuz kamuya açıklık) gereğinin aranmasına (MK 690) tekabül eder. Her iki kuralın temelinde de aynı kaygıların harcı vardır. Teminatın konusu mal ya "teşhir" (tescil) edilecek (olumlu yönde ka-

muya açıklık) ya da "tevdii" edilecek, elden çıkarılacaktır. (Olumsuz kamuya açıklık)

Sözün özü, çevreye karşı mal sahibi görüntüsü yaratılamayacaktır. İşte olumsuz ya da olumlu yönde kamuya açıklık demek bu demektir. Bu açıdan, MK 688 I kuralını adeta MK 690 kuralının bakışlımsı (onun simetriği) bir kural olarak değerlendirmek gerekir. Birinde kamuya açıklığı olumlu bir "teşhir" (tescil) olgusu sağlarken, ötekinde de olumsuz bir "tevdii" (elde tutmayı elden çıkarma) olgusu sağlamaktadır.

Dahası: Zilyetliğin havalesinde dolaysız zilyede ihbar (kamuya açıklık) gerçekleşmedikçe, zilyetliğin devrinin ona karşı hüküm ifade etmemesi (MK 892 II: nispi mülkiyet) de MK 688 – 690 ikilisiyle birlikte bir bütün oluşturur. Mantık hep aynıdır: Kamuya açıklığa uyulmadıkça hep nispi mülkiyet olur. Yalnız şu ayrıma dikkat edilmeli: MK 688/90'da mülkiyet iki kişi arasında el değiştirirken, üçüncü kişilere, daha doğrusu, dolaysız zilyedin kredi alacaklılarına karşı el değiştirmiş sayılmaz. Oysa MK 892 II'de mülkiyet herkese karşı el değiştirmiş sayılır da salt dolaysız zilyede karşı el değiştirmiş sayılmaz. Menfaatler durumu ayrımlıdır da ondan. MK 688/690 ikilisinde kredi dünyasının, MK 892 II'de ise salt dolaysız zilyedin çıkarı korunur.

Unutulmasın ki zilyetliğin havalesi yoluyla rehin kurmada da dolaysız zilyede havaleyi ihbar etme zorunluluğu öngörülmüştür. Yalnız bu ihbarın bir özelliği vardır: Ancak bu ihbarladır ki rehin veren kişi elini rehnettiği nesneden çekmiş sayılır; böylece rehinli alacaklı da rehin konusu üstünde herkese karşı tek başına zilyetliği (zorunlu münhasır zilyetliği) kazanmış sayılabilir. Demek ki rehinde dolaysız zilyede ihbar gereği rehlin herkese karşı kurulabilmesinin onsuz olmaz koşuludur. Muahhar (zincirleme, art arda) rehne gelince: Burada zilyetliğin havalesinin önceki eski rehin hakkı sahibine "yazılı şekilde" yapılması gereği, muahhar (sonraki, art) rehlin kurulmasının onsuz olmaz koşulu sayılır. (MK 855) Demek ki tüm zilyetlik havalesinde aranan ihbar gereği muahhar rehinde özel bir ağırlık taşımaktadır.

* * *

Ne yazık ki m.s.t. sicili İsviçre'de amacına ve işlevine uygun olarak, alacaklıların başvuracakları ilk yer olan alıcının ikametgahındaki icra

daireleri tarafından tutulurken, bizde amacına ve işlevine yabancılaştırılmış ve kimsenin mülkiyet ilişkilerini araştırmak üzere kapısını çalmayacağı alıcının ikametgahındaki noterlerin denetimine alınmıştır.

Bu tutarsızlık yetmiyormuş gibi, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının geçerliliği, bir de, bu anlaşmaya noterlerce verilecek “resmiyete” (resmi şekle) bağlı kılınmıştır. (MK 688, Noterlik K. 89) Bu zaman alıcı ve pahalı formalite de mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını sevimsiz kılan yersiz bir formalitedir.

Bu koşullar altında, uygulamada mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının benimsenmemesi de doğal karşılanmalıdır. Taksitli alışverişlerde (zaten yasa gereği noterlikte gerçekleştirilen motorlu taşıt aracı satışları dışında) saklı tutulmuş mülkiyet aynı teminatına hemen hemen hiç başvurulmaz. Onun yerine, genelde kefalet kişisel teminatı, bir de, defî soyutluğu, dayanışmalı ciranta sorumluluğu ve ceza tehdidi sayesinde çok popüler kıymetli evrak (çek, bono) teminatı aranır.

Oysa çek ve bono ile borçlanma, en başta defî soyutluğu yüzünden taksitle mal satın almış alıcı için çok rizikolu olup, Batı’da tüketiciyi koruma yasalarında çoktan yasaklanmıştır.

Noterlerce tutulan mülkiyeti saklı tutma sicilinin sadece “olumsuz” bir gücü vardır. Yani bu sicile tescil yapılmaksızın mülkiyeti saklı tutma anlaşması hukuken geçerli biçimde oluşmuş sayılmaz. Bu açıdan mülkiyeti saklı tutma sicili tapu sicili gibidir. Satıcı saklı tutulmuş mülkiyet hakkını (olsa olsa alıcısına karşı ileri sürebilir) alıcıyı cebri icra yoluyla koğuşturmuş olan üçüncü kişilere (alıcının alacaklılarına) karşı ileri süremez. Bu açıdan yaptırım, MK 690’daki yaptırıma denk düşer! Göreceli mülkiyettir bu yaptırım! Demek ki mst. sicilinin olumsuz gücü de sınırlıdır!

Mülkiyeti saklı tutma siciline aktarılmamış olan bir mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının satıcıyla alıcı arasında bile etkisiz ve geçersiz kalacağı yolundaki dozu kaçmış baskın görüşün yanlışlığına bir kez daha dikkati çekelim.

