

T. C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

KONUT FİNANSMANI SİSTEMİ ÇERÇEVESİNDE
İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMETLER

AYÇA AKKAYAN YILDIRIM

2502020146

Tez Danışmanı

Prof. Dr. HALUK BURCUOĞLU

İstanbul 2008

Konut Finansmanı Sistemi Çerçevesinde İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler

Ayça Akkayan Yıldırım

ÖZ

İpotek teminatlı menkul kıymetler, 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun çerçevesinde belirlenmiş kredi kuruluşları ve ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen borçlanma senetleridir. Bu borçlanma senetleri ihraççının genel yükümlülüğü niteliğinde olup, ihraççının bilançosunda yer alan varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilmektedir. Sermaye Piyasası Kanunu md. 13/A hükmü uyarınca teminat havuzunu oluşturacak olan varlıklar, konut finansmanı alacakları, “konut” olarak kullanıma tahsis edilmiş olanlar dışındaki taşınmazlar üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmış alacaklar, türev sözleşmelerden kaynaklanan haklar ve ikame varlıklardır. İpotek teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, teminat havuzundaki varlıklar teminat amacı dışında tasarruf işlemlerine konu edilemez, rehnedilemez, haczedilemez ve iflas masasına dahil edilemez. İhraççının, ipotek teminatlı menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediği ya da yerine getirememe riskinin varolduğu hallerde; Sermaye Piyasası Kanunu’nun ilgili düzenlemeleri uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu, ihraççının ihraç iznini iptal ederek teminat havuzunun yönetimi için idareci atamaya ya da sair tedbirler almaya yetkilidir.

Mortgage Covered Bonds Within the Framework of Housing Finance System

Ayça Akkayan Yıldırım

ABSTRACT

Mortgage covered bonds are bonds issued by credit institutions and mortgage finance corporations as regulated in the Law Number 5582 Amending The Laws Related To Housing Finance System. These bonds are general obligations of the issuer and covered by assets that remain on the balance sheet of the issuer. According to the Article 13/A of Capital Markets Law, the eligible assets to constitute the covered pool are housing finance receivables, receivables secured by mortgages on real estate other than residential estate, rights arising from derivative contracts and substitute assets. The assets in the cover pool can not be used for any other purposes other than securing the mortgage covered bonds, can not be pledged, can not be distrained and can not be included in the bankruptcy process, until the mortgage covered bonds are redeemed. In case that an issuer fails to meet its obligations or there is such a risk, the Capital Markets Board is authorized either to cancel the licence of the issuer and appoint a manager to manage the cover pool or to take other preventive measures, according to the related regulations of the Capital Markets Law.

ÖNSÖZ

“İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler”, hukukumuzda, 06.03.2007 tarih ve 26454 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5582 sayılı Kanun ile başta Sermaye Piyasası Kanunu olmak üzere, çeşitli kanunlarda yapılan değişiklik ve yenilikler çerçevesinde düzenlenmiştir. İpotek teminatlı menkul kıymetlere ilişkin mevzuattan kaynaklanan belirsizlikler ve bu borçlanma senetlerinin henüz uygulamaya yansıtılamamış olması, konunun incelenmesinde birtakım zorlukları da beraberinde getirmiştir. Çalışmanın şekillenmesi ve zorlukların üstesinden gelinmesi aşamalarında, desteklerini hissederek güç aldığım herkese, burada şükranlarımı sunmak isterim.

Danışmanlığımı üstlenme lütfunda bulunarak, çalışmama farklı açılardan önemli katkılar sağlayan ve her tür zorluk karşısındaki destekleyici tutumuyla güven kaynağı olan Sayın Hocam Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu’na karşı şükran hislerim sonsuzdur.

Çalışmanın hazırlanması esnasında, yapıcı tutumu ile değerli katkılarda bulunmuş olan Sayın Hocam Prof. Dr. Tufan Ögüz’e de şükranlarımı sunmak isterim.

Yol gösterici fikirlerini paylaşarak, yardımlarını esirgemeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Aydın Gülan’a da şükran borçluyum. Sayın Hocalarım, Doç. Dr. Haluk N. Nomer ile Doç. Dr. Suat Sarı’ya, sağladıkları koşulsuz destek ve tüm yardımları için müteşekkirim.

Hamburg’daki Max-Planck Enstitüsü’nün sağladığı burslarla, 2005 ve 2007 yıllarında, adı geçen enstitüde yürütülen çalışmalar, tezin hazırlanmasına büyük katkı sağlamıştır. Max-Planck Enstitüsü’ne başvurmam esnasında desteğini esirgemeyen, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Müdürü Sayın Hocam Prof. Dr. Hasan Erman’a ve bana çalışma olanağı sağlayan Max-Planck Enstitüsü yetkililerine, bu vesile ile teşekkürlerimi sunarım.

Alman Rehinli Tahvil Bankaları Birliği Direktörlerinden Dr. Otmar Stöcker'e de,
tüm destek ve yardımları için içtenlikle teşekkür ederim.

Ayça Akkayan Yıldırım

İÇİNDEKİLER

ÖZ	I
ABSTRACT	II
ÖNSÖZ	III
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR LİSTESİ.....	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

FINANSMAN SAĞLAMA ARACI OLARAK

TEMİNATLI BORÇLANMA SENETLERİNE

GENEL BAKIŞ

I. Menkul Kıymet İhracına Dayalı Finansman	6
A. Finansman Sağlama İhtiyacı	6
B. Kavram	7
C. Finansman Sağlama Amacıyla İhraç Edilen Menkul Kıymet Türleri	9
II. Teminatlı Borçlanma Senetleri	12
A. Terim	12
B. Kavram	14
C. Teminatlı Borçlanma Senetlerinin Özelliği	15
D. Teminatlı Borçlanma Senetlerinin Türleri	18
E. Teminatlı Borçlanma Senetlerinin Tarihi Gelişimi	21
1. Avrupa’da	21
2. Türkiye’de	25
F. Teminatlı Borçlanma Senetlerine İlişkin Mevzuat	27
1. Avrupa Birliği Hukuku ve Birliğe Üye Ülkeler	27
a. Genel Bakış	27
b. UCITS Direktifi	28
c. Birliğe Üye Ülkeler	30
(1) Genel Bakış	30
(2) Alman Hukuku	32
2. İsviçre Hukuku	34
3. Türk Hukuku	35
a. Genel Bakış	35

b. “İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler”e İlişkin Mevzuat	36
---	----

İKİNCİ BÖLÜM

İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMETLERİN

İÇERDİĞİ HAKLAR, HUKUKİ NİTELİĞİ VE

İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMET İHRAÇÇILARI

I. İTMK Sahibi Yatırımcıların İTMK’lerden Kaynaklanan Hakları	40
A. Genel Bakış	40
B. Yatırımcıların İTMK’den Kaynaklanan Hakları	41
1. Anapara Alacağı ve Bu Alacağı Talep Hakkı	41
2. Faizi Talep Hakkı	42
3. Teminat Konusu Varlıklardan Öncelikle Tatmin Edilmeyi Talep Hakkı	44
4. Teminat Konusu Varlıkları İflas Masasından Ayırma Hakkı	44
5. İhraççıyı Dava ve Takip Hakkı	44
II. İTMK’lerin Hukuki Niteliği	45
A. Kıymetli Evrak Niteliği	45
B. Sermaye Piyasası Aracı Niteliği	47
III. İTMK İbaresinin Korunması	48
IV. İTMK İhraççıları	49
A. “İhraç” ve “İhraççı” Kavramları	49
B. İTMK İhraççılarının Belirlenmesinin Tâbi Olduğu İlkeler	49
1. İhraççıların Belirlenmesinin Önemi	49
2. İhraççıların Belirlenmesi Usulleri	51
3. Türk Hukuku’nda Belirlenen İhraççılar	54
C. İhraççıların Oluşturması Gereken Risk Yönetim Sistemi	57
D. İhraççıların Şeffaflık İlkesinin Gereklerini Yerine Getirmesi	58
E. İhraççıların Denetimi	59
F. İhraççı Niteliğinin Kaybı	61

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMETLERİN

KARŞILIĞINI TEŞKİL EDEBİLECEK VARLIKLAR

I. Genel Bakış	68
II. “Teminat Havuzu”	69
A. Kavram	69
B. Teminat Havuzunun Yapılandırılması ve Değişken Karakteri	69
C. Teminat Havuzunun Hukuki Niteliği	71
III. Teminat Havuzunu Oluşturacak Varlıklar	75
A. Genel Bakış	75

B. İpotekli Kredilerden Kaynaklanan Haklar	77
1. Genel Bakış.....	77
2. Alacakların Kaynaklandığı Hukuki İşleme İlişkin Özellikler.....	79
3. Alacakların Teminat Altına Alınmasına İlişkin Özellikler	89
a. Genel Bakış.....	89
b. Alacağın İpotek ile Teminat Altına Alınması Gereği	91
c. İpoteğe Konu Olabilecek Taşınmazların Özellikleri	91
(1) Genel Bakış	91
(2) Yapı Kullanma İzni Bulunması	92
(3) T.C. Sınırları İçinde Bulunması.....	101
(4) Öngörülen Risklere Karşı Sigortalanmış Olması.....	103
(5) Piyasa Değerinin Hesaplanmış Olması.....	104
(6) Taşınmazın Tahsis Amacı	105
i. Tahsis Amacının Belirlenmesi	105
ii. Tahsis Amacına Bağlanan Sonuçlar.....	108
iii. Aile Konutuna İlişkin Özellikler	112
d. İpoteğin Derecesi	115
e. Anapara İpoteği – Üst Sınır İpoteği Ayırımı.....	116
4. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacakların Durumu.....	120
5. 5582 Sayılı Kanun Öncesinde Doğan Konut Finansmanı Alacaklarının Durumu.....	123
6. T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresinden Devralınacak Alacakların Durumu.....	124
C. Diğer Varlıklar.....	125
1. Türev Sözleşmelerden Kaynaklanan Haklar.....	125
2. İkame Varlıklar.....	128
IV. Teminat Havuzunun Uygun Nitelikteki Alacak Haklarının Devralınması Suretiyle Oluşturulması	129
A. Genel Bakış	129
B. Alacakların ve Bunların Teminatını Teşkil Eden Taşınmaz Rehin Haklarının Devrinin Söz Konusu Olduğu Haller.....	130
1. Havuzlama Modeli (Pooling Model)	130
2. İpotek Finansmanı Kuruluşu Tarafından İTMK İhracı	131
3. İTMK İhraççısının Sonraki Bir Sendikasyona Katılması	132
C. Alacakların ve Bunların Teminatını Teşkil Eden Taşınmaz Rehin Haklarının Devri.....	133
1. Genel Bakış.....	133
2. Fazla Sayıda Alacağın Devri : Toptan Temlik.....	133
3. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Sır Saklama Yükümlülüğü	135
4. Rehin Hakkının Devri.....	136

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TEMİNAT SORUMLUSU VE TEMİNAT DEFTERİ

I. Genel Bakış.....	141
II. Teminat Sorumlusu	142
A. Kavram	142
B. Teminat Sorumlusunun Göreve Getirilmesi Usulü.....	143
C. Teminat Sorumlusunun Görevleri.....	146
D. İhraççı ile Teminat Sorumlusu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği.....	148
E. Teminat Sorumlusunun Hukuki Sorumluluğu	152
1. Genel Bakış.....	152
2. Teminat Sorumlusunun İhraççıya Karşı Hukuki Sorumluluğu.....	155
3. Teminat Sorumlusunun Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu.....	157

4. Bağımsız Denetim Kuruluşunun Temsilcilerinin Bağımsız Denetim Kuruluşu ile Müteselsilen Sorumlu Olması	162
III. Teminat Defteri	164
A. Kavram	164
B. Teminat Defterinin Tutulması.....	165
C. Teminat Defterine Kaydedilecek Varlıklar.....	166
D. Teminat Defterine Yapılacak Kayıtların Teminat Sorumlusunun Onayına Bağlı Olması.....	167
E. Teminat Defterine Yapılan Kayıtların Hükümü.....	168
1. Genel Bakış.....	168
2. İhraççının Teminat Defterine Kaydedilen Varlıklar Üzerindeki Tasarruflarının Sınırlanması	170
3. Teminat Defterine Kaydedilen Varlıkların Hacze ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Konu Edilememesi	176
4. İhraççının İflası Halinde Teminat Defterine Kaydedilen Varlıkların İflas Masasına Dahil Olmaması.....	180
F. Teminat Defterine Kaydedilen Varlıkların İTMK'lerden Kaynaklanan Yükümlülüklerle Uyumu	183
1. "Teminat Uyumu" Kavramı.....	183
2. Teminat Uyum İlkelerine Genel Bakış	183
3. Teminat Uyum İlkelerinin İhlali Halinde Alınması Gereken Tedbirler.....	185

BEŞİNCİ BÖLÜM

İHRAÇÇININ FİNANSAL DURUMUNUN BOZULMASI HALİNDE TEMİNAT KONUSU VARLIKLARIN İDARESİ BAKIMINDAN ALINACAK TEDBİRLER VE YATIRIMCILARIN İFLASIN HUKUKİ SONUÇLARINDAN KORUNMASI

I. Genel Bakış.....	187
II. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesi Halinde Alınacak Tedbirler	188
A. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesine Yol Açan Durumlar	188
B. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesi Usulü	189
C. İhraççı Niteliğinin Kaybı Halinde "İdareci" Atanması	189
1. İdarecinin Atanması.....	189
2. İdarecinin Hukuki Niteliği.....	191
3. İdarecinin Görev ve Yetkileri	193
4. İdarecinin Hukuki Sorumluluğu	195
D. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesine ve İdareci Atanmasına İlişkin SPK Kararlarının Teminat Konusu Varlıklar Üzerindeki Etkisi	202
E. Teminat Konusu Varlıkların İdareci Tarafından Yönetilmesi.....	202
1. Toplam Yükümlülükleri Üstlenmeksizin Teminat Konusu Varlıkların İdaresi ve İTMK'lerden Kaynaklanan Hakların Teminat Konusu Varlıkların Gelirlerinden Öncelikli Olarak Karşılanması	202
a. Genel Bakış	202
b. İTMK'lerden Kaynaklanan Hakların Öncelikli Olarak Karşılanması.....	204
(1) Öncelik Hakkının Hukuki Niteliği.....	204
(2) Öncelik Hakkının Kullanılması	211
2. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Başka Bir Yetkili İhraççıya Devri	212
a. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Tamamen Devri	212
b. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Kısmen Devri.....	218
c. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Devrine Bağlanan Sonuçlar ..	218
3. İTMK'lerin Erken İtfası ve Teminat Konusu Varlıkların Nakde Dönüştürülmesi	220

III. İhraççının Yönetiminin Kamu Kurumuna Devri Halinde Alınacak Tedbirler	221
A. Genel Bakış	221
B. Faaliyet İzni Kaldırılmayan İhraççının Teminat Konusu Varlıkları Yönetmeye ve Toplam Yükümlülükleri Karşılamaya Devam Etmesi	222
C. Faaliyet İzni Kaldırılmayan İhraççının Teminat Konusu Varlıkları ve Toplam Yükümlülükleri Başka Bir İhraççıya Devretmesi	222
IV. İhraççının İflası Halinde Yatırımcıların İflasın Hukuki Sonuçlarından Korunması.....	223
A. İhraççı Hakkında İflasın Açılmasının İTMK’lerden Kaynaklanan Haklar ve Yükümlülükler Üzerindeki Etkisi	223
B. İhraççının İflası Halinde Yatırımcılara Tanınan Haklara Genel Bakış	226
C. Teminat Konusu Varlıkları İflas Masasından Ayırma Hakkı	229
1. Ayırma Hakkının Hukuki Niteliği	229
2. Ayırma Hakkının İleri Sürülmesi	232
D. İflas Masasından Ayrılan Varlıkların İdaresi.....	233
E. İTMK’lerden Kaynaklanan Hakların İflas Masasından Ayrılan Varlıkların Nakit Akışlarından Öncelikli Olarak Karşılanması	234
SONUÇ	237
YARARLANILAN KAYNAKLAR	248

KISALTMALAR LİSTESİ

AB : Avrupa Birliği

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

Art. : Artikel (madde)

A.Ş. : Anonim Şirket

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AY : Anayasa

AYM : Anayasa Mahkemesi

Bafin : Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

BATİDER : Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi

BDDK : Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu

BelWertV : Beleihungswertermittlungsverordnung

BGBI : Bundesgesetzblatt

bkz. : bakınız

C. : Cilt

CRD : Capital Requirements Directive

Çev. : Çeviren

D.D. : Danıştay Dergisi

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DİDDGK : Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

DecRegV : Deckungregisterverordnung

E. : Esas

ECBC : European Covered Bond Council

EMF : European Mortgage Federation

f. : fıkra

FKK : Finansal Kiralama Kanunu

HD. : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

HypothekenbankG : Hypothekenbankgesetz
IAHS : International Association for Housing Science
İBD : İstanbul Barosu Dergisi
İDMK : İpoteğe Dayalı Menkul Kıymet
İİK : İcra İflas Kanunu
İYUK : İdari Yargılama Usulü Kanunu
İTMK : İpotek Teminatlı Menkul Kıymet
K. : Karar
karş. : Karşılaştırınız
KHK : Kanun Hükmünde Kararname
KMK : Kat Mülkiyeti Kanunu
LTV : Loan to Value (Ratio)
md. : madde
MHMÖHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
N. : Numara
PfandBarwertV : Pfandbrief-Barwertverordnung
PfandBG : Pfandbriefgesetz (Almanya)
PfG : Pfandbriefgesetz (İsviçre)
RefiRegV : Refinanzierungsregisterverordnung
s. : sayfa
SPK : Sermaye Piyasası Kurulu
SerPK : Sermaye Piyasası Kanunu
ss. : sayfalararası
SR : Systematische Sammlung des Bundesrechts
T. : Tarih
T.C. : Türkiye Cumhuriyeti
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi
TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK : Türk Medeni Kanunu
TOKİ : Toplu Konut İdaresi
TST : Tapu Sicil Tüzüğü
TTK : Türk Ticaret Kanunu

UCITS : Directive on Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities

USA : United States of America

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

WM : Wertpapier-Mitteilungen / Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

Y. : Yıl

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

Yrg. : Yargıtay

YTL : Yeni Türk Lirası

YTÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)

GİRİŞ

Kredi kuruluşları, farklı müşteri kitlelerine, çeşitli amaçlara hizmet eden krediler kullandırmaktadır. Bu kredi ilişkilerinden doğan alacakların değişik usullerde teminat altına alınması mümkün olup, taşınmaz rehni tercih edilen güvencelerin başında gelmektedir. Uygulamada, kredi alacağının teminatını teşkil eden taşınmaz rehni türü olarak tercih edilen ipotek, tedavül eden bir rehin türü olmadığından, kredi veren, parasını geri alabilmek için alacağın vadesini beklemek durumundadır. Bu çerçevede, özellikle uzun dönemde geri ödenmek üzere kullandırılan kredilere finansman sağlanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Günümüzdeki finansal ve hukuki gelişmeler, finansman ihtiyacının, taşınmaz rehni teminatı altındaki alacaklar karşılık gösterilerek, sermaye piyasalarında menkul kıymetler ihraç edilmesine dayalı finansman yöntemleriyle karşılanabilmesini mümkün kılmıştır. Çalışma konumuzu teşkil eden “ipotek teminatlı menkul kıymetler” (İTMK) bu finansman yöntemlerine hizmet eden menkul kıymetlerden olup, kanuni dayanağını SerPK md. 13/A hükmünde bulmaktadır.