Satıcının mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını mülkiyeti saklı tutma siciline kaydettirmedikçe, hakkını olsa olsa alıcısına karşı ileri sürebilir, üçüncü kişilere, yani alıcının alacaklılarına karşı ileri sürememesi (o-

olumsuz güç) yönünden tapu sicilini andıran mülkiyeti saklı tutma sicili tapu sicilinin olumlu gücüne ise asla sahip sayılmaz. Mülkiyeti saklı tutma sicilinin tapu siciline benzer olumsuz gücü vardır da olumlu gücü yoktur. Yani tescilin iyi niyetle aynı hak kazandırıcı bir etkisi söz konusu değildir. Sırf noterlikteki tescile güvenerek satıcıdan veya alıcıdan herhangi bir aynı hakkın kazanılabileceğini sanan iyi niyetli (saf) kişi düş kırıklığına uğramaya mahkumdur. Güven tasarruf yetkisine ilişkin olacaktır; yoksa sicile yönelik değil!

Sonra, böyle bir tescil bir başına iyi niyetle iktisabı da engellemez. Başka bir deyişle, sicildeki kaydın herkesçe bilindiği varsayılmaz. Demek ki mülkiyeti saklı tutma sicilinin tapu sicili ve ticaret sicili gibi “olumlu kamuya açıklığı” sağlama ve böylece üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını silip süpürücü bir açıklayıcı gücü de yoktur. Örneğin, alıcı, eline geçirdiği mülkiyeti saklı tutulmuş malı böyle bir şartın varlığından habersiz üçüncü kişiye devredecek olursa, üçüncü kişi bu mala kayıtsız koşulsuz malik olur. Hatta kiraya verenin, zilyetliğin varlığını gerektirmeyen hapis hakkı bile, saklı tutulmuş mülkiyet hakkının sicile geçirilmiş olduğu savıyla etkisiz bırakılamaz. (Türk ve İsviçre uygulaması böyledir)

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında satıcıya alıcısının uğradığı cebri icra takibinde sattığı malı takipten çekip alma (ayırma) ayrıcalığı sağlayan “tescilin”, taşınır eşyanın alıcıya devredilmesinden sonra da gerçekleştirilebilir gerçekleştirilemeyeceği ve eğer gerçekleştirilebilecekse en geç hangi ana kadar, bu arada iflas kararından sonra bile mi gerçekleştirilebileceği çekişmelidir. Tescilin olumsuz gücüyle ilgili bu tartışma bir türlü kesilmek bilmez.

Yalnız kullanılmış (ikinci elden) taşıt aracı alışverişinde İsviçre’de mülkiyeti saklı tutma siciline göz atmayan alıcı MK 3 kuralı anlamında “gerçek durumu bilməsi gereken kötü niyetli kişi” sayılır. (Bkz. BGE 113 II 397/400) Bizde de KY Trafik K. Mad. 85 kuralının taşıt aracı mülkiyetinin devrini noterlikteki işleme bağlaması yüzünden, m.s.t.’sinde kayıtlı bir aracın iyi niyetle iktisabı olanaklı olmaz.

Sırası gelmişken karşılaştıralım:

1. Tescilin hak kurucu (yaratıcı) etkisi:

a. Tapu sicilinin (tescilin) olumsuz gücü: Aynı hak kazanmayla ilgilidir. “Tescilsiz hak kazanılamaz” anlamına gelir. (MK 929/30) Kısmen M.s.t.s’nde de vardır!

b. Tapu sicilinin (tescilin) olumlu gücü : Tescile güvenilerek aynı hak kazanılır. (MK 931) Kısa bir formülle, tescil + iyi niyet aynı hak kazandırır. Msts'nde yoktur.

2. Tescilin salt açıklayıcı etkisi:

a. Tapu sicilinin ve ticaret sicilinin (tescilin) olumlu kamuya açıklık işlevi: Sicile kayıtlı olan herkesçe bilinir. (MK 928 son c. / Ticaret K. 39 I) M.s.t.s'nde yoktur.

b. Ticaret sicilinin (tescilin) olumsuz kamuya açıklık işlevi: Sicile kayıtlı olmayan bilinmez; iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez; onun bulunduğu özel olarak kanıtlanmalıdır. (Ticaret K. 39 II) Msts'nde söz konusu değildir!

Bu açıklamaların ışığında: Finansal Kiralama K. 8 II'de taşınmazların leasing'e verilmesinin tapu sicilinin beyanlar hanesine şerh edilmesine ve taşınmazların leasing'e verilmesinin de kiracının konutundaki noterlik özel siciline tescil edilmesine iyi niyetle iktisabı engelleyici (MK 928 c. 3 anlamında) olumlu kamuya açıklık ve ayrıca iyi niyetle iktisabı olanaklı kılıcı (MK 931 anlamında) bir olumlu güç bağlanması sistemin mantığına aykırıdır. Öyle anlaşılıyor ki leasing'e istim katabilmek için göze alınmıştır bu tutarsızlık!

* * *

Mülkiyeti saklı tutma anlaşması, taksitle satımın uzanmış bir koludur. Bu nedenle, taksitle satımın cazibesine kapılıp baştan çıkabilecek olan tüketiciyi koruyan özel kurallar, mülkiyeti saklı tutma anlaşması uyarınca malı devralmış olan alıcıyı da korur. Ne var ki bu kurallar eşya hukukundan çok, borçlar hukuku alanına girer; aslında eşya hukukunda yer alan bir yasal borç ilişkisi oluşturur.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına ilişkin MK m. 689 kuralında bir kez daha yinelenen BK m. 223 II kuralının çözümüne göre, alıcı, satıcıya karşı, satın ve teslim almış olduğu nesneyi geri verme yükümü dışında, bu nesnenin olağan kullanma karşılığını (münasip bir kira bedelini), eğer nesneyi olağanüstü biçimde hoyratça kullanarak "doğal anlamda kusurlu" biçimde yıpratmışsa, bir de yıpratma tazminatı ödeme yükümü altına girer. Bunun ötesinde bir tazminat ödeme yükü-

münü (diyelim, satıcının kazanç yoksunluğunu) üstlenmesi şöyle dursun, alıcının bütün bu ödemelerinin tutarı, hiçbir zaman, geri verilen nesnenin değeriyle bir arada (İsviçre Bk m. 226 i kuralında açıkça, Türk BK m. 223 kuralını tamamlayan MK m. 689 kuralında da üstü kapalı olarak belirtildiği gibi) satım sözleşmesinde kararlaştırılmış olan satış parasını aşamaz.