İTMK ihracına dayalı etkin işleyen bir finansman sistemi, bir yandan vadeli işlem piyasalarının canlanmasına katkıda bulunurken, diğer taraftan emeklilik fonları ya da sigorta şirketleri gibi uzun vadeli yatırım araçlarına gereksinimi olan ulusal ve uluslararası kurumsal yatırımcıların bu ihtiyaçlarını karşılayarak bunlara kaynak aktarımı sağlayacağından, ekonomik açıdan büyük önem taşımaktadır. İTMK ihracına dayanan bir finansman sisteminin etkinliğinin ön koşulu ise ülke ekonomisinde makroekonomik istikrarın sağlanmış olmasıdır. Sistemin bu açıdan işleyişi, ekonomistlerin uzmanlık alanına girmekte olduğundan çalışmamızın sınırları dışında bırakılmıştır. Diğer taraftan sistem, finansal işlevini, çok çeşitli hukuki kavram ve hukuki işlemler aracılığıyla icra etmektedir¹. Bu anlamda, İcra ve İflas Hukuku, Eşya Hukuku, Borçlar Hukuku, Tüketicinin Korunması Hukuku, Sermaye Piyasası Hukuku alanlarındaki; rehin hakları, tapu sicili, menkul kıymetler gibi

¹ Kutluhan Bozkurt / Murat Türe / Ümit Oral, Avrupa Birliği ve Belçika Hukuk Sistemlerinde İpoteğe Bağlı Konut Finansman Sistemi, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan C. I-II**, İstanbul, 2007, s. 1766.

kavramlar ile alacağın temliki, borcun nakli, iflas prosedürü gibi hukuki işlemler, sistemin işleyişini yakından ilgilendirmektedir.

Yapılandırılan finansman sisteminin uygulamadaki etkinliğini belirleyecek olan, bir başka ifade ile, İTMK'lerin uluslararası tahvil piyasasına girişi sağlayacak olan unsur ise; Moody's, Standard & Poor's, Fitch Ratings gibi kredi derecelendirme kuruluşlarının, sermaye piyasalarında ihraç edilen teminatlı borçlanma senetlerine verdikleri derecelendirme notlarıdır². Yatırımcılar, ihraç edilen borçlanma senetlerinin güvenilirliğini bu derecelendirme notları sayesinde değerlendirmekte ve tasarruflarını bu alana aktarıp aktarmamaya karar vermektedirler. Bu analiz tamamen ekonomik bir analiz olarak görünmekle birlikte, teminatlı borçlanma senetlerinin hukuki yapısının ve dayandığı düzenlemelerin değerlendirilmesi, derecelendirme notunu birinci elden etkilemektedir. Bu hukuki değerlendirmelerde esas olarak, teminatlı borçlanma senedi alacaklılarının anapara ve faiz alacaklarının zamanında gereği gibi ödenmemesi riskinin ne derece yüksek olduğu, derecelendirme kuruluşları tarafından uzman hukukçulara danışılmak suretiyle analiz edilmektedir³.

Bu çerçevede, İTMK'lerin Türk Hukuku'nda yapılandırılmasına ilişkin üç kriter üzerinde, derecelendirme kuruluşlarının ve dolayısıyla da yatırımcıların değerlendirmelerinde belirleyici olmaları bakımından önemle durulmalıdır. Bu kriterler; teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin kanuni düzenlemelerin genel özellikleri, teminat konusu varlıkların sahip olması gereken özellikler, ihraççının mali durumunun zayıflaması ihtimali için öngörülmüş hukuki tedbirler ve ihraççının iflası halinde teminatlı borçlanma senedi hamili alacaklıların hakları olarak üç başlık altında incelenmektedir⁴. Çalışmamızda, teminatlı borçlanma senedi olarak Türk

² Wolfgang Goedecke / Volkher Kerl / Helmut Scholz, **German Mortgage Banks**, Frankfurt am Main, 1997, s. 139.

³ Jens Schmidt-Bürgel, "Der Fitch-Ratingansatz zur Bewertung Irischer Pfandbrief", **Immobilien & Finanzierung**, S. 18, Y. 2002, s. 585.

⁴ Jonathan Golin, "Uncovering Covered Bonds", **Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives**, Jonathan Golin (Editör), Londra, 2006, s. 29.

Hukuku'nda yapılandırılan İTMK'lerin etkinliği, bu kriterler çerçevesinde de değerlendirilecektir.

Sermaye piyasasında borçlanma senedi arzına dayalı olarak Türk Hukukunda yapılandırılan finansman sisteminin hukuki açıdan etkinliğini arttırabilmek, bu yöntemi nerede ise yüzyılı aşkın süredir uygulayan Kara Avrupası hukuklarındaki gelişmelerin karşılaştırmalı hukuk penceresinden değerlendirilmesi ile mümkün olacaktır⁵. Bu itibarla çalışmamızda, 5582 sayılı “Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” hazırlanırken faydalanılan⁶ 2005 tarihli Alman Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz⁷) –ki Almanya, rehinli tahvil ihracında en eski uygulamaya sahip⁸ ve en yüksek hacimli ihracı yapmak suretiyle⁹ Avrupa'nın en güçlü tahvil pazarını elinde bulunduran ülke olarak da öne çıkmaktadır-¹⁰ hükümlerinden yararlanılacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun iktibas edildiği İsviçre Hukuku'ndaki teminatlı tahvillere dayalı finansman sistemine ilişkin düzenlemeler daha farklı esaslar üzerinde yapılandırılmış olduklarından, bu düzenlemelere sadece yeri geldikçe karşılaştırma yapma amacıyla

⁵ Karşılaştırmalı hukukun, ulusal hukukun daha iyi anlaşılması, düzeltilmesi ve yenilenmesi açılarından oldukça önemli işlevi bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XLI, No:3-4, Sayı 34, Y. 1975, s. 259 vd.

⁶ Seda Önen, “Essentials of Turkish Mortgage Covered Bonds”, 20.10.2006 tarihinde Kiev'de 10. Central European Covered Bond Conference'da sunulan Bildiri, Çevrimiçi: www.pfandbrief.org, power point sunum s. 6, Erişim: 02.01.2008.

⁷ Gesetz zur Neuordnung des Pfandbriefrechts. Alman Rehinli Tahvil Kanunu'na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I / II / F / 1 / c / (2).

⁸ Almanya'da rehinli tahvil ihracına ilişkin ilk kanuni düzenlemeyi, Kara Avrupası hukuklarındaki en eski tarihli kanuni düzenleme olarak 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, 13.07.1899 tarihli İpotek Bankası Kanunu (Hypothekbankengesetz) teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Otmar M. Stöcker, **Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief in den mitteleuropäischen Reformländern**, Frankfurt am Main, Fritz Knapp Verlag, 1998, s. 15-16,

⁹ Avrupa Taşınmaz Rehni Federasyonu (European Mortgage Federation - EMF) verilerine göre Almanya, 2004 yılı Haziran ayı itibariyle, Avrupa Teminatlı Tahviller piyasasının %61'ini elinde bulundurmaktadır. Pazarda payı olan diğer ülkeler ve pazar payları sırasıyla; İspanya %9, Danimarka % 8, Fransa %6, İsveç %7, İrlanda %4, İsviçre %2, Avusturya / Hollanda / İtalya / Finlandiya / İngiltere / Lüksemburg %1 olarak belirlenmiştir. Bkz. Bernd Volk, “Germany”, **Covered Bonds – Golin**, s. 137.

¹⁰ Wolfgang Kaelberer, Tebliğ, “**Mortgage Sigorta Ürünleri**” “**Konut Finansmanı Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi**”, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayınları No:18, İstanbul, 2006, s. 88.

değınilecektir. Bunların yanı sıra, “Avrupa Birliğı Devredilebilir Menkul Kıymetlere Ortak Yatırım Yapılması Faaliyetlerinin Yürütölmesi Hakkında Direktifi”nin (UCIT’s) düzenlemeleri ve “Avrupa Teminatlı Tahvil Konseyi” (European Covered Bond Council) ile “Alman Rehinli Tahvil Bankaları Birliğı”nin (Verband Deutcher Pfandbriefbanken) raporlarından ve karşılaştırmalı tablolarından yararlanılmak suretiyle teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin yeni kanunlaşma hareketleri yapan bazı orta ve doğu Avrupa ölkelerindeki düzenlemeler de yeri geldikçe vurgulanacaktır.

Çalışmamız, İTMK’leri, ortaya konulan bu hukuki çerçevede incelemek üzere beş bölüm halinde tasarlanmıştır. Çalışmamızın ilk bölümünde, teminatlı borçlanma senetleri, genel bir bakış açısı ile ele alınacaktır. Bu bölümde, teminatlı borçlanma senedi kavramı, senetlerin tarihi gelişimi ve bunlara ilişkin mevzuat, karşılaştırmalı hukuk ve Türk Hukuku bakımlarından ayrı ayrı ele alınacaktır.

İkinci bölüm, İTMK’lerin içediğı haklar ile bu borçlanma senetlerinin hukuki niteliğine ilişkindir. Bu bölümde ayrıca, sermaye piyasası hukuku düzenlemelerinde sıklıkla karşılaşılan “ihraç” ve “ihraççı” kavramları ortaya konulduktan sonra, kimlerin İTMK ihraç edebileceğı ile ihraç prosedürünün risk yönetimi ve şeffaflık kriterleri çerçevesindeki işleyişi üzerinde yoğunlaşılacaktır.

Üçüncü bölüm, İTMK’lerin karşılığını teşkil edebilecek nitelikteki (teminat konusu) varlıkların incelenmesine ayrılmıştır. Bu bölümde, İTMK’lerin teminatını teşkil edecek varlıkların özellikleri, taşınmaz rehni türlerinden ipotek ile teminat altına alınmış konut finansmanı alacakları başta olmak üzere incelenecektir. Teminat konusu varlıkların oluşturacağı varlık bütünü olan “teminat havuzu”nun hukuki niteliğı ve değişken karakteri de yine bu bölümde ele alınacak başlıklardandır.

Hangi özelliklere sahip varlıkların İTMK’lerin teminatını teşkil edebileceğinin belirlenmesinin ardından, “Teminat Sorumlusu ve Teminat Defteri” başlıklı dördüncü bölümde, teminat konusu varlıkların teminat siciline kaydedilmek suretiyle İTMK ihraççısının diğeri varlıklarından ayrıştırılması usulü üzerinde durulacaktır. Teminat konusu varlıkların belirli kılınması ve muhafazasında, teminat

sorumlusunun rolü önemlidir. Bu itibarla bu bölümün ilk kısmı, teminat sorumlusu kavramı, teminat sorumlusunun göreve getirilmesi, görevleri ve hukuki sorumluluğuna ayrılmıştır. Teminat defteri kavramı ve bu sisteme yapılacak kayıtların hükümleri ise, bu bölümün ikinci kısmında incelenecek başlıklardandır.

Çalışmamızın son bölümü olan beşinci bölümü, ihraççının finansal durumunun bozulması halinde teminat konusu varlıkların nasıl idare edileceği ile İTMK alacaklılarının hak ve menfaatlerinin ne tür tedbirler alınmak suretiyle korunacağına ilişkindir. İTMK ihracına dayalı finansman sistemlerinin özü olarak nitelendirebileceğimiz, ihraççının iflası halinde teminatlı borçlanma senetlerinin iflastan etkilenmemesi ve teminat konusu varlıkların iflas masasına girmemesi esasları da son bölümde incelenecektir.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise, çalışma boyunca yapmış olduğumuz inceleme ve değerlendirmeler neticesinde vardığımız sonuçlar özet maddeler halinde sıralanarak, toplu halde sunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
FİNANSMAN SAĞLAMA ARACI OLARAK
TEMİNATLI BORÇLANMA SENETLERİNE
GENEL BAKIŞ

I. Menkul Kıymet İhracına Dayalı Finansman

A. Finansman Sağlama İhtiyacı

Bir kredi kuruluşunun finansman ihtiyacını, kendi öz sermayesi ile ya da dış sermaye ile karşılaması mümkündür. Günümüzdeki finansal gelişmeler doğrultusunda, kredi kuruluşlarının taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi ilişkilerinden doğan alacaklarını, kendi öz kaynakları ile finanse etmeyi artık tercih etmedikleri gözlemlenmektedir¹. Dış sermaye ile finansmanda ise, müşteri tasarruflarının kullanılması olağan olmakla birlikte, bu tercih, finansman ihtiyacı olan kuruluş açısından dezavantajlı olabilmektedir. Zira, müşteri tasarruflarının genelde kısa vadelerde değerlendirilmeleri karşısında, kredi kuruluşlarının özellikle taşınmaz rehni karşılığı üstlendikleri riskler uzun vadeli olmaktadır². Bunun sonucunda da kredi kuruluşları açısından bir likidite (nakit para) ya da bir başka ifade ile fon sıkıntısı ortaya çıkmaktadır. Kredi kuruluşlarının fon sıkıntısı, kredi kullanan müşterilerine, daha yüksek faiz oranı ve daha kısa vade uygulamaları biçiminde yansımaktadır.

Taşınmaz rehni teminatı karşılığında kredi veren kuruluşlar, bu olumsuz etkileri bertaraf ederek kredi işlemlerini sürdürebilmek için, müşteri tasarruflarından farklı bir dış finansman kaynağına ihtiyaç duymaktadır.

¹ Otmar M. Stöcker, “The Funding Register – On the Insolvency Remoteness of the Land Charge Held In a Fiduciary Capacity”, **The Trust, III. Conference On Catalan Civil Law**, Madrid – Barcelona, 2006, s. 400.

² Erol CANSEL, “Rehinli Tahvilat”, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası / 13-18 Mayıs 1963, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını**, Ankara 1964, s. 292.

B. Kavram

Kredi kuruluşlarının ihtiyaç duydukları dış kaynaklı finansmanı, ellerinde fazla fon bulunan yatırımcılardan ödünç almak suretiyle sağlamaları mümkündür. Ancak, kredi kuruluşlarına ödünç verecek yatırımcıların, bu ödünç ilişkisinden kaynaklanan alacaklarının da güvence altına alınması sağlanmalıdır. Bu güvenceyi sağlayarak parasal kaynağa ulaşabilmek amacıyla, finansman ihtiyacı olan kredi kuruluşlarının, sahip oldukları taşınmaz rehni³ ile güvence altına alınmış kredi alacaklarını, finansman ihtiyaçlarını karşılayacak ödücün teminatı olarak kullanmaları fikrine dayanan finansman yöntemleri geliştirilmiştir. Bu yöntemlerin esası, teminatlandırılmış kredi alacaklarının hangi çerçevede yatırımcılara güvence teşkil edeceğinin belirlenmesine ilişkindir.

Burada, birincisi, kredi kuruluşu ile onun borçluları arasında; ikincisi, kredi kuruluşu ile ona ödünç veren yatırımcılar arasında kurulmuş iki farklı kredi ilişkisi söz konusudur⁴. Kredi kuruluşunun, birden çok borçludan alacağa sahip olduğu ve kendisine birden çok ödünç veren yatırımcının bulunduğu hallerde; her bir yatırımcının alacağının kredi kuruluşuna ait hangi değer ile güvence altına alındığı kesin olarak belirlenebiliyorsa, yatırımcılar sorunsuz güvence elde etmiş olacaktır⁵. Zira kredi kuruluşunun yatırımcılara karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, yatırımcıların taleplerini neye yöneltecekleri belirli kılınmıştır.

Ancak, ilk safhadaki kredi ilişkisinden kaynaklanan alacak haklarının biraraya getirilerek, tüm yatırımcıların taleplerini güvence altına almak üzere bir alacak havuzunun oluşturulduğu durumlarda, yatırımcıların bu güvenceden nasıl faydalanabileceklerinin açıkça düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç karşısında, kredi kuruluşlarına ödünç verecek yatırımcıların taleplerinin standardize

³ Kredi kuruluşlarının finansman ihtiyacını karşılayacak ödücün karşılığı olarak, çoğunlukla kredi kuruluşlarının taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacakları kullanılmaktadır. Ancak, taşınmaz rehni dışındaki teminat türleri ile güvence altına alınmış alacak hakları karşılık gösterilerek finansman sağlanmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır. Bkz. Bölüm I / II / D başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁴ Christoph Kern, **Die Sicherheit gedeckter Wertpapiere**, Mohr Ziebeck, Tübingen, 2004, s. 3.

⁵ Kern, s. 4.

edilerek, kolaylıkla tedavül edebilecek şekilde bir kıymetli evrakta tecessüm ettirilmesi esasına dayalı yöntemler geliştirilmiştir⁶. Bu yöntemler, belirli nitelikteki alacak haklarının⁷ menkul kıymetleştirilmesi⁸ ve bu menkul kıymetlerin⁹ ihracı esasına dayalı finansman yöntemleri olarak anılmaktadır.

⁶ Kern, s. 4.

⁷ Menkul kıymete dönüştürülecek varlıkların, ihraç edilecek menkul kıymetlerin geri ödenmesi sırasında kullanılabilir bir nakit akımı yaratabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Halil Doğru, **Menkul Kıymetleştirme ve Mortgage – Genel ve Hukuki Esaslar**, Doğru Hukuk Yayınları, İstanbul, 2007, s. 41. Bu itibarla, esasen alacak haklarının menkul kıymetleştirmeye konu edildiği görülmektedir.

⁸ Menkul kıymetleştirme, duran, nakit olmayan varlıkların, menkul kıymet haline getirilerek, sermaye piyasalarında tedavül etmelerinin sağlanması işleminin genel ifadesidir. Çeşitli tanımlamalar için bkz. Nurcan Öcal, **Türkiye’de Menkul Kıymetleştirme Uygulaması, Etkileri, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, SPK Yayınları, Ankara, 1997, s.4. Ancak uygulamada “menkul kıymetleştirme”, menkul kıymete dönüştürme yöntemlerinin tümünü kapsayacak şemsiye bir kavram olarak kabul edilmek yerine, varlığı menkul kıymete dönüştürmenin seküritizasyon yöntemi ile gerçekleştirildiği durumları karşılamak üzere kullanılmaktadır. Mathilde Francini / Tamara Schillinger, **European Mortgage Markets’ Securitisation Process**, Lozan Üniversitesi, 2001, Yayınlanmamış Master Tezi, Çevrimiçi: www.hec.unil.ch/cms_mbf/master_thesis/0012.pdf, Erişim Tarihi: 17.02.2005, s. 7 vd; Sergio Nasarre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, Essex, Gostick Hall Publications, 2004, s. 8. Nasarre-Aznar eserinde, öncelikle genel anlamıyla menkul kıymetleştirmeyi, varlıkları menkul kıymetlere dönüştürme olarak ifade etmekle birlikte; menkul kıymetleştirme ifadesinin ipoteğe dayalı menkul kıymet ihracına ilişkin seküritizasyon prosedürünü karşılamak üzere kullanılmasının uygunluğunu vurgulamıştır. Nasarre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 8. Doğru da, çalışmasının menkul kıymetleştirme terimine verdiği anlamı içeren bölümünde, menkul kıymetleştirmeyi dar anlamda yorumladığını; ipotekli tahvillerin menkul kıymetleştirme kavramı içerisinde değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Doğru, s. 37. Yazarın, bu görüşünü ortaya koyarken atfı yaptığı Nasarre-Aznar aynı görüşü eserinde dile getirmiştir. Bu itibarla, menkul kıymetleştirmeyi geniş anlamda yorumlayan görüşte Nasarre-Aznar’ın Securitisation and Mortgage Bonds adlı eserinin ilgili bölümüne atfı yapıp, yine aynı yazarın kavramı dar yorumlamanın uygunluğuna ilişkin yorumuna atfı yapılmaması isabetli olmamıştır. Çalışmamızda menkul kıymetleştirme kavramına, seküritizasyon yönteminin karşılamak üzere değil; bu yöntemi de kapsayacak biçimde tüm menkul kıymete dönüştürme yöntemlerini karşılayacak biçimde geniş anlam yüklendiği belirtilmelidir.

⁹ Alacak haklarının menkul kıymete dönüştürülmesi neticesinde, sermaye piyasası tarafları arasındaki kaynak değiş tokuşuna aracılık etmek suretiyle sermaye (finansman) yaratmak fonksiyonunu haiz “menkul kıymetler” ihraç edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Paşlı, “Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, 2007, s. 1569-70. 2499 sayılı SerPK’nun 3. maddesinin (b) bendi, sermaye piyasası araçlarını, menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları olarak belirledikten sonra; menkul kıymetleri, ortaklık veya alacaklılık hakkı sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, yatırım aracı olarak kullanılan seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları SPK tarafından belirlenen kıymetli evrak olarak tanımlamıştır. Menkul kıymetler tarafından ortaklık veya alacaklılık haklarından sadece birinin sağlanması menkul kıymetin varlığını kabul etmek için yeterlidir. Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya (Ülgen / Helvacı), **Kıymetli Evrak Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 23. Bu vurgu çalışmamız açısından önemlidir, zira çalışmamızın konusunu teşkil eden menkul kıymet türü olarak İTMK’ler, yatırımcıya sadece

Bu belirlemeler çerçevesinde, menkul kıymet ihracı esasına dayalı finansman, taşınmaz rehni¹⁰ ile teminat altına alınmış uzun dönemli krediler kullandıran ve finansman ihtiyacı olan kuruluşun, sahip olduğu belirli nitelikteki alacak haklarını karşılık göstererek, sermaye piyasaları aracılığıyla menkul kıymet niteliğinde borçlanma senetleri ihraç etmek suretiyle dış sermayeden¹¹ fon elde etmesi olarak tanımlanabilir¹².

C. Finansman Sağlama Amacıyla İhraç Edilen Menkul Kıymet Türleri

Finansman sağlama amacıyla ihraç edilen ve menkul kıymetleştirme usulündeki farklılıklar sebebiyle tâbi oldukları esaslar da farklılık gösteren iki temel menkul kıymet bulunmaktadır. Bunlardan ilki, “teminatlı borçlanma senetleri” (rehinli tahviller); ikincisi ise, “ipoteğe dayalı menkul kıymetler” (İDMK) dir¹³.

Bunlardan İDMK’ler, Amerikan Hukuku içinde doğmuş; common law¹⁴ kurallarına uygun biçimde formüle edilmiştir. İDMK’lerin güvencesini teşkil edecek taşınmaz

alacaklılık hakkı sağlamaktadır. Menkul kıymetin misli eşya niteliği belirtildikten sonra “ibareleri aynı olarak ve seri halde çıkarılma” ibarelerinin farklı unsurlar gibi kanuni tanımda yer alması eleştirilmiştir. Bkz. Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen / Helvacı), s. 24. Tüm bu ifadeler ile kastadilen, tertipler halinde çıkarılan ve her biri bir seri numarasına sahip olan bu senetlerin aynı hukuki temele dayandıklarıdır. Bu çerçevedeki her bir senedin vadesi ve borçlusu aynıdır. Üçüncü kişiler açısından bir senedin diğerinden bir farkı yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu (Tekinalp), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, 2005, s. 617 vd. Kanuni tanımda “yatırım aracı olarak kullanılan” ifadesi yer almakla birlikte, bu sermaye piyasası araçları yatırım aracı olarak çıkarılmakta ancak menkul kıymeti elinde bulunduran kimselerin ne gibi bir amaca sahip oldukları bu araçların nitelendirilmesinde etkili olmamaktadır. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu (Tekinalp), s. 617. Ayrıca menkul kıymet kavramının Türk Hukuku’ndaki tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paslı, s. 1525.

¹⁰ Karş. Dipnot 3.

¹¹ Dış sermaye ile bireysel yatırımcılar ve sigorta şirketleri, emeklilik fonları gibi uzun vadeli yatırım araçlarına ihtiyaç duyan kurumsal yatırımcılar kastedilmektedir.

¹² Dieter Bellinger, “Historical Development of the Mortgage Bond System”, **Mortgage Banks and the Mortgage Bond in Europe**, EMF Yayını, Brüksel, 2003, s. 34.

¹³ Sergio Nasarre-Aznar, “The Funding of the Mortgage Loans In Spain By the Issue of Mortgage Securities. Their Legal Structure”, **“Housing Construction. An interdisciplinary task”**, Vol. I, XXX IAHS World Congress on Housing, Eylül 2002, Coimbra - Portekiz, s. 347.

¹⁴ Kökenini İngiliz Hukukunda bulan Common Law (Ortak Hukuk) sistemi, İngiliz Kraliyet Mahkemeleri tarafından oluşturulan ve kural olarak örf/adet hukukuna dayanan bir hukuk sistemidir.

rehniyle teminat altına alınmış alacak hakları, hak sahibi (kaynak şirket) tarafından “özel amaçlı kuruluş” olarak adlandırılan bir başka kuruluşa devredilmekte ve İDMK ihracı bu kuruluş tarafından gerçekleştirilmektedir. Burada esas olan, özel amaçlı kuruluşun başkaca faaliyetlerde bulunmasını engellemek suretiyle, menkul kıymetleştirilecek alacaklar üzerinde sadece menkul kıymet alacaklılarının hak iddia edebileceği bir hukuki yapının tesis edilmesidir¹⁵. Kaynak şirket, İDMK’leri kendisi ihraç etmediğinden, temlik ettiği alacakların ve ihraç edilen İDMK’lerin ödenmemesinden, bu konuda özel olarak bir taahhütte bulunmadığı sürece, sorumlu olmamaktadır¹⁶. Bu menkul kıymetlerin ihracına dayanan finansman yönteminin uygulanmasında, Roma-Germen hukuk çevresinin katı kuralları çerçevesinde çeşitli güçlükler ile karşılaşıldığı belirlenmiştir¹⁷. İDMK’ler çalışma konumuzun dışında kaldığından, Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda İDMK ihracına dayanan finansman sağlanmasına ilişkin yöntemin ayrıntıların, SerPK md. 38/B hükmü ve 04.08.2007

Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere bu hukuk çevresine dahil önemli örneklerdir. Ayrıntılı bilgi ve sistemin tarihsel oluşum dönemleri için bkz. Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul, 1986, s. 57 vd.; M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk – Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar**, 14. Bası, Arıkan, İstanbul, 2007, s. 11 vd.; Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri – Başlangıç Bölümü**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s. 17; Mustafa Dural / Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 3. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s. 18.

¹⁵ İDMK’lere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Frank J. Fabozzi, **The Handbook of Mortgage Backed Securities**, 5. Bası, New York, 2001; Doğru, ss. 37-38 ile s. 41 vd.; Mustafa Topaloğlu, **İpoteğe Dayalı ve İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler**, Adana, 2007, ss. 25-36, ss. 93-110, ss.140-163; Duygu Koçak, **Konut Finansmanı Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage / Türk Uzun Vadeli Konut Finansman Sisteminde Varlığa Dayalı Menkul Kıymetlerin Rolü**, İstanbul, 2007, s. 101 vd.

¹⁶ Doğru, s. 21. SPK Seri III / 34 No’lu Tebliğ md. 16 f. 1 hükmünde, İDMK’ler, “...fon portföyündeki varlıklar teminat gösterilerek ihraç edilen borçlanma senetleri” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde, İTMK’lerden farklı olarak, İDMK’lerin kaynak şirketin ya da özel amaçlı kuruluşun genel yükümlülüğü niteliğinde olduğunun belirtilmemiş olduğu görülmektedir. Madde metnindeki fon “konut finansmanı fonu” olup, SerPK md. 38/B ile SPK Seri III / 34 No’lu Tebliğ md. 4 hükümlerinde “ihraç edilen İDMK’ler karşılığında toplanan paralarla, İDMK sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığı” olarak tanımlanmış bulunmaktadır. İDMK sahiplerine yapılacak ödemeler, İDMK’lerin teminatı olarak gösterilen fon portföyündeki varlıklardan (bu varlıklar SerPK md. 38/B ile SPK Seri III / 34 No’lu Tebliğ md. 20 hükmü uyarınca, ipotek ile teminat altına alınmış alacak hakları / İDMK’ler / İTMK’ler / VTMK’ler / alacaklardan elde edilen nakdin değerlendirilmesi amacına yönelik olarak, nakit benzeri kısa vadeli yatırımlar / türev araç sözleşmelerinden kaynaklanan haklardır) elde edilen gelirden karşılanacaktır.

¹⁷ Dar anlamda menkul kıymetleştirme olan sekürütizasyon işlemi sonucunda ipoteğe dayalı menkul kıymet ihraç edilmesinin Anglo-Amerikan hukukundaki “trust” kurumuna uygun yapısı sebebiyle Roma-Germen hukuk çevresinde yer alan hukuklarda karşılaşılabilecek sorunlara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Nasarre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 89 vd. Ayrıca bkz. Dipnot 18’de yer alan açıklamalarımız.

tarikh ve 26603 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan Sermaye Piyasası Kurulu Seri:3 No:34 Sayılı “Konut Finansmanı Fonlarına ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” ile düzenlenmiş olduğu belirtilmekle yetinilecektir¹⁸.

¹⁸ Sermaye Piyasası Kurulu, konut finansmanı fonlarına ve İDMK’leri düzenleyen Tebliğ’e ilişkin olarak yayınlamış olduğu açıklamada; öncelikle İDMK ihracının, bu menkul kıymetlere dayanak olan varlıkların ihraççının bilançosu dışına çıkarılması suretiyle ihraççılar açısından; yüksek kalitede bir varlık havuzuna yatırım yapabilme imkanı ve portföy çeşitliliği yaratma avantajlarına sahip olduğunu belirtmiştir. Tebliğe ilişkin açıklamanın tam metni için bkz. Çevrimiçi: www.spk.gov.tr/konutfinansmani/seriIII_No34_aciklama.html , Erişim Tarihi: 18.09.2007. Sermaye Piyasası Kurulu’nun söz konusu açıklamasında şu ifadeler yer almaktadır: “..*yukarıda özelliklerinden ayrıntılı olarak bahsedilen ve özellikle Anglo-Sakson sistemlerde yaygın olarak kullanılan, ipoteğe dayalı menkul kıymetlerin, ipotekli kredilerin finansmanında kullanılacak yeni bir araç olarak sermaye piyasamıza kazandırılması amaçlanmıştır. Yurtdışı uygulamalarında trust adı verilen yapı ülkemizde halen menkul kıymet yatırım fonlarında uygulanmakta olup, bu açıdan konut finansmanı fonları, yasal statü olarak tüzel kişiliği olmayan menkul kıymet yatırım fonlarına benzer şekilde tasarlanmıştır. Ancak menkul kıymet yatırım fonları fon malvarlığına katılım hakkı verirken, konut finansmanı fonu, fon portföyüne dayalı olarak borçlanma senedi türünde ipoteğe dayalı menkul kıymetler ihraç edecektir.....*”. Bu ifadelerin hukuki açıdan isabetinin değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Anglo-Amerikan Hukukuna ait bir kurum olan “trust”, “çifte mülkiyet esası” üzerinde, kurucu (settlor) – inanılan (trustee) – faydalanan (beneficiary) olmak üzere üç kişi arasında yapılandırılmış bir ilişkidir. Buna göre kurucu, tek taraflı bir hukuki işlem ile faydalanan yararına idare edilmek ve korunmak üzere bir şeyin mülkiyetini inanılana geçirir ve “Equity” (hakkaniyet) hukukuna göre malik olan faydalananın yanı sıra inanılan da “Common Law”a göre malik olur. Böylelikle Anglo-Amerikan Hukuku çerçevesinde aynı inanç konusu üzerinde birden fazla hukuki yetki tesis edilerek inanılana aynı nitelikli bir müdahale hakkı sağlamış olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Amerikan Hukukuna göre bu ilişkide inanılanın sahip olduğu hakkı sadece belirlenen amaç doğrultusunda kullanabilme iktidarına sahip olduğudur. İnanılanın amaca aykırı hareket etmesi halinde faydalananın inanılana karşı aynı nitelikli bir talep hakkı mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Özsunay, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul, 1968, s. 248. Türk Hukuku’ndaki inançlı işlem ise inanan ve inanılan arasındaki inanç anlaşmasından kaynaklanan sözleşmesel bir ilişkidir. Kendisine tam bir hak devri yapılan inanılan, inanç konusunu amaca uygun kullanmak, sonuçta da inananı iade etmekle yükümlü olmakla birlikte, esasen her zaman kararlaştırılan amacı aşan tasarruflarda bulunması mümkündür ve böyle bir durum karşısında inananın inanılana karşı sadece şahsi nitelikli bir talep hakkı bulunmaktadır. Bkz. Özsunay, **İnançlı Muameleler**, s. 248. Hukuki kurumları niteliklerine uygun olarak kullanmak esastır. Bu doğrultuda varlığa dayalı menkul kıymetler aracılığıyla finansman sağlanması yönteminin işleyişinde yer alan fon kurucusu – fon yönetimi – menkul kıymet yatırımcısı ilişkilerinin çok iyi analiz edilerek nitelendirilmesi gerekmektedir. Menkul kıymet yatırım fonlarında fon malvarlığı, fon yöneticisi bankanın mülkiyetinde olup; banka tarafından yatırım belgesi sahipleri hesabına ve inançlı mülkiyet esaslarına göre işletmektedir. Bir başka ifade ile fon malvarlığı üzerinde fon kurucusu inançlı mülkiyet hakkına sahiptir. Bkz. Ünal Tekinalp, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul, 1982, s. 111; N. Füsün Nomer, “Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sahibi ile Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibinin Hukuki Konumu”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul, 2002, s. 612. Buna göre İDMK’lere ilişkin olarak da, hukukumuzda mevcut olmayan bir kurum ve buna bağlı olarak da yeni bir aynı hak kategorisini bu şekilde ithal etmek mümkün değildir. SerPK’nun 38/B ve 38/C maddelerinde fonun yatırımcılar hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulacağı ifadesi yer alırken, bu düzenlemenin “trust” adı verilen yapıya benzer şekilde tasarlandığı şeklinde gerekçelendirilmesi çelişkilidir ve hukuki temelden yoksundur. Fon’un teşekkülü tamamen yatırımcının korunması amacına hizmet etmekle

Çalışma konumuzu teşkil eden teminatlı borçlanma senetleri ise Roma-Germen Hukuk çevresinin¹⁹ kuralları ile örgülenmiştir. Bu menkul kıymetlerin karşılığını teşkil edecek alacak haklarının sahibi olan finansman kuruluşunun menkul kıymet ihracını bizzat gerçekleştirecek olması bakımından özellik arzeden “teminatlı borçlanma senetleri” aşağıda incelenecektir.

II. Teminatlı Borçlanma Senetleri

A. Terim

Teminatlı menkul kıymet pazarının globalleşmesi, finansman kaynağı olarak yabancı yatırımcıların da hedef kitle haline gelmesi ile birlikte, ülkesel bazda yapılandırılan ve ihraç edilen finansman araçlarının temel hukuki niteliğinin ve işleyişinin anlaşılabilmesi önemli hale gelmiştir. Böylelikle, her ülkenin kendi hukukunda isimlendirilmiş olan aynı nitelikteki finansman sağlama amaçlı menkul kıymetlerin, ortak bir başlık altında ifade edilmeleri ihtiyacı doğmuştur²⁰.

Bu çerçevede, finansman sağlama amacıyla, ihraççının, bilançosunda yer alan teminatlandırılmış kredi alacaklarını, mevzuatın öngördüğü esas ve usuller uyarınca karşılık göstererek ihraç ettiği, menkul kıymet niteliğindeki borçlanma senetlerinin tümü “teminatlı borçlanma senedi” olarak ifade edilmektedir²¹. Ancak, farklı ülke

birlikte, yatırımcının fona karşı sahip olacağı talep haklarının açık bir biçimde nitelendirilmesi gerekmektedir. Eğer yatırımcının hukuki durumunun güçlendirilmesi gerekiyorsa, bunun bir Anglo-Amerikan Hukuk kurumu aracılığıyla sağlanamayacağı tartışmasıdır. (Anglo-Amerikan hukukuna özgü bir kavram olan “trust”ın hukukumuzda yabancı olması sebebiyle, bu kurumdan yararlanmak suretiyle özel sektör taşınmaz sertifikası yatırımcısı olacak tasarruf sahiplerine teminat sağlanmasının mümkün olmadığına ilişkin benzer saptama için bkz. Kemal Oğuzman, “Özel Sektörde Gayrimenkul Sertifikası Sistemi Kurulması”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, 1995, s. 301.) Diğer taraftan, Amerikan Hukuku kaynaklı seküritizasyon işleminin (varlığa dayalı menkul kıymet ihracı) Kara Avrupası Hukuklarında uygulanması önündeki engellerden biri, bu yöntemin yukarıda çok özetle genel esaslarını belirttiğimiz “trust” kurumu esasları üzerinde yapılandırılmış olması ve anılan kurumun Kara Avrupası Hukuklarında mevcut olmaması olarak belirtilmiş olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Nasarre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 109 (sonuç 3).

¹⁹ Bu çevrede yer alan hukuk düzenleri, esas itibariyle Roma Hukuku’nun ilkelerine göre geliştirilmiş bulunmaktadır. Bkz. Özsunay, **Medeni Hukuk**, s. 56. Almanya, İsviçre, Fransa, İtalya ve Türkiye örnek olarak sayılabilir. Özsunay, **Medeni Hukuk**, s. 57.

²⁰ European Mortgage Federation, **Mortgage Banks and the Mortgage Bond in Europe**, EMF Yayını, Brüksel, 2003, s. 4 vd.