Alıcı, ne satılan nesneden elde etmeyi savsakladığı semerelerden ne de satılanı zilyetliğinde tutmuş olmasından ötürü satıcı için doğmuş zararlardan sorumlu değildir. Taksitle satım ve mülkiyeti saklı tutma anlaşması uyarınca mal alan alıcıya "bundan ziyade borç tahmil eden mukaveleler (bu arada özellikle evvelce ödenmiş taksitlerin yanmasını öngören kayıtlar) batıldır" (BK m. 223 III)

Karşılaştırıldığında görüleceği gibi, taksitle mal almış olan alıcının sorumluluğu, haksız zilyedin sorumluluğundan farklıdır. Şöyle ki iyi niyetli haksız zilyedinkinden ağırdır (kullanma karşılığında sorumluluk her halde vardır), kötü niyetli haksız zilyedinkinden hafiftir. (Zarardan kusursuz sorumluluk olmadığı gibi, elde edilmesi savsaklanmış semereden sorumluluk da yoktur.)

BK m. 223 kuralında alıcının dönme anına dek ödemiş bulunduğu taksitleri geri alma yolundaki doğal istemi öngörülmüş olduğu halde, onun ne faiz için ne de nesneye ilişkin masraflar için herhangi bir istemi anılmış değildir. Nesne için kullanma karşılığı ödeyen alıcının, parasının kullanma karşılığını oluşturan faizi isteyememesinin tutarsız kaçağına parmak basanlar, alıcıya faiz isteme hakkını verirler. Ayrıca, alıcının, giderlerden ötürü haksız zenginleşme kuralları uyarınca söz konusu olabilecek istem hakkını da saklı tutarlar. (tart.)

Yasanın bu himayesi çağın sosyal düşüncelerinin çok gerisindedir; yetersizdir. İsviçre'de bu alanda tüketiciden yana gerçekleştirilen, onu başta sıkı şekil koşulları, serbest geri alma hakkı ve borç erteleme olanağı olmak üzere, bir sürü önlemlerle koruyan reform 1963 yılının damgasını taşır. Bizde bu alanda şimdilik herhangi bir somut, ciddi adım atılmış değildir.

Ne yazık ki 1995 yılı Tüketiciyi Koruma Yasasında da tüketiciden yana dişe dokunur herhangi bir iyileştirme gerçekleştirilebilmiş değildir. Batıda müşteriye sağlanan borcunu erteleme ve serbest geri alma olanakları tanınmadığı gibi, müşterinin eşinin olurluğu sağlama gere-

giyle, savunmalarının her halde ve üçüncü kişilere karşı da saklı tutulmasıyla ve kendisine dayatılan feragatlerin geçersiz sayılmasıyla korunması da savsaklanmıştır. Bu arada, satıcının sırf bir taksit ödemedi diye sözleşmeden dönme hakkı da sınırlanmamıştır. Dağın doğurduğu fare şundan ibarettir: Satıcının yazılı ve ayrıntılı bilgi verme ödevi ve alıcının da taksitleri vadesinden önce ödeyip faiz yükünden kurtulma olanağı öngörülmüştür.

* * *

Msta borcun alıcı tarafından kapatıldığı anda işlevini tamamlamış olur; hükümden düşer. Ama msta eşya üstünde yasa gereği tam mülkiyet kazanıldığında da sona erer. Şöyle ki üçüncü kişi MK 901 kuralına dayanıp iyi niyeti sayesinde eşyanın mülkiyetini kazanırsa satıcının msta'sı da kadük olur. Öte yandan eşyanın mülkiyeti işleyip başkalaştırma veya birleştirip bütünleştirme yoluyla aslından (sıfırdan) işlem dışı kazanılırsa msta yine kadük olur. Buna karşı "uzatılmış msta kayıtlarıyla" (tagyir ya da birleşme klozlarıyla) ve yeni eşyanın işlemekten veya birleşmeden önce hükmen teslimiyle önlem almaya çalışan satıcıların bu çabaları genelde hukukçular tarafından boşa çıkarılır.

Uzatılmış msta'da (işleme ve birleşme kaydında) –eğer buna olanak tanınacaksa– yeni eşya üstünde mülkiyetin dolaysız biçimde değil de ancak dolaylı, aracılı biçimde kazanıldığı yaygın kanıdır. (Bkz. Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, s. 158 i.s.)

TEMİNATEN TEMLİK

Para kredisi (ödünç) alan kişinin krediyi veren kişiye bir güvence vermesi söz konusu olunca, ilk akla gelen, taşınmaz veya taşınır rehnidir. Ama herkesin elinin altında bir dizi taşınmazı yoktur ki rahatça ipotek edebilsin. Taşınır rehni ise sıkı teslim koşulu, açıkçası nesneyi elden çıkarma gereği dolayısıyla pek sevimli bir güvence sayılmaz. Eşyayı elinden çıkarmak zorunda kalan kişi o eşyadan yararlanamaz, o eşyadan para kazanamaz; üstelik onun eşyadan bu yoksunluğu herkesçe de kısa zamanda öğrenilir, bilinir. Herhangi bir gizliliği kalmaz bu teminat işleminin. Sonra teminat alan da eşyayı saklama külfetini yüklenmek istemeyebilir. İşte rehni bu elverişsiz koşulları yüzünden uygulamada bir başka yol seçilir: Ödünç alan kişi,

malını, karşısındakine güvenerek (inanarak) ve mal üstündeki mülkiyet hakkını gözden çıkararak temlik eder (amacı aşan özveri), ama buna karşılık malı "hükmen teslim" tekniğiyle elinde alıyolar. (Amacı sınırlayan avantaj) Böylece hem teminat konusu eşyadan yararlanmayı sürdürür, hem de çevreye karşı kredi ve teminat olgusunu gizlemiş olur. Üstelik buradaki gizlilik msta'daki gibi özel bir sicile tescil yüzünden de gölgelenmez. Teminat alan da teminat konusu eşyayı muhafaza külfetinden kurtulur.

Teminaten temlik konusunda bk. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Heidelberg, 1963; Blass, Die Sicherungsbereignung nach schweizerischem Recht, Arau, 1953.