²¹ Bkz. Bölüm I / II / B’de yer alan açıklamalarımız.

hukuklarındaki düzenlemelerde, farklı terimsel tercihlerle karşılaşılmaktadır. Türk Hukuku’nda 2249 sayılı SerPK md. 13/A hükmü düzenlemelerinde kullanılmış olan “ipoteke teminatlı menkul kıymet” teriminin de, Alman Hukuku’ndaki “pfandbrief” (rehinli tahvil); Avrupa Birliği Hukuku’ndaki “covered bond” (teminatlı tahvil) ya da “mortgage bond” (taşınmaz rehinli tahvil) ve diğer Kara Avrupası Hukuklarındaki yerel dilde aynı anlama gelen ifadeler²² karşılık teşkil etmek üzere “teminatlı borçlanma senedi” terimi yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Bir kavram kargaşasına yol açmamak amacıyla çalışmamızda, SerPK’nda düzenlenmiş olan taşınmaz rehni teminatlı borçlanma senetleri için, kanun koyucunun tercih ettiği “ipoteke teminatlı menkul kıymet” terimi kullanılacaktır. Diğer taraftan hukuken teminatlı birer borçlanma senedi olarak nitelendirilebilecek olan ve Türk Medeni Kanunu’nda 970-972. maddeler arasında düzenlenmiş bulunan rehinli tahvillere ilişkin değerlendirmelerimizde “rehinli tahvil” terimi; karşılaştırmalı hukuka ilişkin değerlendirmelerimizde de, incelenen ülke hukuku düzenlemelerinde kullanılan terim parantez içinde vurgulanmak suretiyle söz konusu terimin dilimize tercüme edilmiş hali kullanılacaktır. Örneğin, sıklıkla yer vereceğimiz Alman Hukuku’nda, teminatlı borçlanma senetlerini düzenlemekte olan kanunda (Pfandbriefgesetz) tercih edilmiş ifadeye sadık kalınarak, rehinli tahvil (pfandbrief) ifadesinin kullanılacağı belirtilmelidir.

Bu itibarla, teminatlı borçlanma senedi, aynı hukuki çerçevede nitelendirilebilecek tüm borçlanma senetlerini ifade eden ortak bir terim²³; İTMK, rehinli tahvil, teminatlı tahvil ise teminatlı borçlanma senetlerinin görünimleri olarak değerlendirilebilir.

²² Bunlara örnek olarak; Danimarka (Realkreditobligation) / Almanya (Pfandbrief) / Yunanistan (Ktematekes omologies) / İspanya (Cedulas hipotecarias – Cedulas territoriales) / Fransa (Obligation fonciere) / İtalya (Obbligazione fondiaria) / Lüksemburg (Lettre de gage) / Hollanda (Pandbrief) / Portekiz (Obrigações hypothecarias) / Avusturya (Pfandbrief) / Finlandiya (Hypoteekkilaina) / İsveç (Bostadsobligation) / Norveç (Panteobligasjon) / İsviçre (Pfandbrief veya lettre de gage) terimleri sıralanabilir. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 4.

²³ “Covered bond” kavramının, teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin piyasalarda bu nitelikteki menkul kıymetleri karşılayacak ortak kavram olarak kullanılıyor olması hakkında bkz. Schimansky / Bunte / Lwowski, **Bankrechts-Handbuch**’da (Kısım 86a), Otmar Stöcker (kısım yazarı) “Grundzüge des Pfandbriefrechts”, München, 2007, s. 2689.

B. Kavram

Teminatlı borçlanma senetleri, Golin tarafından, herhangi bir hukuk düzenine doğrudan atıf yapılmaksızın; (1) belirli bir kanuni düzenlemeye bağlı olarak ihraç edilen, (2) sınırları belirlenmiş varlıklardan oluşmuş, değişken yapıda bir teminat havuzu tarafından teminat altına alınan, (3) ihraççının yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde yatırımcılarına kanundan kaynaklanan bir öncelik hakkı tanınan, (4) bazı düzenlemeler çerçevesinde yatırımcılarına ek güvenlik imkanları da sağlanan, (5) borçlanma senetleri olarak tanımlanmıştır²⁴.

Stöcker ise teminatlı borçlanma senetlerini, ihraç eden kuruluşun belirli sürelerde, belli anapara ve faiz ödeme borcunu yükümlendiği; ihraççının iflası halinde senetlerin teminatını teşkil eden değerlerin diğer malvarlığı değerlerinden ayrı bir hukuki rejime tâbi olmak suretiyle senet hamillerinin güvenceye alındığı, özel bir tür borçlanma senedi olarak tanımlamaktadır²⁵.

Nasarre-Aznar'ın ise teminatlı borçlanma senetlerini, senet hamiline, ihraççısına karşı bir alacak hakkı bahşeden ve ihraççının bilançosunda yer alan taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış alacaklardan oluşturulan bir alacak havuzu tarafından güvence altına alınmış borçlanma senetleri olarak tanımladığı görülmektedir²⁶.

Her üç tanımı birlikte değerlendirerek, teminatlı borçlanma senetlerini; hamillerine ana para ve faize ilişkin alacak hakkı sağlayan, -kanuni düzenlemelerde öngörülen istisnalar hariç- vadeleri sonuna dek alacaklıların gereği gibi tatminini sağlamak üzere, ihraççı kuruluşun bilançosunda yer alan, iflas prosedüründen etkilenmeyecek belirli nitelikteki varlıklar tarafından, kanuni düzenlemenin öngördüğü esas ve usuller çerçevesinde teminat altına alınmış olan borçlanma senetleri biçiminde tanımlayabiliriz.

²⁴ Golin, s. 14.

²⁵ Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2694.

²⁶ Nasarre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 5.

C. Teminatlı Borçlanma Senetlerinin Özelliği

Kredi kuruluşlarının finansman ihtiyacını²⁷ karşılamak üzere finansman sağlama amaçlı yöntemlere başvurulduğunda, sermayesini kredi kuruluşuna ödünç olarak kullandıracak yatırımcıların²⁸, bu ödünç ilişkisinden kaynaklanan alacaklarını teminat altına alma ihtiyaçları bulunmaktadır. Bu ihtiyaç, finansman yönteminin işleyişi ve gösterdiği özellikler doğrultusunda farklı biçimlerde karşılanabilmektedir. Teminatlı borçlanma senedi ihracı suretiyle finansman sağlandığı hallerde de, genel kurala paralel olarak, ihraççı bu borçlanma senetlerinden kaynaklanan borçlardan tüm malvarlığı değerleri ile sorumludur²⁹. İhraççı, borçlarını gereği gibi ifa ettiği sürece, ek bir teminata da ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak, ihraççının mali durumunun bozulması ve özellikle iflası risklerine karşı yatırımcıların senetlerden kaynaklanan alacak haklarının teminat altına alınması gerekmektedir³⁰.

Teminat ihtiyacının karşılanması için, yatırımcının kredi kuruluşundan olan alacakları ile kredi kuruluşunun taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış kredi alacaklarının bir şekilde ilişkilendirilmesi ve gereken hallerde yatırımcıların, kredi

kuruluşunun taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacaklarından faydalandırılması düşünülmüştür³¹.

Bu çerçevede teminatlı borçlanma senetlerinin belirleyici özelliği, ihraççının sahip olduğu alacak hakları karşılığında, onların güvencesi altında ihraç edilmiş olmalarıdır. Bir başka ifade ile senet alacaklısının yüklendiği, borçlu ihraççının para borcunu gereği gibi tediye edememesi riski, ihraççının bilançosunda yer alan alacak

²⁷ Karş. Bölüm I / I / A'da yer alan açıklamalarımız.

²⁸ Yatırımcılara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II / I / A.

²⁹ İTMK ihraççıların, İTMK'lerden kaynaklanan borçlarından malvarlıkları ile sınırsız sorumlu olmalarına ilişkin olarak bkz. Bölüm I / II / F / 3 / b.

³⁰ Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2699.

³¹ Thomas Kaufmann, **Der Einsatz eines Hypothekenportfolios einer Bank als Sicherheit bei der Refinanzierung**, Schulthess, Zürich, 2006, s.4.

hakları ile teminat altına alınmaktadır³². Teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığını oluşturan alacak haklarının da, teminat altına alınmış alacak haklarından teşekkül etmesi gerekmektedir.

Teminatlar, teminat olarak belirlenen değer ve teminatın alacaklıya sağladığı yetki göz önünde bulundurularak, aynî ve şahsi teminatlar olarak sınıflandırılmaktadır³³. Aynî teminatlarda, bir kimseye ait taşınır ya da taşınmaz bir mal veya bir hak³⁴ üzerinde rehin tesis edilmek suretiyle, teminat lehdarına bir aynî hak sağlanmaktadır³⁵. Bu doğrultuda, taşınmaz rehni teminatlı borçlanma senetleri söz konusu olduğunda, bunların karşılığını teşkil etmek üzere belirlenecek alacaklar, aynî teminat türlerinden biri olan taşınmaz rehni ile güvence altına alınmış alacaklar olmalıdır³⁶. Böylelikle, teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil eden alacakların herhangi bir sebeple tahsil edilememesi ihtimalinde, onların teminatını teşkil eden değerlere kanuni düzenlemenin öngördüğü esas ve usuller çerçevesinde başvurulabilecektir³⁷.

³² Teminat havuzundaki varlıkların, ihraççının malvarlığına dahil alacaklar olması gerektiğine ilişkin aynı yöndeki belirleme için bkz. Doğru s. 316.

³³ Nami Barlas, “Yeni Medeni Kanunun Aynî Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 569; Erden Kuntalp, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, **Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, 1995, s. 280.

³⁴ Hak rehinde aynî hak unsurunun mutlak nitelikte olmadığı burada belirtilmelidir. Alacaklar ve diğer haklar üzerindeki rehin bir aynî hak olmayıp; aynî hak benzeri mutlak bir hak olarak nitelendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Köprülü / Selim Kaneti, **Sınırlı Aynî Haklar**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 1982-83, s. 253-254. Karş. Bölüm V / II / E / 1 / b / (1) kısmında “Öncelik Hakkının Hukuki Niteliği”ne ilişkin açıklamalarımız.

³⁵ “Aynî teminattan maksat, esas itibarıyla, kendi borcunun veya bir üçüncü kişinin borcunun zamanında ve gereği gibi ifasını teminat altına almak üzere malikin, mülkiyeti kendisine ait taşınır ya da taşınmaz bir mal ya da bir hak üzerinde rehin tesis etmesi ve böylece alacaklıya bir aynî hak kazandırmasıdır.” Barlas, **Aynî Teminatlar**, s. 570. “...teminat, malvarlığının belirli bir parçası üzerinde teminat alanın sağladığı aynî bir hak ise aynî teminattan bahsedilir. Böyle bir durumda teminat akdi o şeyi teminat alanın doğrudan doğruya hakimiyetine tâbi kılar.” Bülent Davran, **Rehin Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 3.

³⁶ Karş. Bölüm I / II / D’de yer alan açıklamalarımız.

³⁷ Teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil eden alacakların herhangi bir sebeple tahsil edilememesi ihtimalinde, alacakların teminatını teşkil eden değerlere başvurulmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm V / E / 1.

İTMK ihraç edilmesinin amacı, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi ve sair alacakların (geniş anlamda menkul kıymetleştirilme suretiyle) teminatlı borçlanma senetlerine dönüştürülmesi ve bu sayede tasarruf sahiplerinin ellerindeki paranın sermaye piyasası aracılığıyla ihtiyaç sahiplerine aktarılmasını sağlamaktır. Böylelikle, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olan kredi alacakları yeniden finanse edilmiş olmaktadır.

Buradaki işleyişte, İTMK ihraççısı, ihraç ettiği borçlanma senetleri aracılığıyla yatırımcıya borçlanmakta; bu şekilde elde ettiği parayı yeni kredi ilişkilerinin tesisine yönlendirmekte ve kâr elde etmektedir. Her koşulda, özellikle de ihraççının iflası sonrasında bile, İTMK'lerin vadesinin sonuna dek, bunlardan kaynaklanan alacak haklarının zamanında gereği gibi karşılanabilmesinin güvence altına alınmasını sağlamak temel amaçtır.

Tasarruf sahibi yatırımcıların, ellerindeki fonları teminatlı borçlanma senetlerine yönlendirmelerinin sebebi de, satın aldıkları bu uzun vadeli borçlanma senetlerinin teminatlandırılmış olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu da, çok istisnai olarak öngörülmüş olan erken itfa hali dışında, vadeleri sonuna dek bu borçlanma senetlerinden kaynaklanan yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmesi için bir dizi hukuki tedbir alınmış olduğu anlamına gelmektedir³⁸.

³⁸ Teminat havuzunu oluşturan varlıkların, yatırımcıların teminatlı borçlanma senetlerinden kaynaklanan alacaklarını, iki farklı usulde teminat altına alabilmeleri mümkündür. Kanuni düzenlemelerle öngörülen ilk usul, varlıklar üzerinde yatırımcılara bir sınırlı aynı hak sağlanmasını öngörmektedir. İsviçre Hukuku'nda Pfandbrief Gesetz tarafından düzenlenmiş olan rehinli tahvil kurumunda, rehinli tahvil yatırımcısının ipotek portföyünü teşkil eden teminatlı alacaklar üzerinde alacak rehin hakkına sahip olması buna örnek teşkil etmektedir. Ancak bu usulde dahi alacaklıların, teminat konusu varlıkları paraya çevirme yetkisi bulunmadığı vurgulanmalıdır. İkinci usulde ise teminat konusu varlıkların ihraççının diğer malvarlığı değerlerinden ayrılması ve yatırımcıların menfaatlerine hizmet etmek üzere ayrı bir hukuki statüye tâbi tutulmaları biçimindedir. Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) çerçevesinde ihraç edilen rehinli tahviller ise, ihraççının iflası ve gerektiğinde iflas tehlikesiyle karşı karşıya olması durumlarında, tahvil yatırımcılarına tahvillerin karşılığını teşkil eden ipotek portföyünü (teminat havuzu) ihraççının diğer malvarlığı değerlerinden ayırma hakkı bahşetmesi bakımından bu ikinci duruma örnek teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaufmann, s. 9. SerPK ve ilgili Tebliğ'in İTMK'lere ilişkin düzenlemeleri, İTMK yatırımcılarının teminat konusu varlıklardan ikinci yöntem çerçevesinde faydalandırılması esasını benimsemiştir. İTMK'lere ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Bölüm V / IV / C.

O halde teminatlı borçlanma senetleri teminatlandırılmış olmaları bakımından özellik arzetymekte olup, teminatlandırma ile kastedilen³⁹:

- Teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil edecek varlıkların belirlenmesi;
- Teminatlı borçlanma senetlerinin ihraççının iflasından etkilenmemesinin sağlanması;
- Teminat varlıkların tümünün (ana teminatlar, ek teminatlar, zorunlu fazla teminatlar, ihtiyari fazla teminatlar), ihraççının iflası halinde diğer malvarlığı değerlerinden ayrılmasının sağlanması;

sayesinde teminatlı borçlanma senedi sahiplerinin, bu senetlerden kaynaklanan alacaklarının her koşulda zamanında ödenebilmesinin gerçekleştirilmesidir.

Teminatlı borçlanma senetlerinin teminatını teşkil edecek varlıkların belirlenmesi ve ihraççı hakkında iflasın açılması ile birlikte senetlerin doğrudan muaccel hale gelmemesini sonuçlayan senetlerin, ihraççının iflasından etkilenmemesi esası çalışmamızın ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır⁴⁰.

D. Teminatlı Borçlanma Senetlerinin Türleri

Teminatlı borçlanma senetlerinin, çoğunlukla taşınmaz rehni ile teminat altına

alınmış alacak hakları⁴¹ karşılık gösterilmek suretiyle ihraç edildikleri görölmektedir. Farklı hukuki düzenlemelerde, teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil

³⁹ Stöcker, New Legislation on Covered Bonds in Europe, s. 22.

⁴⁰ Teminat konusu varlıkların belirli hale getirilmesi hakkında bkz. Bölüm IV / III. Teminatlı borçlanma senetlerinin ihraççının iflasından etkilenmemesi esası hakkında bkz. Bölüm V / IV.

⁴¹ Taşınmaz üzerinde tesis edilen rehin hakkı, aynî (nesnel) teminatlar arasında yer alıp; bir alacağın temini için bir taşınmaz üzerinde tesis edilen ve bu taşınmazın satış bedelinden rehinli alacaklının kanunun belirlediği şekillerde ve öncelikle tatmin edilmesini sağlayan sınırlı aynî haktır. M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s. 693. TMK, taşınmaz rehniinin çeşitlerini numerus clausus ilkesi çerçevesinde, ipotek, ipotekli borç senedi ve irad senedi olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Bunlardan ipotek, kişisel alacağın teminat altına alınması görevini karşılarken; ipotekli borç senedi ve irat senedi ise taşınmaz değerinin tedavülü görevini icra etmektedir. Köprülü / Kaneti, s. 259; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 693. Bu çerçevede, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacak

edecek alacakların, gemi ipoteği ile teminat altına alınmış olabileceğinin de kabul edildiği görülmektedir.

Teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil eden alacak haklarının taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olduğu hallerde, “taşınmaz rehni teminatlı borçlanma senetleri” söz konusu olmaktadır.

Türk Hukuku’nda teminatlı borçlanma senedi niteliğinde düzenlenmiş olan İTMK’lerin, konut finansmanı sistemi⁴² çerçevesinde düzenlenmiş olması da esasen

hakları, TMK’nda düzenlenmiş olan taşınmaz rehni türlerinden herhangi birinin tesisi suretiyle teminat altına alınmış alacak haklarıdır.

⁴² Uygulamada konut finansmanı sistemine “mortgage sistemi”, bu sistem dahilinde menkul kıymetleştirmeye konu teşkil edecek alacakların kaynaklandığı kredi ilişkilerine de “mortgage kredisi” denilmektedir. “Mortgage” kelimesi köken itibarıyla, “mort” (ölü) ve “gage” (rehin) (“gage”, Germen Hukuku’ndan eski İngiliz Hukuku’na aktarılmış olan bir kavramdır - Bkz. Dennis Marshall / Thomas J Pinkowish, **Residential Mortgage Lending / Principles and Practices**, 5. Edition, USA, 2004, s. 3) kelimelerinin biraraya getirilmesi ile geniş anlamda taşınmaz rehnine karşılık gelmek üzere yapılandırılmıştır. Bkz. **West Encyclopedia of American Law**, 7. Cilt, 2. Bası, Thomson-Gale, Detroit, 2005, s.119; Robert Kratovil / Raymond Werner, **Modern Mortgage Law and Practice**, Second Edition, USA, 1981, s. 29 vd. Yalın kelime anlamı itibarıyla, faizli ya da faizsiz bir para borcu söz konusu olduğunda tediye ya da başkaca bir edimin borçlanıldığı hallerde o edimin ifasını teminat altına almak üzere bir taşınmaz üzerinde sözleşme ile tesis edilen ve taahhüt edilen tediye gerçeğe geçmesi ya da edimin ifa edilmesini takiben son bulan bir aynî teminattır. Wayne Clark (Editör), **Fisher and Lightwood’s Law of Mortgage**, 12. Bası, London, 2006, s. 4. İngiliz Hukuku’nun eski dönemlerinde ve Amerika’da bazı Eyalet Hukuklarında, borçlunun taahhütlerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi hallerinde, teminata konu taşınmazın mülkiyetinin, teminatı verenden teminat altına alınan kimseye geçeceğinin kabul edildiği görülmektedir (common law uyarınca) Dennis / Pinkowish, s.3. Karş. Türk Hukuku açısından TMK md. 873/2. Bu hüküm uyarınca, borcun vadesinde ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin olarak alacağın muaccel olmasından önce yapılan sözleşmeler geçersizdir. Lex Commisoria olarak anılan bu yasağa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Helvacı, **Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı**, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 80. Anglo-Amerikan hukukunda günümüzde ise mahkeme kararlarıyla bahsedilen bu hak teminat veren lehine yumuşatılmış ve borcun faizi ve sair masraflar ile birlikte, teminat konusunun kurtarılması hakkı kaldırılmadan ya da teminat konusu taşınmaz alacaklının tatmini için satılarak paraya çevrilmeden, ifa edilmesi halinde de teminat konusu taşınmazın geri alınabileceği kabul edilmiştir. Mahkemelerce tanınan bu hak, borcun ifası halinde borcun teminatını teşkil eden taşınmazın geri alınmasına ilişkin bir vefa hakkı (equity of redemption) olarak nitelendirilmektedir. Earl Jowitt / Clifford Walsh, **Jowitt’s Dictionary of English Law**, 2. Bası, C. 2, London 1977, s. 1202; **West Encyclopedia of American Law**, s. 120; Dennis / Pinkowish, s. 3. Anglo-Amerikan hukuk çevresindeki modern eğilim, teminat konusu taşınmazın mülkiyetinin teminat verende kalmaya devam ettiği; teminat altına alınmış olan edimin alacaklısının ise teminat konusu taşınmazı belli şartlar altında paraya çevirmek suretiyle alacağını güvenceye alan özel bir rehin hakkına sahip olduğu yönündedir. John M. Cartwright, **Glossary of Real Estate Law**, New York, 1972, s. 594-95. Anglo-Amerikan hukuk çevresinde aynı bir teminat olan “mortgage”; konu konut finansmanı sistemi olduğunda, kredi verenlerin, bir taşınmazı satın almak ya da evvelce aldıkları krediyi yeniden finanse etmek için ihtiyaç duyulan parayı temin etme prosedürünü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bkz. Eric Tyson / Ray Brown, **Amatörler İçin Mortgage**, Çev. Tuba İlze, İstanbul, 2006, s. 61. Mortgage kavramını

İTMK’lerin hangi tür teminatlı borçlanma senedi olarak yapılandırıldıkları ile ilgilidir. İTMK’lere ilişkin mevcut düzenleme, ağırlıklı olarak, SerPK md. 38/A hükmünde konut finansmanı olarak nitelendirilen işlemlerden kaynaklanan taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacakların menkul kıymetleştirilmesi suretiyle finansman sağlanmasını hedeflemiştir. Bu itibarla çalışma konumuzu teşkil eden İTMK’ler, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacaklar karşılık gösterilmek suretiyle ihraç edilen “taşınmaz rehni teminatlı borçlanma senetleri” olarak tanımlanabilir⁴³.

çalışmamız çerçevesinde karşılayabilecek tanım, “finansman ihtiyacı olanlar ile ellerindeki fonları uzun vadeli değerlendirmek isteyen fon sahiplerini biraraya getirme amacına hizmet eden finansman tekniği” olmalıdır. Mortgage kredisi ifadesi ise, bu finansman tekniklerine hizmet edebilecek nitelikteki taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi alacaklarını karşılamaktadır. Özellikle 2004 yılı sonrasında, çoğunlukla günlük gazeteler ile diğer süreli yayınlarda ve bazı makale ya da monografi tarzı çalışmalarda karşımıza çıkan “mortgage” kavramına, “ipoteğe dayalı teminat içeren uzun vadeli bir kredi türü”; “ipotekli konut finansmanı”; “ipoteğe dayalı konut finansmanı”; “ipotek karşılığı kredilendirme sistemi”; “konut finansman sistemi” gibi anlamlar yüklendiği görülmekte; teknik olarak uzun vadeli konut kredisi ile konut edinme işlemini ifade etmek üzere kullanıldığı vurgulanmaktadır Bkz. Murat Uğurlu, “Mortgage-ABD Modeli ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Mayıs 2004, S. 5, s. 109. / Tamer İnal, “Konut Mülkiyetinin İpotekli Konut Finansmanı Sistemine Dayalı Olarak Edinilmesi”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Eylül-Ekim 2005, S. 13-14, s. 11 / Işıl Egemen, “İpoteğe Dayalı Konut Finansmanı ya da Mortgage” **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 2006/3, s. 947; Mustafa Topaloğlu, “ABD’de Mortgage Uygulaması ve İpotekli Konut Finansmanına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, s. 843 vd.; Bozkurt / Türe / Oral, s. 1766; Doğru, s. 15; Kürşat Yalçiner, **Karşılığı Menkulleştirilmiş Krediler**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s. 73. Diğer taraftan Türk Dil Kurumu’nun da “mortgage” kavramına ilişkin olarak bazı belirlemeler yapmış olduğu görülmektedir. Kurum, “mortgage” kavramının, “tutu, ipotek, rehin” anlamına geldiğini ve Türkiye’de yapılandırılan konut finansmanı sisteminin “mortgage sistemi” olarak ve bu kapsamda tüketiciye kullanılan konut kredisinin de “mortgage kredisi” olarak anılmasının Türkçeyi yabancılaştıracığını ileri sürerek, “mortgage” yerine “tutulu satış” ifadesinin kullanılmasını önermiştir. **Milliyet Gazetesi**, 15.08.2005, s.20, Okur Temsilcisi Derya Sazak, “Mortgage Yerine Ev Edindirme” başlıklı yazı; **Bugün Gazetesi**, 16.10.2006, s. 6 “Mortgage’ye Tutulu Satış Densin” başlıklı haber. Tutulu satış ifadesi, bankaların hali hazırda taşınmaz rehni teminatı altında kullanılmakta oldukları kredilere de karşılık gelmekte olup, yapılandırılan finansman sisteminin özelliğini vurgulamakta yetersiz kalmaktadır. O halde burada esas olan, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredilerden doğan alacaklar karşılık gösterilmek suretiyle yapılandırılmış bir finansman yöntemiyle yeni ve ucuz kaynaklar (fon) yaratılmasıdır. Bu da 5582 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olan esas ve usuller çerçevesinde yatırımcıya İTMK’lerin arzı ile mümkün olacaktır. Bu sermaye piyasası araçlarının özelliği de bankaların taşınmaz rehni teminatı altında kullanmış oldukları kredi alacakları ile konut finansmanına ilişkin kanuni düzenlemenin öngördüğü şekil ve ölçüde teminat altına alınmış olmalarıdır. O halde vurgulanması gereken, bankaların kullandıkları kredilerden kaynaklanan alacakların, konut finansmanı sistemi çerçevesinde kaynak yaratmak amacıyla ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarının karşılığını teşkil etmeye elverişli nitelikte olmaları gereğidir.

⁴³ 5582 Sayılı Kanun’un 9 md.si ile SerPK’na eklenen 13/B hükmünde düzenlenmiş olan “varlık teminatlı menkul kıymetler” de teminatlı borçlanma senedi niteliğindedir. Ancak Kanun’un, bu borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil edecek alacaklar bakımından ipotek ile teminat altına alınmış

Diğer taraftan yabancı hukuklarda, teminatlı borçlanma senetlerinin farklı türlerde düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Örnek olarak, Alman Hukuku’nda, rehinli tahvilleri (pfandbrief) düzenleyen “Rehinli Tahvil Kanunu”nun (Pfandbriefgesetz)⁴⁴ birinci maddesinde, rehinli tahvilleri; ipotekli (ipotek teminatlı) tahvil (Hypothekenpfandbrief) (mortgage pfandbrief) / kamusal rehinli tahvil (Öffentliche Pfandbrief) (Public Pfandbrief) / gemi rehinli tahvil (Schiffspfandbrief) (Ship Pfandbrief) olmak üzere üç tür olarak sayılmıştır. Her bir tür teminatlı borçlanma senedine, hangi varlıkların, hangi esaslar dahilinde teminat teşkil edeceği Rehinli Tahvil Kanunu’nun (Pfandbriefgesetz) 3. bölümünde ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) md. 12 uyarınca, ipotekli (ipotek teminatlı) tahvillerin teminatını, kanunun 13-17. maddeleri arasında belirlenen özellikleri haiz taşınmaz rehinleri ile teminat altına alınmış alacaklar teşkil edebilecektir. Diğer bir tür olarak, gemi rehinli tahvillerinin teminatını teşkil edecek varlıklar ise Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) md. 21 uyarınca, kanunun 22-24. maddeleri arasında belirlenen özellikleri haiz gemi ipotekleri ile teminat altına alınmış kredi alacaklarıdır. Kamusal rehinli tahviller ise kamu alacakları karşılık gösterilmek suretiyle ihraç edilmektedir. Bu tür teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığını kamu alacağı niteliğindeki alacak hakları teşkil edecektir⁴⁵.

E. Teminatlı Borçlanma Senetlerinin Tarihi Gelişimi

1. Avrupa’da

Taşınmaz rehni teminatlı borçlanma senedi ihracı ve buna dayalı finansman sağlanması fikri, Avrupa’ya iki dalga halinde yayılmıştır. Bunlardan ilki Prusya’da 18. yüzyılın son çeyreğinde Büyük Frederick dönemindeki kanunlaştırma hareketleri⁴⁶ çerçevesinde “Schlesischen Landschaft” olarak isimlendirilen bir tür

olma şartının aranmadığı görülmektedir. Bu itibarla varlık teminatlı menkul kıymetlerin, taşınmaz rehni teminatlı borçlanma senetleri olmadıkları hatırlatılmalıdır.

⁴⁴ Alman Rehinli Tahvil Kanunu’na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I / II / F / 1 / c / (2).

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), ss. 2695-2698.

⁴⁶ Medeni hukuk alanındaki başlıca kanunlaştırma hareketlerinden olan Prusya Devletleri Genel Land Kanunu ve ilgili Emirnameler, zamanının tabii hukuk anlayışı çerçevesinde kazuistik metod ile

taşınmaz ortaklığının oluşturulması ile ivme kazananmış olup, bunu 1852 yılında Fransa’da ilk ipotek bankası niteliğindeki “Crédit Foncier de France”ın kurulması ile ortaya çıkan ikinci dalga izlemiştir⁴⁷.

Silezya’daki taşınmaz ortaklıkları, savaşlar sonucunda ekonomik durumu oldukça kötüleşen arazi sahiplerine kredi sağlanması amacıyla kurulmuştur. Ortaklık, arazi sahipleri olan ortaklarına, sahip oldukları taşınmazların değerini temsil eden senetler vermiş; karşılığında da senet düzenlediği her taşınmaz üzerinde kanuni bir rehin hakkı elde etmiştir. Ortaklar da, bu senetleri sermaye sahibi kimselere teminat olarak göstererek, karşılığında ihtiyaç duydukları krediyi temin etmişlerdir. Ortaklara kredi veren kimseler de, senetleri elinde bulundurarak ortaklık ile birlikte rehin hakkını kazanmışlardır. Ortaklık ise vadesi gelen alacakları, senedi elinde bulundurana ifa ile yükümlü kılınmıştır⁴⁸. Bu ortaklıkları, ilerleyen yıllarda Prusya’da kurulan benzerleri takip etmiş; bu yöntemi izleyerek Prusya dışında kurulan ilk kredi kuruluşu Lüneburg’da yer alarak, taşınmaz ortaklıklarının yayılması sürmüştür⁴⁹. Prusya’dan yayılan bu ilk dalganın etkisiyle, taşınmaz ortaklıkları tesisi ve bunlar aracılığıyla borçlanma senetlerinin ihracı esası doğrultusundaki uygulamalar, sırasıyla Danimarka (1797), Baltıklar (1802), Hollanda (1823), İsveç (1836), Avusturya (1841), Finlandiya (1851), Norveç (1851) ve Rusya’da (1861) gözlemlenmiştir.⁵⁰

Prusya’daki taşınmaz ortaklıkları ile başlayan kredi işlemleri, ondokuzuncu yüzyılın ilk yarısından itibaren Fransa’daki arazi sahiplerinin zor durumlarına çare olacak modele kaynaklık teşkil etmiştir. Fransız hükümeti, düşük faizle uzun vadeli kredi

hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural / Sarı, s. 21; Oğuzman / Barlas, s. 14; Prusya’daki gayrimenkul ve ipotek sicillerinin kurulması, mülkiyetin kazanılması ve ipotek tesisi hususları ile ilgili kanunlaştırma hareketleri ve bunların Alman Hukuku’na etkisine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Kemal Tahir Gürsoy, **Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 138 vd.

⁴⁷ Klemens Pleyer / Dieter Bellinger, **Das Recht der Hypothekenbanken in Europa**, Münih, Beck’s, 1981, s. 5; European Covered Bond Council, **European Covered Bond Fact Book**, 1. Bası, ECBC Publication, Brüksel, 2006, s. 17.

⁴⁸ Stöcker, **Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief**, s. 2 vd; Pleyer / Bellinger, s. 5 vd.; Cansel, **Rehinli Tahvilat**, s. 293-294; Bellinger, **Historical Development**, s. 35.

⁴⁹ Bellinger, **Historical Development**, s. 36.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bellinger, **Historical Development**, s. 36.

verecek kurumların oluşturulmasına ortam hazırlayan bir düzenleme yaparak, “Crédit Foncier de France” adı altında ulusal nitelikli bir kredi kuruluşu oluşturmuştur. 1852’de Fransa’da kurulan bu ilk ipotek bankasının uygulaması da kredi kuruluşlarının taşınmaz rehni karşılığında uzun dönemli kredi kullandırmaları ve bu teminatlı kredi alacaklarına dayalı olarak da tedavül kabiliyeti olan borçlanma senetleri ihraç ederek elde edilen parayı yine ihtiyacı olanlara kredi olarak kullandırmak biçiminde şekillenmiştir⁵¹. Fransa kaynaklı olarak yayılan bu ikinci dalganın etkisi ile bir tür ipotek bankası tarafından ihraç edilecek borçlanma senetleri aracılığıyla finansman sağlanması esasına dayanan benzer uygulamalar, Almanya (1862), İngiltere (1865), İtalya (1866), İspanya (1872), Yunanistan (1927) ve İsviçre’de (1930) kanunla düzenlenmiştir⁵². Böylelikle Avrupa ülkeleri, teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin olarak kendi hukuki düzenlemelerini ve bunlara dayanan uygulamalarını geliştirmişlerdir.

Bu düzenleme ve uygulamaların kalıcı olduğu ve gelişim gösterdiği Almanya’daki düzenlemeler ve gelişmeler, modern teminatlı borçlanma senedi uygulaması ile köprü kurmaları açısından önem arz etmektedir. Fransa’da gelişen yapıdan etkilenen Almanya’da; öncelikle, ilk dalganın etkisi ile kurulmuş olan taşınmaz ortaklıklarını düzenleyen hükümlerde çeşitli değişikliklere gidilmiş ve bu değişiklikler doğrultusunda yeni taşınmaz ortaklıklarının tesis edilmesini takiben, 1862 yılında ilk ipotek bankası kurulmuştur⁵³.

Almanya’da, 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe giren ve çeşitli zamanlarda değişikliğe uğratılan⁵⁴ 13.07.1899 tarihli “İpotek Bankası Kanunu” (Hypothekenbankgesetz)⁵⁵

⁵¹ Bellinger, **Historical Development**, s. 37.

⁵² Ülkelere ait tarihi gelişim sürecini gösteren şema için bkz. Bellinger, **Historical Development**, s. 33.

⁵³ Bellinger, **Historical Development**, s. 38.

⁵⁴ En son değişiklik 22.mayıs.2005 tarihinde yayımlanarak 19.Temmuz.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) ile gerçekleştirilmiştir.

⁵⁵ Bu kanun, 22.mayıs.2005 tarihinde yayımlanarak 19.Temmuz.2005 tarihinde yürürlüğe giren Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) ile ilga edilmiştir. Böylelikle düzenleme konusu ve

modern teminatlı borçlanma senedi uygulamasının hukuki dayanağını teşkil etmektedir. Bu kanun ile; birinci faaliyeti taşınmaz rehni karşılığında kredi vermek ve rehin ile güvence altına alınmış alacak haklarına dayalı olarak menkul kıymetler (rehinli tahvil / pfandbrief) ihraç etmek; ikinci faaliyeti ise kamu kurum ve kuruluşlarına borç vererek, bunlardan olan alacaklarına dayalı menkul kıymetler ihraç etmek olan “İpotek Bankaları” (Hypothekenbanken)⁵⁶ kurulmuştur. Aynı kanun ile rehinli tahvil ihraç etmenin şartları da oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁵⁷. Alman hukukundaki düzenlemeler, İspanyol hukuku başta olmak üzere pek çok ülke hukukunda teminatlı tahvillere ilişkin düzenleme ve ihraçların başlatılmasında örnek teşkil etmiştir⁵⁸.

Teminatlı borçlanma senedi kavramının İsviçre’deki gelişim süreci de değerlendirilmelidir. 1912 yılında teminatlı birer borçlanma senedi niteliğindeki rehinli tahvillere (pfandbrief) ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu’na dahil edilen hükümlerin, sermaye sahiplerinin hızlı kazanç elde etmeyi, uzun vadeli finansman araçlarına para yatırmaya tercih etmeleri dolayısı ile tüm dünyayı etkileyen 1929 ekonomik krizine dek ilgi görmediği saptanmaktadır⁵⁹. Bu ekonomik süreç ile birlikte yatırımcıların, uzun vadeli de olsa daha güvenilir yatırım araçlarını tercih etmeye başlamaları neticesinde, ZGB’de rehinli tahvil kurumunu düzenleyen yetersiz hükümler kanundan çıkarılmış ve rehinli tahvilleri ayrıntılı olarak düzenleyen

hedefleri aynı olmakla birlikte yeni kanunun adından da anlaşılacağı üzere temel kavram değişikliklerine gidilerek “ipoteke bankası” (Hypothekenbank) olarak anılan rehinli tahvil ihracına yetkili bankalar “rehinli tahvil bankası” (Pfandbriefbanken) adı altında düzenlenmişlerdir. 19. Temmuz. 2005 tarihinde yürürlüğe giren Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) ile yapılan tek değişiklik kavramsal olmamış rehinli tahvil ihracının içeriğine ilişkin değişiklik ve düzenlemelere de yer verilmiştir. Alman Hukuku’nda rehinli tahvilleri düzenleyen mevzuata ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I / II / F / 1 / c / (2).

⁵⁶ 22. mayıs. 2005 tarihinde yayımlanarak 19. Temmuz. 2005 tarihinde yürürlüğe giren Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) düzenlemesi çerçevesinde artık Rehinli Tahvil Bankalarından (Pfandbriefbanken) sözedilmesi gerekmektedir.

⁵⁷ Alman İpotek Bankası Kanunu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dieter Bellinger / Volkher Kerl, **Hypothekenbankgesetz Kommentar**, Yenilenmiş 4. Bası, Münih, Verlag C. H. Beck, 1995, s. 27 vd.

⁵⁸ İspanya hukukunda, sadece gayrimenkul rehni karşılığı verilmiş kredilerden kaynaklanan alacaklara dayalı olarak her banka tarafından ihraç edilebilecek olan bir tahvil türü (cedulas hipotecarias) kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sergio Nasarre-Aznar, **“The Funding of the Mortgage Loans In Spain”** ss. 348-49.

⁵⁹ Cansel, Rehinli Tahvilat, s. 296.