* * *

Genelde:

Hükmen teslimin dayanağı olarak salt teminat anlaşması yeterli bulunur. Mutlaka ariyet veya vedia gibi somut bir hukuki temel ilişki aranmaz. (Bkz. Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, s.144)

Üstelik, ileride mülk edinilecek malların önceden devrine (öncelenmiş hükmen teslim) de göz yumulur. Yeter ki teminata konu olan eşya az çok çerçeveselenebilir, belirlenebilir olsun. (Bkz. Gerhardt, Mobiliarsachenrecht, s. 147)

Teminaten temlik yasaca düzenlenmemiş atipik bir inançlı işleme dayanır. Yarattığı inançlı teminat mülkiyeti aynı haklara egemen tip sınırlılığı ilkesine ters düşer. Ama pratik gereksinimler, tıpkı "beklenen aynı hak" gibi, bu kavramı da öğretiyeye ve uygulamaya kabul ettirmiştir.

Eğer Türk uygulaması gerçekçi bir değerlendirmeye, MK 690 kuralını ancak somut bir dolanma kastının kanıtlanması halinde uygulanabilecek ayrık bir kurala indirgeyebilirse, hükmen teslimli tem. tem.'in Batıdakine benzer bir uygulama yaygınlığı kazanacağı kuşkusuzdur. Çünkü teslim koşullu taşınır rehni ne teminat verenin ne de teminat alanın çıkarları açısından çağdaş sayılamaz artık. Ne teminat veren malını elinden çıkarmak ister; ne de teminat alan bu malı saklayıp koruma külfetine katlanmak ister.

* * *

Teminaten temlikin temelini oluşturan inançlı işlemin içeriği şudur: Krediyi veren alacaklı para geri ödenmezse malı serbestçe paraya çevirip alacağını aşan fazlayı iade edecek, para geri ödenirse malın kendisini iade edecektir.

Dikkat edilsin ki böyle bir inançlı teminaten temlik MK 863 kuralının ünlü "lex commissoria" yasağı ile çatışmaz. Çünkü burada çerçevesi çizilen teminaten temlikte de, inançlı sözleşme gereği, alacak üstü "fazla" (artık) teminatı verene iade edilecektir. Yok eğer kredi borcunun kapatılmaması durumunda malın tümünün yanması öngörülmüşse, bu "yanma kaydı" (lex commissoria), ya MK 863 kuralının örnek-seme yoluyla uygulanması ya da BK 20 kuralının doğrudan uygulanması suretiyle geçersiz sayılacaktır. Borç ödenmediğinde (kredi borcu kapatılmadığında) hem mala hem de fazlaya sahip çıkmak olmaz!

* * *

Dikkatli bir okuyucu, mülkiyeti saklı tutma anlaşması ile hükmen teslimli teminaten temlik arasındaki hukuksal ayrımı ilk bakışta seçecektir: Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında mülkiyet sırf şeklen ve teminaten saklı tutulurken, hükmen teslimli teminaten temlikte mülkiyet sırf şeklen ve teminaten devredilmektedir.

Görünüşteki tüm avantajlarına karşın, "hükmen teslimli teminaten temlikin" sakıncaları da gözardı edilemez. Bir kere borçluya kredi verecek olan yabancı kişiler için sakıncalıdır bu "kamufraj", bu "şike"! Çünkü bu kişiler borçlunun elinin altında gördükleri, oysa aslında ona ait olmayan (onun teminaten temlik etmiş bulunduğu) otolara, teknelere ve mücevherlere kapılabilirler, aldanabilirler. Aslında mevcut olmayan varlık ve kredibilite varmış gibi gösterilebilir. Ortada, kredi alanı "teşhir" edecek "mülkiyeti saklı tutma sicili"ne benzer bir özel sicil de yoktur ki. İşlem tam bir gizlilik örtüsü altında kalmaktadır. Ama eşyayı teminaten "temellük" etmiş alacaklı için de sakıncalıdır bu işlem. Teminat konusu mal onun eline geçmeyip borçlunun elinde kaldığı için, malın her an için iyi niyetle iktisap kuralları çerçevesinde bir üçüncü kişi tarafından mülk edinilmesi rizikosu vardır. Hatta dikkat edilirse, bizzat borçlu için bile sakıncalıdır hükmen teslimli teminaten

temlik işlemi. Çünkü o, taşınır rehbinden farklı olarak, teminat diye gösterdiği eşyayı elden çıkarma zorunluluğunun beraberinde gelen aların zillerinin uyarısını alamamaktadır.

İlginçtir; Almanya'da bizdeki MK 690 benzeri bir kural bulunmadığından hükmen teslimli teminaten temlikle "ahlaka aykırılık butlanı" eliyle mücadele edilir. (Bkz. Gerhardt, Mobilarsachenrecht, s. 147)

Tüm bu sakıncalarına karşın, kredi borçlusunun malı elinde tutup ondan yararlanma ve özellikle ondan para kazanma olanaklarını sağlaması açısından, hükmen teslimli teminaten temlik günümüz ticari yaşamının kendisinden vazgeçilmez bir teminat işlemidir. O kadar ki Almanya'da hani neredeyse teminat işlemlerinin yüzde sekseni bu yoldan yapılmaktadır. Orada örf ve adet hukuku katında yerleşmiş "qraeterlegem" (yasa ötesi) bir uygulamadan söz edilmektedir.

Salt sakıncaları yüzünden bu uygulamaya karşı çıkmak doğru değildir. Unutulmasın ki hukukumuzda zilyetlik eylemli biçimde devredilmeksizin, kamuya açıklık ilkesine ters düşecek biçimde kurulabilecek bir dizi teminat vardır: Taşınmaz rehni gibi. Sonra menkul ipoteği ve bu arada mülkiyeti saklı tutma anlaşması gibi. Tüm bu teminatlarda da eşyaya zilyet olan kişi aslında kayıtsız koşulsuz, sınırsız, bir malik değildir. Gelgelelim, hükmen teslimli teminaten temlike kapıları açık tutarken, "istismara" karşı kapıları sınırsız kapalı tutmaya ve özellikle "öncelenmiş" hükmen teslimli teminaten temliklerde belirlilik (özellik) ilkesinin çiğnetilmemesine özel bir özen gösterilmelidir.

Ne yazık ki, hukukumuzda, MK 690 kuralı bu "teslimsiz temlik" yolunu alacaklı için cazip bir yol olmaktan çıkarmış gözükmektedir. Çünkü bu kurala göre, salt hükmen teslim yoluyla teminaten temlikte, mülkiyetin el değiştirmesi üçüncü kişilere (temlik edenin öteki alacaklılarına) karşı hukuki sonuç doğurmayabilir. Tıpkı tescil edilmeyen mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının üçüncü kişilere (alıcının alacaklılarına) karşı etkili sayılmayışı gibi.

Aynı teminat verirken kamuyu şaşırtmanın özgün yaptırımı "nispi mülkiyet" yaptırımıdır. Bu açıdan, MK 688-690 ikilisi birbirinden ayrı düşünülemez bir ikili oluşturur.

Aslında (evvelce de belirtildiği gibi), MK 688-690 ikilisine bir de do-

laysız zilyede bildirilmeyen (ihbar edilmeyen) zilyetlik havalesinin ona karşı ileri sürülememesini öngören MK 892 II kuralını da eklemiştir. Demek ki kamuya açıklığın gerekleri yerine getirilmeyince, mülkiyet de ancak göreceli olarak el değiştirebilmektedir.

Şu ince ayrımla ki yine evvelce vurgulandığı gibi, MK 688-690 ikilisinde mülkiyet sadece iki kişi arasında el değiştirir; tüm üçüncü kişilere karşı el değiştirmiş sayılmaz. Çünkü buradaki kamuya açıklık ihlalinde tüm üçüncü kişilerin, aslında teminatı verenin tüm alacaklılarının çıkarları söz konusudur. Oysa MK 892 II'de mülkiyet herkese karşı el değiştirirken, yalnız dolaysız zilyede karşı el değiştirmiş sayılmaz. Çünkü bu kuralla yalnız dolaysız zilyedin çıkarı korunur.

Görülüyor ki menfaatler durumundaki ayırım nispi mülkiyet yaptırımının boyutlarını da değiştirmiştir.

Teminatı devralan alacaklı sadece teminatı devreden borçluya karşı mülkiyeti kazanır. Ama üçüncü kişilere, daha doğrusu dolaysız zilyedin kredi alacaklılarına karşı bu mülkiyet hakkını ileri süremez. Göreceli bir mülkiyettir bu. İşte MK 690 kuralının teminat arayan alacaklı açısından yarattığı bu elverişsiz hukuki konum yüzündendir ki inançlı teminatın temlik İsviçre'de ve Türkiye'de, Almanya'da karşılaştığı yakın ve yoğun ilgiyi bulamamıştır. Yalnız şu var: MK 690 kuralında mülkiyetin göreceliği MK 853 kuralını dolanma kastının kanıtlanmasına bağlı sayılır. Kast kanıtını getirmekse genelde zordur.

Dolanma kastının kanıtını getirmenin zorluğu ya da kolaylığı yargıcın temtem'e bakış açısına göre değişecektir. Bu teminat türüne anlayışla ve sıcak bakan bir yargıcın bu kanıtın ortaya konmasında titizlik göstereceği ve MK 690 kuralının nispi mülkiyet yaptırımını kolay kolay devreye sokmayacağı kuşkusuzdur.

Kimi yazarlara göre, MK 690 kuralının "nispi mülkiyet" (propiété relative) yaptırımını pek de tutarlı sayılamaz. Eğer alacaklılara zarar verme kastı kanıtlanabilirse, o zaman BK 20 kuralı gereği zaten herkes için (ve bu arada taraflar için de) tam hükümsüzlük söz konusu olmalıydı. Yok eğer bu kast kanıtlanamazsa, kamuya açıklık ilkesi her fırsatta delindiğine göre, burada da tam geçerlilik varsayılmalıydı. (Bkz. Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s. 556)

Evvelce de belirtildiği gibi, MK 690 kuralının bu yadırgatıcı "göreceli mülkiyet" yaptırımının özünde şu düşünce gizlidir: Bizim hukuk sis-

temimizde, güvence veren borçlunun güvence olarak gösterdiği taşınır eşyayı elinden çıkarması ("tevdî" etmesi) şarttır. Göstermelik bir "hükmen" (sözüm ona) teslimle rehin kurulamaz. (MK 853) Böylelikle, borçluya kredi verecek olan kişiler yararına saydamlık yaratılmış, adeta bir olumsuz kamuya açıklık sağlanmış olur. Borçlu, güvence diye gözden çıkardığı malı elinde tutup çevreye bu mal sanki kendisinin gibi poz atamamalıdır. Kamuya açıklığın olumsuz yanı işte bu özelliğindedir. Güvence konusu mal elde gözükmemelidir; elde tutulmamalıdır; mutlaka elden çıkarılmalıdır. (Ya tescil ya tevdî! Yoksa eksik etki!)

Yalnız genelde gözden kaçan bir noktaya dikkat edilmelidir. MK 690 kuralı aslında gözde büyütülecek bir kural, açıkçası, gözde büyütülecek bir hükmen teslimli teminatın temlik engeli ve yasağı sayılamaz. Şöyle ki bir kere bu kuralın göreceli (nispi) mülkiyet yaptırımını olumsuz bir kastın varlığının kanıtlanmasına ve bu konuda yargıcın takdirine bağlıdır. İkincisi, bu yaptırım, amacıyla sınırlı olarak, ancak hükmen teslimli teminatın temlikte bulunan dolaysız zilyedin kredi alacaklılarının takip çıkarını korur; yoksa dolaysız zilyetten kötü niyetle eşyayı devralanların bile mülkiyeti iktisap ettikleri yolundaki iddialarını değil. (MK 690 amaca uygun bir sınırlamayla böyle anlaşılır ve uygulanır.)