25.06.1930 tarihli “Rehinli Tahvilat Çıkarılması Hakkında Federal Kanun” 01.02.1931 tarihinde yürürlüğe girmiş ve rehinli tahvil ihraçları başlamıştır⁶⁰. Avrupa ülkesi olmakla birlikte, şu ana dek incelenen ülkelerden farklı olarak Anglo Sakson Hukuk çevresine dahil olan İngiltere de teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin gelişmelerden etkilenmiştir. 1865 tarihli “Mortgage Debenture Act” ve bu kanunda değişiklik yapmış olan 1870 tarihli “Mortgage Debenture Amendment Act” ile taşınmaz rehni karşılığında ödünç verme işi ile uğraşan kuruluşların belli şartlar altında taşınmaz rehinli borçlanma senetleri ihraç edebilecekleri öngörülmüştür⁶¹. Bu etkilenmeye karşılık, modern anlamda teminatlı borçlanma senetlerinin ihracını ve buna dayalı finansman tekniklerini yapılandıran bir kanuni düzenlemenin, Eylül 2008 tarihi itibarıyla hala İngiliz Hukuku’nda bulunmayışı ilginçtir. Ancak İngiltere’de, kanuni düzenlemeye dayanmaksızın, tahvil ihraççısı ile yatırımcı arasındaki sözleşmeler ve uygulamalar doğrultusunda yapılandırılmaya çalışılan ve bu sebeple “Yapılandırılmış Teminatlı Tahviller” (Structured Covered Bonds) olarak anılan çok yeni tarihli bazı teminatlı borçlanma senedi ihraçları gözlemlenmektedir⁶².

2. Türkiye’de

İsviçre Medeni Kanunu’nun iktibası suretiyle, 17.02.1926 tarihinde kabul edilerek kanunlaşan 743 sayılı Medeni Kanun, ZGB 916-918. maddelerinde düzenlenen rehinli tahvil kurumunu, 884-886. maddelerinde “rehinli tahvilat” başlığı altında aynı şekilde düzenlemiştir. Her iki kanunda da, ayrıntılı olarak düzenlenmesi özel bir kanuna bırakılmış olan rehinli tahvillere ilişkin bu genel nitelikli hükümler, ZGB’den 1930 yılında yapılan “Rehinli Tahvil Kanunu” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Türk hukukunda ise rehinli tahvillere ilişkin özel düzenleme yapılamadığından, 743 sayılı Medeni Kanun 884-886. maddeleri, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 22.11.2001

⁶⁰ PfG: SR 211.423.4. (Kanun, 15.10.1967 ve 19.03.1982 tarihlerinde kısmi değişikliğe uğramıştır.) Rehinli tahvil ihraçlarının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Laura Hunziger, **Der schweizerische Pfandbrief**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1986, s. 34 vd.

⁶¹ Bellinger, Historical Development, s. 38.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. David Balai, “United Kingdom”, **Covered Bonds Beyond Pfandbrief**, s. 195 vd.; **Mortgage Banks and The Mortgage Bond**, s. 203 vd.

tarikh ve 4721 sayılı yeni TMK'nun 970-972. maddelerine de aynen alınmışlardır. Böylelikle, teminatlı borçlanma senedi olarak nitelendirilebilecek bir hukuki kurumun Medeni Kanun gibi temel bir kanunda dayanağı bulunmakla birlikte, gerekli özel düzenlemenin yapılmamış olması sebebiyle ilgili kurum işlerlik kazanamamıştır.

1981 yılında yürürlüğe giren 2499 sayılı SerPK'nun ilk metninde de teminatlı borçlanma senedi niteliğinde bir finansman tekniği aracının düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. 3794 sayılı “SerPK’nda Değişiklik Yapılmasına, Bankalar Kanunu’nun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun” ile SerPK md. 13/A hükmünde “varlığa dayalı menkul kıymetler” adı altında menkul kıymetleştirme esasına dayanan bir finansman tekniği aracı düzenlenmiştir. Ancak varlığa dayalı menkul kıymetler, dar anlamda menkul kıymetleştirme (seküritizasyon) işlemine dayanan borçlanma senetleri olduğundan⁶³, çalışma konumuz anlamında birer teminatlı borçlanma senedi niteliğinde bulunmamaktadırlar. 5582 sayılı “Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 8. maddesi ile başlığı ile birlikte değiştirilerek İTMK'lere ilişkin esasları düzenleyen SerPK md. 13/A hükmü ve ilgili SPK Tebliği⁶⁴, çalışma konumuz anlamında taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış alacaklar karşılık gösterilerek ihraç edilecek bir borçlanma senedini Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda, ilk kez, ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olmasına rağmen, Kasım 2008 tarihi itibarıyla henüz Türk Sermaye Piyasası’nda İTMK ihracı yapılmamıştır.

⁶³ Varlığa dayalı menkul kıymetlerin Türk Hukuku’nda düzenlenişine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Koçak, s. 101 vd.

⁶⁴ Türk Sermaye Piyasası Hukuku’nda İTMK'lere ilişkin mevzuata ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I / II / F / 3 / b’de yer alan açıklamalarımız.

F. Teminatlı Borçlanma Senetlerine İlişkin Mevzuat

1. Avrupa Birliği Hukuku ve Birliğe Üye Ülkeler

a. Genel Bakış

Kara Avrupasındaki teminatlı borçlanma senedi ihraççıları, küreselleşme rüzgarından etkilenmiş ve teminatlı borçlanma senedi ihraç eden ülkeler, kendi finansman araçlarının yabancı yatırımcılar tarafından da tercih edilmesi⁶⁵ hedefine hizmet edecek biçimde yeniden yapılandırılması çalışmalarına öncelik vermişlerdir. Bu çalışmalar, bir anlamda finans sektöründe sınırların kaldırılması ile finansal araçların entegrasyonunun sağlanması⁶⁶ ve böylelikle de uluslararası etkin bir sermaye piyasasının yapılandırılmasını sonuçlamıştır⁶⁷.

Bu gelişmeler doğrultusunda, seksenli yılların ortalarında Avrupa Komisyonu tarafından taşınmaz edinimine ilişkin kredilerin serbest dolaşımını gerçekleştirmeyi ve teminatlı borçlanma senetlerinin yeknesaklaştırılmasını hedefleyen iki direktif taslağı hazırlanmıştır. Bu çalışmalar taslaktan öteye gidememişse de 2001 tarihinde değişikliğe uğrayan UCITS Direktifi'nin 22 (4) maddesindeki düzenlemeler ile teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin yeknesak bir Avrupa standardı⁶⁸ yakalanarak bu kurum ortak hukuki dayanağa kavuşmuştur. O halde, Avrupa'da teminatlı

⁶⁵ Bir finansal aracın ihraç edildiği ülke dışında; yabancı yatırımcılar tarafından tercih edilmesinde, derecelendirme kuruluşları tarafından gerçekleştirilen ekonomik değerlendirilmeler belirleyici olmaktadır. Karş. Giriş Bölümü'nde yer alan açıklamalarımız.

⁶⁶ Avrupa Birliği çerçevesinde özellikle ortak para birimine (euro) geçilmesi, entegre bir tahvil piyasası oluşturulmasını destekler nitelikte olmuştur.

⁶⁷ **Mortgage Banks and The Mortgage Bond**, s. 4.

⁶⁸ UCITS Direktifinde belirlenen standartlara, sigorta şirketleri ve diğer yatırım firmalarının hukuki yapılanmalarını ve yatırım esaslarını belirleyen direktiflerde de atıf yapılarak, yeknesak uygulamalara hukuki zemin hazırlanmıştır.

borçlanma senedi pazarını yöneten ilkelerin UCITS Direktifi md. 22(4)'de yer aldığı söylenebilir.

b. UCITS Direktifi

Teminatlı borçlanma senetlerinin, sermaye piyasalarında taleple karşılaşabilmeleri, yatırımcılar açısından güvenilir kabul edilmelerine bağlıdır. Güvenilirliğin temel şartı ise belirli özellikleri haiz olarak kanuni bir düzenlemeyle yapılandırılmış olmasıdır. Aksi halde, ihraç edilen borçlanma senedi taleple karşılaşmayacak ve finansman sağlama amacını da gerçekleştirememiş olacaktır.

Teminatlı borçlanma senetlerinin, güvenilirliğini sağlamak için taşımaları gereken özelliklerin bir bütün olarak Avrupa Birliği Hukuku çevresinde düzenlenmesi, UCITS Direktifi'nin 22 (4) maddesi ile gerçekleşmiştir⁶⁹. UCITS Direktifi (1985/611/AB), kolektif yatırım kuruluşlarının⁷⁰ devredilebilir menkul kıymetlere ilişkin yatırımlarının esaslarını düzenleyen bir direktiftir. 2001/108/AB Direktifi UCITS hükümlerinde çeşitli değişiklik ve yenilikler yapmıştır. UCITS değişik md. 22(1) düzenlemesine göre, yatırım fonları, tek bir kuruluş tarafından ihraç edilen menkul kıymetlerden fonun en fazla %5'lik tutarı kadar satın alabilecektir. Ancak

⁶⁹ Teminatlı borçlanma senetlerinin, risk ölçümlerinin harici kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmesine ilişkin hükümler içeren Sermaye Gerekliliği Direktifi (Capital Requirements Directive), 2006/48/AB Direktifi (kredi kuruluşlarının işlerini takip eden) ile 2006/49/AB Direktifi (yatırım kuruluşları ile kredi kuruluşlarının sermaye yeterliliklerine ilişkin) kapsayan ve 30.06.2006 tarihli AB Resmi Gazetesinde yayımlanmış bulunan bir direktiftir. Ekonomik hususlarda birçok belirsizlikler içeren bu direktifte yer alan düzenlemeler, ekonomi boyutu ağırlıkta olduğundan, çalışmamızda incelenmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Golin, s. 38-39.

⁷⁰ Tasarruf sahipleri, ihraççı şirketlerden, aracı kuruluşlardan ya da menkul kıymet borsalarından menkul kıymet almak suretiyle tasarruflarını değerlendirebilirler. Ancak, her yatırım aracının yatırım riski mevcuttur. Bu riskin en aza indirilerek, yatırımların en güvenli şekilde değerlendirilmesinin sağlanması amacıyla, küçük yatırımların uzmanlarca değerlendirilmesine kolektif (müşterek yatırım) denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Nomer, **Yatırım Ortaklıkları**, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2003, s. 5-6. Türk hukukunda yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları, kolektif yatırım kuruluşları niteliğindedirler. Yatırım fonları, sermaye sahiplerinden topladıkları paralarla aldıkları hisse senedi, tahvil gibi yatırım araçlarından oluşan portföyü, bu kişilerle aralarındaki sözleşme hükümleri çerçevesinde yönetirler. Yatırım fonlarının iç yapıları ve hukuki niteliklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Tahir Gürsoy, **Mukayeseli Hukukta ve Özellikle Türk ve İsviçre Hukuklarında Yatırım Fonları**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1977, s. 27 vd. Yatırım ortaklıkları ise halktan topladığı sermayesi ile riskin dağıtılması prensibine göre, çeşitli yatırım araçlarına yatırım yapan şirketlerdir. Sermayedar ile sermayesinin yönetilmesini

direktif, bu kurala bir istisna getirerek, ilgili menkul kıymetin UCITS değişik md. 22(4)'te öngörülen şartları taşıması halinde, tek bir kuruluş tarafından ihraç edilen bu özellikteki menkul kıymetlerden fon tutarının %25'i değerine kadar alım yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Görüldüğü üzere UCITS 22(4) maddesi esasen teminatlı borçlanma senedi kavramını tanımlamayı amaçlamamıştır. Hüküm, teminatlı borçlanma senetlerinin, ihraççılar açısından daha yüksek sermaye getirili bir finansman aracı ve yatırımcılar açısından daha güvenilir bir yatırım aracı olarak nitelendirilebilmelerinin ön koşullarını ortaya koymaktadır⁷¹.

Bir teminatlı borçlanma senedinin, Avrupa tahvil piyasasının bir parçası olabilmesi için anılan hükümde öngörülen dört şarta uyması zorunludur⁷². UCITS Direktifinin 22 (4) maddesinde, teminatlı borçlanma senetlerini güvenilir finansal araçlar yapan ortak kriterler şöyle sayılmaktadır⁷³:

Teminatlı Borçlanma Senetleri;

- kredi kurumları tarafından ihraç edilmelidir.
- ihraççı kredi kurumları yetkili kamusal makamların denetimi altında bulunmalıdır.
- kendilerinden kaynaklanan yükümlülükleri karşılayacak değerde teminatlandırılmış olmalıdır.
- senetleri ellerinde bulunduran yatırımcılara, ihraççı kurumların iflası halinde öncelikli haklar bahşedilmelidir.

Bu ortak kriterler çerçevesinde ihraç edilen borçlanma senetleri, bir kez ihraç edildikten sonra artık ikincil piyasada alınıp satılabilen menkul kıymetlerdir. Bu

sağlayan kuruluş arasında bir şirket ilişkisi mevcuttur. Türk sermaye piyasası hukukunda yatırım ortaklıklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, **Yatırım Ortaklıkları**, s. 47 vd.

⁷¹ **Mortgage Banks and The Mortgage Bond**, s. 5.

⁷² Kaelberer, **Konut Finansmanı Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi**, s. 89.

⁷³ **Mortgage Banks and The Mortgage Bond**, s. 18.

borçlanma senetleri, ihraç edildikleri ve tercih edildikleri ülkelerin menkul kıymetler borsalarına kote edilerek işlem görürler⁷⁴.

Tüm bu bilgiler ışığında aşağıdaki belirlemeleri yapmak mümkündür:

- Teminatlı borçlanma senetleri, Kara Avrupası hukuklarında çok uzun tarihi geçmişe sahip finansal araçlardır.
- Bu finansal araç, kullanıldığı her ülkede temelde aynı ekonomik esas üzerinde yapılandırılmıştır.
- Bununla birlikte; bu tahvilleri çıkaracak olan kurumlar ile bu tahvillerin çıkarılma usul ve esaslarına ilişkin düzenleme ve uygulamalar arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.
- UCITS Direktifi'nin 22 (4) maddesi, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde, farklılıklarla uygulanan teminatlı borçlanma senetlerinin sahip olmaları gereken ortak özellikleri somutlaştırmaktadır. Bu minimum standartları yakalayan finansal araçlar, ihraç edildikleri ülkede itibarlarını arttırdıkları gibi, yabancı yatırımcılar açısından da tercih edilir getiri ve güvence ile donatılmış olacaklardır.

c. Birliğe Üye Ülkeler

(1) Genel Bakış

Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelere, teminatlı borçlanma senedi ihracını kabul edenlerin tümünde, söz konusu borçlanma senetlerinin kanunla düzenlenmiş oldukları gözlemlenmektedir⁷⁵. Danimarka'daki 1850 tarihli ve Almanya'daki 1899

⁷⁴ Örneğin; Danimarka'nın finansman aracı olarak düzenlediği ve kullandığı "Realkreditobligationer", gerek yüksek getirisi ve gerekse güvenilirliği –yeterli teminatla donatılmış olması- dolayısıyla yatırımcılar tarafından hayli ilgi görmektedir. Bu tahviller Kopenhag Menkul Kıymetler Borsasının yanı sıra, Almanya, Hollanda, Portekiz, Finlandiya, Norveç ve İsviçre Borsalarında da yatırımcılara arz edilmektedir. Bir başka örnek olarak, Almanya'nın finansal aracı olan "Pfandbrief" ile Fransız "Obligation foncieres", "EuroCreditMTS" olarak anılan elektronik sermaye piyasasında işlem görme yeterliliğinde kabul edilmektedir. **Mortgage Banks and The Mortgage Bond**, s. 20.

⁷⁵ Avrupa Birliği'ne üye ülke hukuklarında teminatlı borçlanma senetlerinin düzenlenmesi ve ihraç esas ile usullerinin ayrıntılarına ilişkin olarak Danimarka için bkz. Stig Tørnes-Hansen, "Danimarka",

tarıhli “Rehinli Tahvil Kanunları” en eski düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa Birliği  yesi olan ya da üyelik için aday olan çoğu ülkedeki kanuni düzenlemeler ise oldukça yeni tarihlidir⁷⁶. Bu  lkeler, gelişen ve sermayeyi çeken teminatlı borçlanma senedi piyasasından pay alabilmek için, UCITS standartları doğrultusunda ilgili kanunlarını yeniden d zenlenmişler ya da yeni kanuni düzenlemeler yapmıřlardır⁷⁷. Böylelikle, Kara Avrupasında oldukça köklü bir geleneğe sahip olan teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin düzenlemeler, evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere, Avrupa Birliği UCITS direktifi ile yeknesaklık kazanmıřtır⁷⁸.

Teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin piyasaya katılan Avrupa Birliği  yesi ülkeleri, iki ayrı grupta incelemek mümkündür. İlk grubu, bu piyasada pazar payı yüksek olan başta Almanya ve sırasıyla Danimarka ile Fransa oluşturmaktadır. İkinci grup ihraç potansiyeli düşük olan ülkeleri kapsar. Bunların da kendi aralarında, kanuni düzenlemeleri eski tarihli olanlar (Lüksemburg ve İspanya gibi) ve gerek AB’ye gerekse teminatlı borçlanma senetleri piyasasına görece yeni katılmış, ilgili kanuni düzenlemeleri yeni tarihli olan doğu Avrupa  lkeleri (Macaristan, Polonya, Slovakya,  ek Cumhuriyeti gibi) olarak ikiye ayrılmaları isabetli olacaktır.

Covered Bonds (Editör: Golin), s. 99 vd.; Fransa için bkz. Regina Koelsch, “France”, **Covered Bonds** (Editör: Golin), s. 119 vd.; İrlanda için bkz. Arjan Verbeek / Fritz Engelhard, “Ireland”, **Covered Bonds** (Editör: Golin), s. 160 vd.; İspanya için bkz. Florian Hillenbrand, “Spain”, **Covered Bonds** (Editör: Golin), s.174 vd.; Finlandiya için bkz. Otmar Schwarz, “Finland”, **Covered Bonds** (Editör: Golin), s. 223 vd.; İtalya için bkz. Florian Hillenbrand, “Italy”, **Covered Bonds** (Editör: Golin), s.233 vd.; Lüksemburg için bkz. Alexander Heinrich, “Luxembourg”, **Covered Bonds** (Editör: Golin), s.244 vd.

⁷⁶ İspanya (5.5.1981), Portekiz (16.4.1990), Çekoslovakya (1.7.1995), Slovakya (1.3.1996), Macaristan (7.6.1997), Lüksemburg 19.12.1997, Polonya (1.1.1998), Romanya (31.3.2006), Finlandiya (1.1.2000), Bulgaristan (13.10.2000), İrlanda (22.3.2002), Litvanya (15.10.2003).

⁷⁷ Bu gelişme hareketine ilişkin genel bilgi için bkz. Otmar M. Stöcker, “Die Weiterentwicklung des Pfandbriefrechts in Europa”, **Immobilien & Finanzierung** 23, 2002, s. 40 vd. Ayrıca mevcut kanununda değişiklik yapan Polonya ve yeni kanun yapma yoluna giden Finlandiya  rnekleri ve bu ülkelerdeki kanunlaşma hareketinin genel yapısı hakkında bilgi için sırasıyla bkz. Otmar M. Stöcker, “Die Novelle des Hypothekenbankgesetzes in Polen”, **Immobilien & Finanzierung** 18, 2002, s. 575 vd. ile Otmar M. Stöcker, “Das neue Hypothekenbankgesetz in Finland”, **Der Langfristige Kredit** 15 – 16, 2000, s. 44 vd.; “Comparison of Covered Bond Legislation in Europe”,  evrimi i: www.hypverband.de, 13.3.2006, Erişim: 08.01.2007, s. 1 – 3.

⁷⁸ Nasarre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 109.