Mülkiyetin sadece "icra takibinin mağduru alacaklılara karşı" intikal etmiş sayılamayacağında duraksanmamalıdır. Nitekim tüm yazarlar bunu vurgular. (Bkz. örneğin, Wieland ZGB 717 N 4 b ve c)

Özetle, MK 690 kuralı, ister daraltıcı yorum ister amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) deyiniz, salt malı elinde alıkoymuş devreden alacaklılarının korunmaya değer takip çıkarlarını koruma amacına özgülünmüş sayılmalıdır.

Eğer kural bu amaçla sınırlanmazsa Batı'da ciddi ihtiyaçları karşılayan hükmen teslimli teminatın temlik bizde kolay kolay yaşama geçirilemez.

Örneğin sanayici A, B bankasına hükmen teslimli tem. tem. ile devrettiği eşyayı sonradan Ü'ye devrederse Ü MK 690'a dayanarak mülkiyeti iyi niyetine bakılmaksızın malikinden kazanmış sayılamaz; Ü

ancak A'ya kredi vermiş olduğu durumdadır ki cebri icra takibinde sanki A malik kalmışçasına aslında bankaya ait mala el atabilir. (Bkz. Steinauer, Les droits réels II N 2026 a/b; Schwander, Basler Kurzkomentar zu ZGB 717 N 2-5)

Öte yandan, kuralı geniş bir çerçeveye oturtup rehlin teslim koşulunu aşma kastıyla alacaklıları ızzar kastını her durumda varsayan anlayış gerçekçi sayılamaz. Söz konusu dolanma ve ızzar kastını objektifleştirmek ve karine düzeyine çıkarmak doğru değildir; böyle bir kast somut olarak kanıtlanmalıdır. (Bkz. Schwander, Basler Kurzkomentar zu ZGB 717 N 4)

Dahası var: Kuralın yaptırımına ilişkin esnek yaklaşım kuralın gereklerine ilişkin başka bir esnek yaklaşımla pekiştirilmelidir.

Gerçi kuralın ilk biçiminde sadece alacaklıları ızzar kastı vardı. "Rehlin sıkı teslim koşulunu dolanma kastı" ise sonradan almasıyla bir kast olarak yasaya ayrıca özel olarak eklendi. (Bkz. Wieland, ZGB 717 N 1) Bununla, besbelli, kuralın ve yaptırımın işlerliğini genişletme amaçlanmıştı.

Ama tarihsel yasa koyucunun öznel istenci bağlamaz bizi. Evvelce nasıl eski KY Trafik K. mad 50'nin olağan kusur sorumluluğunu ihtiyaçlara uygun bir kusursuz sorumluluğa dönüştürmek için araç sahibinin sorumluluktan kurtulma koşullarını "veya" sözcüğünü "ve" diye okuyup ağırlaştırmışsak, şimdi burada da mülkiyetin göreceliği (nispiliği) yaptırımı için, hem teslim koşulunu dolanma kastını hem de alacaklıların korunmaya değer takip çıkarlarını dolanma kastını birlikte arayıp şart koşturmak, daha doğrusu kuraldaki öznel öğeyi "teslim koşulunu dolanmak suretiyle alacaklıları ızzar kastına" indirgemek yerinde olacaktır. Ancak bu ikili "teleolojik redüksiyon" yoluyla da hükmen teslimli temtem güncel pratik gereksinimlere yanıt verebilir.

Teminat hukukumuzda geçerli olan ve MK 853/857/690 ve 688 kurallarında billurlaşan sıkı "kamuya açıklık" rejimine biraz daha yakından eğilelim:

Borçlunun elinde herhangi bir eşya gören kişiler, bu eşyanın gerçekten de borçluya ait olduğunu sanabilirler. İşte bu sanı baştan engellenmelidir ki borçluya, elinin altındaki mallara kapılarak ek krediler verilmesin. Gerek re-

hinde, gerek teminaten temlikte eşyayı elden çıkarma zorunluluğu işte bu düşünceye dayanır. Eğer teminatı veren borçlu çevrede sakıncalı izlenimler yaratacak bir şaşurtmacayla aslında güvence diye elden çıkardığı eşyayı herhangi bir bahaneyle zilyetliğinde alıkoyarsa, rehin rehin olmaz; teminaten temlik de eksik bir temlik olur. Teminaten temlikin eksikliği kendisini şurada gösterir ki temlik edilmiş eşya artık temlikte bulunmuş borçlunun mülkiyetinde olmadığı halde, elinde tuttuğu eşyayla poz atan borçluya güvenerek ona kredi açan üçüncü kişilere karşı hala borçlunun mülkiyetinde sayılır; yani onların cebri icra takibine konu olur. Başka bir anlatımla: Eşyanın mülkiyetini teminaten devralmış olan kişi, bu eşya üstündeki mülkiyetini borçlusunun başka alacaklılarına karşı ileri süremez; olsa olsa borçlusuna karşı ileri sürebilir; bu nedenle de eşyayı, koğuşturulduğunda, istihkak iddiasıyla icra takibinden çekip çıkaramaz, kurtaramaz.

Özetle, hükmen teslimli teminaten temlikte göreceli mülkiyeti varsayan MK 690 kuralı hükmen teslimli taşınır rehnini yok sayan MK 853 sor. cümle kuralının mantıksal, doğal uzantısıdır. MK 853 son c. (ayrıca bk. MK 857) ile MK 690 kurallarını her zaman bir arada okumak gerekir.

Şu da var: MK 690 kuralı sadece MK 853 kuralıyla değil, aynı zamanda MK 688 I kuralıyla, yani mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının "tescili" koşuluyla da bağlantılıdır. Gerçekten de teminat hukukunun bu üç önemli kuralının herbirinin düşünsel temeli, olumsuz veya olumlu yönden kamuya açıklığı (saydamlığı) sağlama amacının harcıyla yoğrulmuştur. Bu amaçsa, kredi ve aynı teminat hukukunda özel bir ağırlık taşır. Teminat konusu eşya ya tevdi edilecektir, elden çıkarılacaktır (olumsuz kamuya açıklık sağlanacaktır) ya da tescil ve teşhir edilecektir (olumlu kamuya açıklık sağlanacaktır). Taşınırın rehnedilmesinde ve teminaten temlik edilmesinde olumsuz kamuya açıklık, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında ve teslimsiz (sicilli) rehinde olumlu kamuya açıklık zorunluluğun anlamı budur işte.

Mantıksal temelleri böylesine özdeş olan kuralların öngördükleri yaptırımlar da özdeş sayılmalıdır.

Toparlayıcı bir şema çıkaralım :

Teminat hukukunda kamuya açıklık

MK 853 (857)	MK 690	MK 688 + Teslimsiz (sicilli) rehinler
Olumsuz kamuya açıklık: Mal sahibi olarak gözükmeyeceksin; malı elden çıkaracaksın		Olumlu kamuya açıklık: Mal sahibi olmadığımı göstereceksin; ilişkiyi tescil edeceksin.

Not: Burada ele alınan olumsuz kamuya açıklık, tescil edilmeyenin bilinmediği varsayımı (Ticaret K. 39 II) ile, burada ele alınan olumlu kamuya açıklık da tescil edilenin bilindiği varsayımı (Ticaret K. 39 I/MK 928) ile karıştırılmamalıdır. Bu varsayımlar tescilin açıklayıcı etkisi bağlamındaki olumsuz ve olumlu kamuya açıklık işleviyle ilgilidir; yoksa buradaki gibi gözükmemeye ve gösterme zorunluluğu anlamında değil!

Teminaten temlik denince akla sadece hükmen teslimli teminaten temlik gelmemelidir. Teminaten temlik pekala eylemli (fiili) teslimle de olabilir. O zaman, geride anılan tüm sakıncalar da ortadan kalkmış olur. Borçlu özverisinin ayırdına varır; alacaklı eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere kaptırılması riskinden kurtulur; borçluya kredi verecek üçüncü kişiler de şaşırılmaz. Nitekim MK 690'un göreceli mülkiyet yaptırımı devre dışı kalır böyle bir olasılıkta.

* * *

Borçlunun temtem “inançlı işlemin”deki güveni ikili bir güvendir. O, alacaklıyla arasındaki anlaşmaya uygun olarak, alacaklısının taşınır eşyayı, para ödendiğinde kendisine geri vereceğine, para ödenmediğinde de bizzat değerlendirip fazla parayı geri ödeyeceğine inanıp güvenir. (Dikkat: Bizzat değerlendirme yetkisi “lex commissoria” yasağının kapsamına girmez) Alacaklının fazla paranın üstüne yatması (ödemeyen benim olsun demesi) ise yasak sayılır. Taşınır rehnindeki lex commissoria yasağının (MK 863 kuralının) kıyasen uygulanmasının bir sonucudur bu. (Bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hukuku’nda Serozan, s. 358; Helvacı, Lex commissoria, s. 121 i.s.)

Eklemeli ki taşınır rehnine ilişkin MK 863 kuralının “lex commissoria” (yanma kaydı) yasağını örnekseme yoluyla uygulamaktan kaçınanlar, BK 20 kuralının ahlaka aykırılık butlanını yedekte tutarak aynı sonuca ulaşırlar.

Yalnız, geri alma (vefa) veya dönme hakkı saklı tutularak gözü kapalı (çekincesiz)

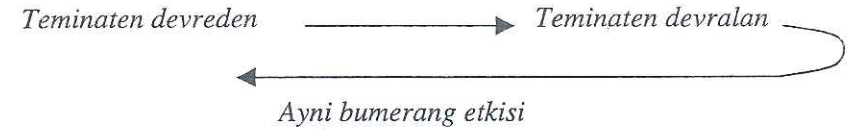
tam temlikte, borçlu, verdiği ödünün, katlandığı özverinin boyutlarının bilincine varmış sayıldığından, MK 863 kuralının “lex commissoria” yasağının kıyasen uygulanamayacağı genelde kabul edilir. Kuşkuyla değerlendirilmelidir bu görüş!

Borçlunun teminaten temlikte bulunup kendisine mülkiyet kazandıran alacaklısına beslediği güvenin boşa çıkarılması ve eşyanın mülkiyetinin borç kapatıldığı halde iade edilmemesi riskine karşı borçlunun korunması iki yoldan olabilir:

Akla gelen ilk yol, (BK 150 III çerçevesinde), mülkiyeti geçiren aynı tasarruf sözleşmesinin paranın geri ödenmesi bozucu şartına bağlanmasıdır. Böylece mülkiyet de para geri ödendiğinde kendiliğinden borçluya geri dönmüş sayılır. Tedbirli bir borçlu böylesine bir “bumerang otomatizmini” mutlaka öngörür. Hatta öğretilerde yeni eğilimler, böyle bir bozucu şartın teminaten temlikte bulunan borçlu yararına her zaman “zımen” öngörülmüş olduğunu varsayarlar. Yalnız kredi verip teminat alan deneyimli bankalar bu bumerang otomatizmini, tersine açık sözleşme kayıtlarıyla devre dışı bırakmayı hiç savaştırmazlar.

Zaten teminaten temlik denince akla hep BK 150 III bağlamında bozucu şarta bağlı teminaten temlik gelir. Geciktirici şarta bağlı teminaten temlike hiç rastlanmaz; bozucu şarta bağlanmamış teminaten temlikle ise pek ender karşılaşılır.

Bir şemada gösterelim:

Bozucu şarta bağlı teminaten temlik:

Önemle vurgulamalı: Bozucu şarta bağlı teminaten temlik varsayımı ve buna bağlı bumerang otomatizmi salt “fiilen teslimli” teminaten temlikte değil, aynı zamanda “hükmen teslimli” teminaten temlikte de benimsenir. Her ne kadar bozucu şart varsayımı ve bumerang otomatizmi dolaysız zilyetliğin korunduğu hükmen teslimli teminaten temlikte, dolaysız zilyetliğin yitirildiği fiilen teslimli teminaten temlikte taşıdığı pratik önemi ve ağırlığı taşımazsa da, yine de hükmen teslimle teminaten temlikte bulunan kişiye, yabana atılmayacak yararlar sağlar. Şöyle ki temlik edenin mülküne yeniden kavuşabilmesi için temellük edenin iradesine (ya da böyle bir iradeyi varsaymaya) gerek kalmaz. Böylece iade süreci yalınlaştırılmış olur. (Taşınır eşya mülkiyetinin transferinin bozucu şarta bağlanarak bir aynı bumerang etkisine

konu yapılabilmesine ilişkin olarak kamuya açıklık ve tip sıklığı ilkeleri açısından duyulan tereddütler ve bunların aşılması üstüne bk. Serozan, Çağa'ya Armağan)