Almanya, gerek teminatlı borçlanma senetleri pazarında en büyük ihraç payına sahip olması ve gerekse köklü bir kanuni düzenlemeye sahip olması bakımlarından önem arz etmektedir. Bu itibarla, Alman Hukukundaki mevzuatın genel yapısı aşağıda özel olarak incelenecektir. Alman mevzuatının düzenlemiş olduğu esaslar ise İTMK düzenlemeleri ile paralel olarak çalışmamızın ilgili kısımlarında değerlendirilecektir.

Avrupa Birliği'ne üye diğer ülkelerdeki mevzuatın yapısı ise tek tek incelenmeyecektir. Örneksime yoluyla seçilen birliğe üye belirli ülke kanuni düzenlemelerindeki temel esaslar ise “Avrupa Teminatlı Tahviller Konseyi” (European Covered Bond Council) raporları doğrultusunda belli başlıklar altında toplanıp⁷⁹, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde İTMK’ler ile benzerliklerin ve farklılıkların vurgulanması suretiyle ortaya konulacaktır.

(2) Alman Hukuku

Alman Hukuku’nda rehinli tahvil (pfandbrief) ihracının⁸⁰ esaslarını düzenleyen ilk kanuni düzenleme 13 Temmuz 1899 tarihli “İpotek Bankası Kanunu”dur (Hypothekenbankgesetz). Bu kanun birçok kez değişikliğe uğramış, ismi de dahil olmak üzere düzenlediği esaslar köklü biçimde değiştirilmiştir. Günümüzde, rehinli tahvillerin tâbi olduğu esaslar 22 Temmuz 2005 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan “Rehinli Tahvil Kanunu” (Pfandbriefgesetz)⁸¹ tarafından düzenlenmektedir.

⁷⁹ Bu başlıklar, ihraççıların yapısı, teminat konusu varlıkların denetimi, teminatlı borçlanma senetleri ile bunların karşılığını teşkil eden varlıklar arasındaki ilişki, teminat konusu varlıkların ihraççının iflası halinde iflasın hukuki sonuçlarından nasıl korunacağı olmak üzere tespit edilmiş olup çalışmamın ilgili bölümlerinde yer alacaktır.

⁸⁰ Rehinli tahvil ihracına ilişkin uygulamadan belirgin farklılıklar ile ayrılan seküritizasyon yöntemi ile menkul kıymetleştirme yapılması Alman Hukuku’nda gerek yasal temele sahip olmaması, gerekse bu hukukta ayrıntılı yasal düzenlemeye ve köklü bir uygulamaya sahip finansman sisteminin zaten bulunuyor olması sebepleri ile bu zamana dek fazla tercih edilir bir yöntem olamamıştır. Bu itibarla Alman Hukukuna ilişkin olarak sadece birer teminatlı borçlanma senedi olan rehinli tahviller (pfandbrief) aracılığıyla finansman üzerinde yoğunlaşılacaktır. Alman Hukukunda “seküritizasyon” yöntemi ile finansman sağlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Asset-backed Securitization in Europe**, Editör: Theodor Baums / Eddy Wymeersch, London, 1996, s. 88 vd.

⁸¹ Gesetz zur Neuordnung des Pfandbriefrechts vom 22 Mai 2005 (BGBl. 2005 Teil I, 1373-1393).

Alman Rehinli Tahvil Kanunu 7 ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, “Uygulama Alanı, Lisans ve Denetim” başlığı altında terminolojik bilgi ile lisans ve denetime ilişkin genel bilgileri içermektedir.

İkinci bölümde “Rehinli Tahvil İhracına İlişkin Genel Hükümler” başlığı altında, teminat havuzundaki varlıkların karşılık teşkil etmesi, teminat sicili, rehinli tahvillerin içeriği, teminat sorumlusu, teminat sorumlusunun yükümlülükleri, teminat sorumlusunun görev - yetkileri, teminat sorumlusuna ödenecek ücret ve sorumlu ile ihraççı arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler yer almaktadır.

Kanunun üçüncü bölümünde “Teminat Teşkil Edecek Varlıklara İlişkin Özel Hükümler” başlığı altında üç alt bölüm yer almaktadır. Çalışmamızda yalnızca taşınmaz rehinli tahvillere ilişkin birinci alt bölümdeki düzenlemelere yer verilmiştir. Bu alt bölümde, teminat teşkil edecek varlıkların nitelikleri, bulunduğu yer, sahip olması gereken şartlar belirlenmiştir. Buna ek olarak, ihraç limiti, teminat teşkil eden varlıkların riskten korunmasına ilişkin sigorta sözleşmeleri, değerlemeye ilişkin düzenlemeler, geri ödemelere bağlı olarak teminat teşkil eden taşınmaz rehinlerinin değerinin indirilmesi ile taşınmaz rehinlerine ve teminat teşkil eden diğer varlıklara ilişkin çeşitli düzenlemeler de yer almaktadır.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu’nun dördüncü ana bölümü “Rehinli Tahvil İşine İlişkin Genel Hükümler” başlığı altında risk yönetimine ve şeffaflık ilkelerine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Beşinci bölümde, haciz, icra ve iflasa ilişkin hükümler yer almaktadır. Alman Rehinli Tahvil Kanunu hükümlerinin ihlaline ilişkin çeşitli yaptırımlar öngören altıncı bölümü, “Son Hükümler” başlığı altındaki yedinci ve son bölüm takip etmektedir. Son hükümler arasında, “rehinli tahvil” isminin korunması, ihraççıların lisansları, ihraç limiti, teminat sorumlusunun erken belirlenmesi ve geçiş hukukuna ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.

Rehinli tahvillere ilişkin olarak Alman Hukukun’daki ikincil nitelikte düzenlemeler ise Finansman Sicili Tüzüğü (Refinanzierungsregisterverordnung – RefiRegV),

Teminat Sicili Tüzüğü (Deckungregisterverordnung – DecRegV), Net Bugünkü Değer Tüzüğü (Pfandbrief-Barwertverordnung – PfandBarwertV), Taşınmaz Rehini Karşılığında Ödünç Değeri Tüzüğü (Beleihungswertermittlungsverordnung – BelWertV) olarak sıralanabilir⁸².

2. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukukunda rehinli tahviller (pfandbrief) ilk olarak ZGB md. 916-918 arasında düzenlenmiş idi. Bu yetersiz hükümlerin ZGB’den çıkarılması ve 25.06.1930 tarihli “Rehinli Tahvilat Çıkarılması Hakkında Federal Kanun”un (Pfandbriefgesetz) (PfG)⁸³ 01.02.1931 tarihinde yürürlüğe girmesi ile rehinli tahviller halen yürürlükte olan ayrıntılı kanuni düzenlemeye kavuşmuşlardır⁸⁴.

PfG, sekiz bölüm, 52 maddeden oluşmaktadır. İlk bölüm, merkezi rehinli tahvil kuruluşlarının (pfandbriefzentralen) amaçlarını, hak ve yetkilerini, görevlerini, kredi kuruluşları ile ilişkilerini düzenleyen hükümler içermektedir. İkinci bölümde, rehinli tahvil ihracı ve kredi kullandırma görevi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanunun üçüncü bölümü, rehinli tahviller ve kullandırılan kredilerin karşılığını teşkil edecek varlıklara ilişkindir. Teminat konusu varlıklar ve bunların idaresine ilişkin hükümlerin yanı sıra bu bölümde, merkezi rehinli tahvil kuruluşları ve bunlara üye kredi kuruluşları tarafından tutulacak rehin sicilleri de düzenlenmiştir. Ayrıca, rehinli tahvil ihracının bel kemiği olarak nitelendirilebilecek olan, rehinli tahvil alacaklılarının teminat konusu varlıklar üzerinde sahip oldukları atipik rehin hakkı da yine bu bölüm içinde hükme bağlanmıştır. Kanunun dördüncü bölümü, üçüncü bölümde düzenlenen rehin hakkından, hak sahiplerinin hangi hallerde, nasıl

⁸² Tüzüklerin tam metinleri Alman Rehinli Tahvil Bankaları Birliği’nin (Verband Deutscher Pfandbriefbanken) web sayfasında Almanca ve İngilizce olarak bulunmaktadır. Çevrimiçi: www.pfandbrief.de/publicity/vdh/internet.nsf/tindex/de_verordnungen.htm, Erişim: 03.03.2008.

⁸³ Pfandbriefgesetz tam metin için bkz. Çevrimiçi: www.ecbc.hypo.org/Content/Default.asp, Erişim: 03.03.2008.

⁸⁴ Kanunlaştırma hareketinin gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hunziger, s. 31 vd.; Cansel, **Rehinli Tahvilat**, s. 296; Köprülü / Kaneti, s. 559; Özer Seliçi, “Türkiye’de Başarılı Bir Mortgage Uygulaması için Gerekli Hukuki Şartlar”, **Mortgage-İpoteğe Dayalı Uzun Vadeli Konut Kredisi Semineri**, İstanbul, 2001, s. 88.

yararlanabileceklerine ilişkin hükümler içermektedir. Takip eden beşinci bölüm, rehinli tahvillerin karşılığını teşkil edecek alacak haklarının teminatını teşkil eden taşınmazların değerlemesine ve bu değer ile kredi tutarı arasındaki oranlamalara ilişkindir. Altıncı bölümde kamusal denetime ilişkin hükümler, yedinci bölümde, ihraççıların hukuki ve cezai sorumluluğu düzenlenmiş bulunmaktadır. Nihayet kanun, sekizinci bölümdeki yürürlüğe ilişkin hükümler ile son bulmaktadır.

Bu kanunun uygulanmasına ilişkin ikincil nitelikteki düzenleme ise 23.01.1931 tarihli Rehinli Tahvil Tüzüğü'dür (Pfandbriefverordnung) (PfV)⁸⁵.

3. Türk Hukuku

a. Genel Bakış

Türk Hukuku'nda taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacaklar karşılık gösterilerek, taşınmaz rehni teminatlı borçlanma senedi ihraç edilmesine ilişkin iki farklı kanuni düzenleme bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, TMK'nun eşya hukuku kitabının sınırlı aynî haklar başlığı altındaki ikinci kısmının, taşınır rehnini düzenleyen üçüncü bölümünün dördüncü ayırımında bir finansman tekniği aracı olarak düzelenmiş olan “rehinli tahviller”e ilişkin düzenlemelerdir. İkinci ve daha yeni tarihli olan düzenleme ise, 2499 sayılı SerPK'nda yer alan “İTMK”lere⁸⁶ ilişkin düzenlemelerdir.

Ayrıntılı olarak düzenlenmesi TMK md. 972 hükmü uyarınca özel bir kanuna bırakılmış olan rehinli tahvil kurumu, böyle bir kanunun günümüze dek çıkarılmamış olması sebebiyle, ne yazık ki fiilen hiçbir zaman uygulama alanı bulamamıştır.

⁸⁵ Tüzüğün tam metni için bkz. Çevrimiçi: www.ecbc.hypo.org/Content/Default.asp, Erişim: 03.03.2008.

⁸⁶ Teminatlı tahvilleri düzenlerken kanun koyucunun, “tahvil” yerine, tahvilleri de kapsayarak daha geniş anlam içeren “menkul kıymet” ifadesi altında gruplandırma yapmak suretiyle yeni bir terim yaratması, kanaatimizce kanun hazırlama aşamasında faydalanılan yabancı mevzuat arasında bulunan “İrlanda Varlık Teminatlı Menkul Kıymetler Kanunu”nda (Irish Asset Covered Securities Act of 2001) tercih edilmiş olan terimin doğrudan tercüme edilmesi neticesinde ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Bu itibarla Türk Hukuku açısından sadece çalışma konumuzu teşkil eden İTMK'lere ilişkin mevzuat üzerinde durulacaktır.

b. “İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler”e İlişkin Mevzuat

İTMK'ler, 06.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5582 sayılı “Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁸⁷ tarafından 2249 sayılı SerPK'nunda değişiklikler ve yenilikler yapılması suretiyle düzenlenmiştir. SerPK'nun 3 (k) hükmünde ipotekli sermaye piyasası araçlarından biri olarak sayılan İTMK'lerin tâbi olduğu esaslar, aynı kanunun 13/A maddesinde ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

İTMK'lerin kanuni dayanağını teşkil eden, SerPK'nun 13/A maddesi on altı fıkradan oluşmaktadır. Maddenin içerdiği esaslara genel olarak bakıldığında öncelikle teminatlı borçlanma senedi niteliğinde düzenlenmiş İTMK'lerin tanımının verildiği

⁸⁷ Türk Hukuku'nda kurumsal bir konut finansmanı yöntemi yapılandırmayı hedefleyen, 06.03.2007 tarih ve 26454 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5582 sayılı “Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, ihtiyaç duyulan finansman taleplerine hizmet edebilecek nitelikte toplam 37 maddeden oluşmakta ve çeşitli kanunlara bazı değişiklikler ve yenilikler getirmektedir.

Bu değişiklik ve yeniliklerin;

- 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 45, 128, 128/a, 134 ve 149/a maddelerine fıkra eklenmesi ve kanuna bir geçici madde ilave edilmesi;
- 2499 sayılı SerPK'nun 3. maddesine (k) bendi eklenmesi, 13/A maddesinin başlığı ile birlikte değiştirilmesi, 13/B maddesinin ihdası, 22. maddesinin 1. fıkrasının (r) bendinin değiştirilmesi, 28. maddesinin (b) fıkrasına paragraf eklenmesi, 38/A – 38/B – 38/C maddelerinin ihdası, 39. maddenin değiştirilmesi, 39/A ve 40/D maddelerinin ihdası, 46/A maddesine fıkra eklenmesi, 46/C maddesinin ihdası, 47. maddesinin 1. fıkrasının (A) (5) ile (C) bendlerinin değiştirilmesi, 47/A maddesine fıkra eklenmesi ve kanuna 3 adet geçici madde ilave edilmesi;
- 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesine bend eklenmesi, 4. ve 7. maddelerinin 3. fıkralarının değiştirilmesi, 10/B maddesinin ihdası, 25. maddesine ek yapılması;
- 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 15. maddesine fıkra eklenmesi;
- 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'na Ek 10. maddenin ilave edilmesi;
- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrasının (1) ve (5) nolu bendleri ile 94. maddesinin 1. fıkrasının (7). bendine alt bend eklenmesi;
- 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun 29. maddesinin (i) ve (u) bendlerinin değiştirilmesi ve maddeye bend eklenmesi;
- 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 59. maddesinin 1. fıkrasına bend eklenmesi, bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifenin (A) (III) (1) fıkrasına bend eklenmesi ve (8) sayılı tarifenin (XI) (10) fıkrasının yürürlükten kaldırılması;
- 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'na bağlı (2) sayılı tablonun (IV) (36) (V) bölümüne fıkra eklenmesi;
- 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinin 4. numaralı fıkrasına bend eklenmesi şeklinde sıralanması mümkündür.

ve kimler tarafından ihraç edilebileceklerinin düzenlendiği görülmektedir. Bu tanıma göre İTMK'ler, ihraççının genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve oluşturulan teminat havuzundaki varlıklar karşılık gösterilmek üzere ihraç edilen teminatlı borçlanma senetleridir.

Tanımı takiben, bu menkul kıymetlerin teminatını teşkil edecek varlıkların bir teminat havuzu içinde izlenecekleri belirtilerek, sırasıyla teminat teşkil edecek varlıkların sahip olmaları gereken şartlara, teminat değerinin hesaplanması ve değerlendirme esaslarına ve teminat havuzuna bazı ikame varlıkların da dahil edilebileceğine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Teminat havuzuna dahil edilebilecek bir başka değer olarak, teminat teşkil eden varlıkların riskten korunması amacıyla yapılan sözleşmeler belirtildikten sonra, teminat konusu varlıklardan oluşan alacak havuzunun sahip olması gereken nitelikler hükme bağlanmıştır. Teminat konusu alacaklardan oluşan havuzun denetimi için bir teminat sorumlusu belirlenmesi zorunluluğunu getiren düzenlemeyi, bu sorumlunun görevleri ve yetkilerine ilişkin hükümler takip etmektedir.

SerPK md. 13/A f.1 hükmünün ilk cümlesinde, “İTMK'ler ihraççıların genel yükümlülüğünde olan borçlanma senetleridir” ifadesi yer almaktadır. Bir alacağın sona erdirilmesinin normal usulü ifadır. Borçlunun sorumlu olmasının bir anlamı, borçlunun tüm malvarlığının borcunun teminatını teşkil etmesidir⁸⁸. Böylelikle, borçlunun borcunu ifa etmediği hallerde, alacağın borçlunun malvarlığından tahsili mümkün olacaktır. “İTMK'ler ihraççının genel yükümlülüğündedir” ifadesi bu anlamda değerlendirildiğinde, İTMK'lerden kaynaklanan alacaklardan ihraççıların tüm malvarlıkları ile sorumlu olacaklarına ilişkin genel kuralın bir tekrarı niteliğindedir.

⁸⁸ M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s. 13; Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme**, C. I, Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008, s. 29; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993, s. 21; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich, 1964, s. 13; Erman, **Medeni Hukuk**, s. 87.

Ancak tüm teminatlı borçlanma senetlerinde olduğu gibi, İTMK düzenlemelerinde de, yatırımcıların İTMK’lerden kaynaklanan alacak hakkı, ihraççının malvarlığı dahilinde bulunan ve ihraç ettiği İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere belirli kılınan teminat konusu varlıklar ile de güvence altına alınmıştır. Bu güvencenin nasıl sağlanacağına ilişkin esaslar da yine aynı hükümde düzenlenmiş bulunmaktadır⁸⁹.

Görüldüğü üzere SerPK’nun 13/A maddesi çok fazla esası bir arada düzenleyen oldukça hacimli bir hüküm halini almıştır. 5582 sayılı Kanun’un yapılması esnasında yararlanılan Alman “Rehinli Tahvil Kanunu”nda iki ana bölümde toplanmış yaklaşık yirmi madde ile düzenlenmiş olan esasların, burada tek bir maddede birarada düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu sebeple teminat konusu varlıklara ilişkin tutulacak sicil, ikame varlık olarak teminat havuzuna dahil edilebilecek benzer nitelikli varlıkların belirlenmesi, teminat teşkil edecek varlıkların sahip olmaları gereken minimum standartların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, teminat sorumlusunun sahip olması gereken nitelikler, ihraççının yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde SPK tarafından atanacak idareciye veya Yatırımcıları Koruma Fonuna teminat havuzundaki varlıklardan ödeme yapılmasına ilişkin esaslar, İTMK’lerin ihraç limiti ve şartları, teminat havuzundaki varlıkların riskten korunması amacıyla yapılabilecek sözleşmeler ve İTMK’lerin kurul kaydına alınmasına ilişkin usul ve esaslar gibi birçok önemli hususa ilişkin ayrıntılı düzenlemeler SPK’nun daha sonraki düzenlemelerine bırakılmıştır. SPK bu çerçevede, “Sair Menkul Kıymetler” adı altındaki III. Seri Tebliğ kategorisinde, 33 no’lu “İpotek Teminatlı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”i hazırlamıştır. Tebliğ, 04.08.2007 tarihinde 26603 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁹⁰. İTMK’lerin tâbi olduğu esasların ayrıntılı olarak

⁸⁹ Bu güvencenin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. Bölüm V / II / E / 1 / b / (1). Adıgüzel, İTMK ihraççısının bütün malvarlığı ile sorumluluğunun, teminat havuzuna kıyasla ikinci derece bir sorumluluk olduğunu kabul etmektedir. Burak Adıgüzel, **İpotekli Sermaye Piyasası Araçları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 335. İhraççının tüm malvarlığı ile sorumluluğunu ikincil bir sorumluluk olarak ifade etmek mümkün değildir. İhraççının, İTMK’lerden kaynaklanan borçlarından tüm malvarlığı ile sorumlu olması esastır. Buna ek olarak İTMK alacaklılarına, teminat havuzunu oluşturan varlıklar ile de kanunun öngördüğü esas ve usuller çerçevesinde ek bir güvence sağlanmıştır.