Kredi borcunun tümüyle kapatılması bozucu şartına bağlanmış olan teminaten temlikte, kredi borçlusu yararına sapasağlam bir "aynı beklenen hak" oluşacaktır. Teminaten temlikte bulunmuş olan kredi borçlusu, kredi borcunu kapattıkça, onun kendi malına yeniden kavuşma şansı da gitgide ısınacak; onun kum saati dolmaya başlayacaktır. Mülkiyeti yeniden kazanma olanağının yaşama geçirilmesi salt onun elindedir artık. Öte yandan, BK 150 III kuralının temlik eden yararına tasarruf himayesi de tamdır. Malı teminaten devralmış olan kredi alacaklısının mal üzerindeki anlaşmaya (şarta) aykırı ara-tasarrufları bu kural gereğince geçersiz sayılacaktır.

Eklemeli ki bozucu şarta bağlı hükmen teslimli tem. tem.'de gerçi teminaten mülkiyeti kazanmış olan dolaylı zilyet, zilyetliğin havalesi yoluyla malının mülkiyetini başkasına devredebilir. Ama teminatı veren dolaysız zilyet, üçüncü kişi iyi niyetli bile olsa, onun malın kendisine verilmesi yolundaki istemini MK 892 III kuralı eliyle savuşturabilir. Bilindiği gibi, bu kurala göre, dolaysız zilyet, zilyetliği havale edene karşı ileri sürebileceği sınırlı ve beklenen aynı hak savunmalarını zilyetlik kendisine havale edilen kişiye karşı da ileri sürebilir. Borcunu kapatana dek bu "halefiyet himayesinden" yararlanan dolaysız zilyet, borcunu kapattığında eski mülkiyetine yeniden kavuşur; bu anda üçüncü kişi de ara tasarrufla kazandığı mülkiyeti yitirir. BK 150 III kuralının ünlü tasarruf himayesi budur işte. Durum aynen geciktirici şarta bağlı msta'daki gibidir.

Yalnız bu noktada bir ayırım gözetilmelidir. BK 150 III kuralının bu tasarruf ve halefiyet koruması salt hükmen teslimli tem. tem.'de güçlüdür de (MK 901'in iyi niyetle iktisap rizikosu yoktur), fiilen teslimli tem. tem.'de zayıftır. Ne de olsa, burada MK 901'in iyi niyetle iktisap rizikosu vardır; çünkü eşya teminatı alanın elindedir.

Dikkat: MK 901'in iyi niyetle iktisap rizikosu aynı beklenen hakkın varlığını yadsımaya yol açmaz. Tıpkı bu rizikonun tam aynı hakkın varlığını gölgelemeye yetmeyişi gibi.

İade istemi, bozucu şart, aynı beklenen hak ve bumerang otomatığı ile güçlendirilmedikçe, ister istemez, salt sıradan bir kişisel iade alacaklı-

sı sayılacak olan kredi borçlusunun kendisine temtem'de bulunduğu alacaklısına güvenini koruyacak ikinci bir yol ise şudur: Borçluya, alacaklısının iflasında, BK 393 III kuralı örnek alınarak "kıyas yoluyla", fiilen teslim ile teminaten temlik etmiş olduğu eşyayı alacaklısının iflas masasından çekip alma (çıkartıp ayırma) ayrıcalığı tanınabilir.

* * *

İster "hükmen", ister "fiilen" teslimli yapılsın, teminaten temlik, aynı haklara egemen tip sınırlılığı ve kamuya açıklık ilkelerine koyu gölgeler düşürmesine karşın, kuramda ve uygulamada kendisini tüm ayrırlığıyla kabul ettirmeye hazır gözükmektedir.

ÖZET

Şarta bağlı atipik mülkiyet devirleri denince, akla geciktirici veya bozucu şarta bağlı msta ile bozucu şarta bağlı tem. tem. gelir. Bunlarda aynı tasarruf işlemi şarta bağlanır.

Geciktirici şarta bağlı msta'da satıcı "ancak satış parasını ödediğinde mal senin olsun" der.

Bozucu şarta bağlı msta'da ise satıcı "satış parasını ödemediğinde şimdi senin olan mal bana geri dönsün" der.

Bozucu şarta bağlı tem. tem.'e gelince: Bu işlemde devreden "borcumu ödediğimde malım bana geri dönsün" der.

Geciktirici şartlı msta'da alıcı BK 150 III ve MK 892 III korumasında beklenen aynı hak kazanır. Bozucu şartlı msta'da ise satıcının böyle bir beklenen aynı hakkı söz konusu olmaz. Çünkü mala yeniden kavuşabilmesi kendi elinde olmayıp alıcının elindedir. Para eden korumalı bir beklenen hak değil, korumasız basit bir iktisap şansıdır bu; para etmez!

Hükmen teslimli bozucu şartlı tem. tem.'de ise malına yeniden kavuşabilmesi sırf kendi istencine bağlı olan devredenin, tıpkı gec. şartlı msta'da alıcının gibi, BK 150 III ve MK 892 III korumasında gerçek bir beklenen aynı hakkı vardır.

Msta ve tem. tem. teslimsiz teminatlardır. Bu bakımdan borçlunun e-

linde gördüğü mala güvenip ona kredi verenler açısından sakıncalı teminatlardır. Bu sakıncayı msta'da MK 688'in tescil gereği, tem. tem.'de de MK 690'ın nispi mülkiyet yaptırımını hiç değilse kısmen giderir.

Ne var ki teslim ve tescil gereğine aşırı anlamlar yüklemek ve nispi mülkiyet yaptırımına amacı aşan boyutlar kazandırmak bundan da sakıncalı bir tutum olur. Böyle bir tutum çok önemli işlevleri olan bu aynı teminatlara hiçbir uygulama şansı tanımaz.