⁹⁰ SPK, SerPK’nun 22. maddesi çerçevesinde kendisine tanınan düzenleyici işlem yapma yetkisini, daha ziyade yönetmeliğe benzeyen “tebliğ”ler yayımlamak suretiyle kullanmaktadır. Sermaye

düzenlendiği Seri III / 33 no’lu Tebliğ’in hükümleri de, İTMK’lerin halka arzına izin vermek, arz ve ihracı düzenlemek ve denetlemek anlamında bağlayıcıdır.

Diğer taraftan, İTMK ihracına dayalı olarak yapılandırılan konut finansmanı sisteminin önemli unsurlarından biri olan “gayrimenkul değerlemesi” de SPK’nca bir tebliğ ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, 12.8.2001 tarih ve 24491 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Seri VIII 35 No’lu “Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Değerleme Hizmeti Verecek Şirketlere ve Bu Şirketlerin Kurulca Listeye Alınmalarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”in adı ve hükümleri, 02.08.2008 tarih ve 26601 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Seri VIII 53 No’lu “Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Gayrimenkul Değerleme Hizmeti Verecek Şirketler ile Bu Şirketlerin Kurulca Listeye Alınmalarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” ile değiştirilmiştir.

İTMK’lerin tâbi olduğu esasların ana hatları ile SerPK’nda tek bir maddede düzenlenmesi ve ayrıntılı düzenlemelerin ikincil nitelikteki mevzuat hükümlerine bırakılmış olması yerine, Alman Hukuku’ndaki rehinli tahvil (pfandbrief) düzenlemelerinde olduğu gibi, tüm esasların tereddüte yer bırakmayacak ayrıntıdaki bir kanunla düzenlenmiş olmasının daha isabetli olacağını belirterek bu bölümü noktalıyoruz.

piyajasında yaşanan hızlı değişimlere ayak uydurabilmek için kuralların tebliğler aracılığıyla daha seri yenilenmesi benimsenmiş; ancak zorunluluktan kaynaklanan bu uygulama, hukuk normları hiyerarşisinde bozukluğa yol açacağı endişesi ile eleştirilmiştir. Bkz. Reha Tanör, **Türk Sermaye Piyasası**, C.I, 2. bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 65.

İKİNCİ BÖLÜM

İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMETLERİN

İÇERDİĞİ HAKLAR, HUKUKİ NİTELİĞİ ve

İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMET İHRAÇÇILARI

I. İTMK Sahibi Yatırımcıların İTMK’lerden Kaynaklanan Hakları

A. Genel Bakış

Sermaye piyasası araçlarını ihraç ve halka arz ederek kaynak isteyenlerin karşısında, tasarruflarını bu alanda değerlendirmeyi düşünen fon arzedenerler, bir başka deyişle sermaye piyasası araçlarına yatırım yapan bireysel ve kurumsal yatırımcılar yer alır¹. Bu anlamda İTMK satın almak suretiyle tasarruflarını değerlendirecek tüm gerçek ve tüzel kişi yatırımcıların İTMK alacaklısı olması mümkündür. Ancak, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 3. bend (h) hükmünde, İTMK yatırımcıları içinde belirli özellikleri haiz bir grubun, “nitelikli yatırımcılar” olarak tanımlanmış oldukları görülmektedir. Bu düzenleme uyarınca nitelikli yatırımcılar, yerli ve yabancı yatırım fonları, emeklilik fonları, yatırım ortaklıkları, aracı kurumlar, bankalar, sigorta şirketleri, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, emekli ve yardım sandıkları, vakıflar, 17.7.1064 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu geçici 20. maddesi uyarınca kurulmuş olan sandıklar, kamuya yararlı dernekler ile nitelikleri itibariyle bu kurumlara benzer olduğu SPK’nca belirlenecek olan diğer yatırımcılar ve İTMK’lerin halka arz tarihi itibariyle en az 1 milyon YTL tutarında Türk ve/ya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek ve tüzel kişiler olarak belirlenmiştir.

Yatırımcı kavramı içinde nitelikli yatırımcı statüsünde bir alt grubun yaratılmış olması, kamunun aydınlatılması ilkesi doğrultusunda İTMK’lerin kayda alınmalarına ilişkin olarak özellik arz etmektedir. SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 26. fıkra son hükmü doğrultusunda, yurt dışındaki yatırımcılara veya nitelikli yatırımcı olarak nitelendirilen yatırımcılara satılacak olan İTMK’lere ilişkin olarak, Tebliğ’in 26.

¹ Tanör, s. 135.

maddesinde düzenlenen izahname ve sirküler düzenlenmeyecektir. Bu İTMK'ler, Tebliğ md. 27 hükmünde düzenlenmiş olan halka arz edilmeksizin satılacak İTMK'lerin kurul kaydına alınmasına ilişkin esaslar doğrultusunda kamunun bilgisine sunulacaklardır.

B. Yatırımcıların İTMK'den Kaynaklanan Hakları

1. Anapara Alacağı ve Bu Alacağı Talep Hakkı

Çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz “teminatlı borçlanma senedi” kavramının tanımı² ve taşınmaz rehni teminatlı bir borçlanma senedi türü olarak yapılandırılan İTMK'lerin SerPK md. 13/A f. 1'de yer alan kanuni tanımı³ doğrultusunda; İTMK ihraççıların, İTMK'leri yatırımcılardan ödünç para almak amacıyla ihraç ettikleri açıktır. Bu çerçevede İTMK yatırımcılarının borcu, İTMK ihraç bedellerini tek seferde peşin olarak ihraççıya ödemekten ibarettir⁴.

Bu şekilde satın alınan İTMK'ler, artık yatırımcının para alacağını temsil eden bir alacak senedidir⁵. Zira, satışa çıkarılan bu menkul kıymetlerde kendini gösteren hak, ödünç vermeden doğan bir alacak hakkıdır⁶. O halde, İTMK yatırımcılarının İTMK'lerden kaynaklanan haklarından ilki, anaparanın kendilerine ödenmesini (tediyeyi) talep etmeye yöneliktir⁷.

SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 4 f. 2, İTMK'lerin nama veya hamiline yazılabileceği belirtmiştir. Nama yazılı senetlerde borçlu, ancak senedin hamili bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun halefi olduğunu ispat eden şahıslara

² Bkz. Bölüm I / II / B.

³ Bkz. Bölüm I / II / F / 3 / b.

⁴ Adıgüzel, s. 358.

⁵ Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen/Helvacı), s. 17; Reha Poroy / Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 51; Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s. 33.

⁶ Haluk Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 341.

⁷ Alacaklının alacağı isteme yetkisinin talep hakkı olarak adlandırıldığına ilişkin olarak bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s.12.

senet bedelini ödemekle yükümlüdür⁸. Buna göre, İTMK’lerin nama yazılmış olması halinde İTMK ihraççısı, İTMK üzerinde adı yazılı olan veya onun halefi olduğunu ispat edebilen kimselere ifada bulunmak suretiyle borcundan kurtulabilecektir. Diğer taraftan, hamiline yazılı İTMK’lerden kaynaklanan anapara alacağını talep etme hakkı İTMK hamilinde olacaktır. Hamil, anapara alacağını ancak İTMK’in vadesi sonunda talep edebilecektir.

İTMK ihraççısı, nama yazılı İTMK’lerde senette adı yazılı olan veya onun halefi olduğunu ispat eden şahıslara, hamiline yazılı İTMK’lerde ise senet hamiline, İTMK’ler üzerinde yazılı olan miktarı kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü vermektedir⁹. İTMK’ler kıymetli evrak niteliğini haiz olduklarından¹⁰, bunlardan kaynaklanan alacak hakkı tamamen senede bağlı olarak tedavül edecektir¹¹.

2. Faizi Talep Hakkı

“Faiz” kavramına ilişkin olarak, doktrinde çeşitli tanımlar verilmiştir. Bir grup yazar faizi, bir para borcu söz konusu olduğunda, alacaklıya, borcun konusu olan paradan yoksun kaldığı süre için tanınan bir karşılık olarak kabul etmektedir¹². Bazı yazarlar, faizin esasını, borçlunun alacaklıya ödeme yapana kadar geçen süreden faydalanması olarak vurgulamıştır¹³. Faizi bir miktar paranın kullanılmasının karşılığı olarak kabul

⁸ Öztan, s. 43; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Helvacı), s. 43; Poroy / Tekinalp, s. 81

⁹ Aynı yöndeki belirleme için bkz. Adıgüzel, s. 330.

¹⁰ Karş. Bölüm II / II / A kısmında yer alan açıklamalarımız.

¹¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 142. Ayrıca karşı. Bölüm II / II / A kısmında yer alan açıklamalarımız.

¹² Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 241; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, 2008, s. 939; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitapevi, Genişletilmiş 10. Bası, Ankara, 2008, s. 455; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 61. “Alacaklının nakdinden bir süre için yoksun kalması nedeni ile nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği miktarı kanun ya da hukuki işlem ile belirlenmiş, para borçları bakımından özel olarak düzenlenen, tahsili için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminat, bir medeni semeredir”. Mehmet Helvacı, **Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 65.

¹³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 786.

edilmesi¹⁴ ise faiz ödeme yükümlülüğünün söz konusu olması için mutlaka paranın kullanılmış olması gerekliliğinin aranmaması bakımından eleştirilmiştir¹⁵.

Faiz, anapara alacağından ayrı bir talep hakkı olup, kural olarak asıl alacağı genişleten bir fer'i nitelik arz etmektedir¹⁶. Her para borcu için faiz ödenmesi gerekmemekle birlikte, faiz borcunun kanundan ya da hukuki işlemten kaynaklanması mümkündür. Hukuki işlemlerden sözleşmelerde, taraflar, faiz ödenmesini kararlaştırarak, para borçlusunu hukuki işlemten kaynaklanan bir faiz ödeme yükümlülüğü (akdi faiz) altına sokmaktadırlar¹⁷. Bu doğrultuda İTMK'ler açısından değerlendirme yapıldığında, İTMK ihraççısının faiz ödeme borcu, İTMK alacaklısının satın aldığı menkul kıymet karşılığında ihraççıya ödemiş olduğu paradan mahrum kaldığı süre için kendisine tanınan bir karşılık olarak, yatırımcıları ile ihraççı arasındaki sözleşme çerçevesinde öngörülmüştür.

SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 4 hükmünde, İTMK'lerin sabit ya da değişken faizli olarak ihraç edilebilecekleri düzenlenmiştir. İTMK ihraççısının kredi kuruluşu niteliğinde olduğu durumlarda, ihraççının İTMK sahiplerinden topladığı fona ödeyeceği faiz ile İTMK'in karşılığı olarak gösterdiği kredi alacaklarına ilişkin faiz arasındaki farktan kâr sağlayacağından, İTMK'lere ilişkin olarak belirlenecek olan faiz haddinin önem arzettiği vurgulanmalıdır¹⁸.

¹⁴ Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 93; Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 4. Bası**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s. 107.

¹⁵ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 241, dipnot 180; Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1992, s. 124-125.

¹⁶ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 242; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 786; Von Tuhr, s. 64; Helvacı, **Faiz Kavramı**, s. 50 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 939; Barlas, **Temerrüt**, s. 125; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 457.

¹⁷ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 242; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 786; Von Tuhr, s. 62; Barlas, **Temerrüt**, s. 125; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 940.

¹⁸ Adıgüzel, s. 332. Rehinli tahvillere ilişkin olarak, tahvil ihraççısının üçüncü kişilere kullandırmış olduğu kredilerden aldığı faiz ile ihraç ettiği tahvillere ödediği faiz arasındaki farkın ihraççı kredi kuruluşunun kârını teşkil edeceği yönündeki belirleme için bkz. Cansel, **Rehinli Tahvilat**, s. 302.

3. Teminat Konusu Varlıklardan Öncelikle Tatmin Edilmeyi Talep Hakkı

SerPK md. 13/A f. 15 hükmü uyarınca, ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası halinde, teminat konusu varlıklardan¹⁹ elde edilen gelir, öncelikle İTMK sahiplerine ve türev sözleşmelerin²⁰ karşı taraflarına yapılacak ödemelerde kullanılacaktır. Öncelik hakkı olarak isimlendirdiğimiz bu hakkın hukuki niteliği çalışmamızın beşinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacağından, burada ilgili bölüme yollama yapmakla yetineceğiz²¹.

4. Teminat Konusu Varlıkları İflas Masasından Ayırma Hakkı

SerPK md. 13/A f. 13 hükmü uyarınca, İTMK'ler itfa edilinceye kadar, teminat teminat konusu varlıklar iflas masasına dahil edilemeyecektir. İTMK alacaklılarının iflas masasından ayırma hakkı olarak isimlendirdiğimiz bu hakkın hukuki niteliği çalışmamızın beşinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacağından, burada ilgili bölüme yollama yapmakla yetineceğiz²².

5. İhraççıyı Dava ve Takip Hakkı

SerPK md. 13/A f. 16 hükmü, ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirememesi ve teminat konusu varlıkların İTMK sahiplerinin alacaklarını karşılamaya yetmemesi halinde; İTMK'lerden kaynaklanan alacağı karşılanamayan İTMK sahiplerinin ihraççının teminat konusu varlıklar dışında kalan malvarlığı değerlerine başvurabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme, İTMK'lerin, ihraççının tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu borçlanma senetleri olmalarının doğal bir sonucu olup; İTMK sahiplerinin gereği gibi karşılanmayan İTMK kaynaklı alacakları bakımından ihraççıyı dava ve takip hakkı bulunmaktadır.

¹⁹ Teminat konusu varlıklara ilişkin olarak bkz. Bölüm III / III.

²⁰ Türev sözleşmelere ilişkin bilgi için bkz. Bölüm III / III / C / 1.

²¹ Bkz. Bölüm V / II / E / 1 / b / (1).

²² Bkz. Bölüm V / IV / C / 1.

II. İTMK'lerin Hukuki Niteliği

A. Kıymetli Evrak Niteliği

Bir senet ancak, kıymetli evraka ilişkin özellikleri taşıması halinde kıymetli evraktır. TTK md. 557 hükmü, kıymetli evrakı şu şekilde tanımlamıştır: “Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunlarda mündemiç olan hak senetten ayrı olarak dermeyeran edilemeyeceği gibi, başkalarına da devrolunamaz.” Doktrinde kıymetli evrak, kanuni tanım gözönünde bulundurularak, “içeriğinde yer alan hak, senetten ayrı ileri sürülemeyen ve senetten ayrı olarak devredilemeyen senetler” olarak tanımlanmaktadır²³. Bu çerçevede bir senedin kıymetli evrak olarak tavsifinde esas alınacak unsurlar, “senet”, “devredilebilir nitelikte hak” ve “hak ile senedin birbirine bağlanmış olması (senette mündemiç olmak)”²⁴ olarak belirlenebilir.

TTK'na yer alan tanıma bağlı olarak belirlenen unsurlara uygun her senedin kıymetli evrak sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olmakla birlikte; kanunda cevaz verildiği sürece, kanunda belirtilen unsurları barındıran her senedin kıymetli evrak olarak nitelenebileceği yönündedir²⁵. Bu görüşe paralel olarak, SerPK md. 3 (b), SPK'na kıymetli evrak niteliğini haiz yeni menkul kıymetler ihdas etme yetkisi vermiştir. Bu çerçevede ihdas edilen borçlanma senetleri olan İTMK'ler de kıymetli evrak niteliğindedir. O halde İTMK alacaklıları, bu senetlerden kaynaklanan haklarını senetten ayrı ileri süremeyecekleri gibi; bu haklarını senetten ayrı olarak da devredemeyeceklerdir.

İTMK'lerde şekil yönünden hangi unsurların bulunması gerektiği ne SerPK md. 13/A hükmünde ne de SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'de düzenlenmiş değildir. SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'in, “İTMK” ibaresinin kullanımına ilişkin 5. maddesi, sadece bu Tebliğ'in hükümleri doğrultusunda ihraç edilmiş menkul kıymetler için

²³ Öztan, s. 9 vd; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen/Helvacı), s. 12; Poroy / Tekinalp, s. 25.

²⁴ Hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyecek (borçlu, senet ibraz edilmedikçe borcu ifa etmeyecek); senetten ayrı olarak devredilemeyecektir. Hak ve senedin birlikteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için Öztan, s. 13 vd; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen/Helvacı), s. 14; Poroy / Tekinalp, s. 23 vd.

²⁵ Öztan, s. 55; Poroy / Tekinalp, s. 37.

“İTMK” veya eşdeğerde bir ibarenin kullanılabileceğini düzenlemiştir²⁶. Hükümün lafzı doğrultusunda, “İTMK” kelimesinin senet metninde yer almasının, şekle ilişkin zorunlu bir unsur olmadığı sonucuna varılabilir.

İTMK’ler, konusu para olan bir alacak hakkı içermektedirler. Bu itibarla İTMK’lerin, temsil ettikleri hakkın türü bakımından, alacak senedi olarak kabul edilmeleri gerekir²⁷. Menkul kıymet niteliğini haiz olmalarının da sonucu olarak, ihraç edilen İTMK’lerin üzerinde itibari değerleri bulunmalı²⁸ ve İTMK’in ihtiva ettiği alacağın geri ödenmesine ilişkin esaslar²⁹ da yine senet metninde yer almalıdır. Diğer taraftan, alacaklıların, İTMK’lerin öngörülen zamandan önce ödenmesini isteyemeyecekleri ibaresinin de senet metninde bulunması gerekli kabul edilmelidir³⁰.

Kıymetli evrak, devir şekilleri bakımından nama – emre – hamiline yazılı kıymetli evrak olarak üç gruba ayrılmakta ve yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliği md. 4 uyarınca İTMK’ler, nama veya hamiline yazılı olarak ihraç edilebilmektedirler. Buna göre, İTMK’ler kanunen emre sayılan senetlerden olmadığından, bir kimsenin adına ya da ticaret unvanına düzenlenmiş olup, emre kaydını da içermemeleri halinde nama yazılı olarak düzenlenmiş sayılacaklardır³¹. Nama yazılı kıymetli evrak, TTK md. 559 / f. 1 ve f. 2 doğrultusunda, devir beyanı ve zilyetliğin nakli ile devredilebilmektedir³². Bu

²⁶ “İTMK” ibaresinin korunmasına ilişkin olarak bkz. Bölüm II / III.

²⁷ Alacak senetlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen / Helvacı), s. 17; Öztan, s. 33; Poroy / Tekinalp, s. 38. İTMK’lerin, alacak senedi olarak nitelendirilmesi yönünde bkz. Adıgüzel, s. 245.

²⁸ Karş. Bölüm II / II / B kısmında yer alan açıklamalarımız.

²⁹ Burada kastedilen İTMK’lerin itfa planı olarak da nitelendirilebilecek vade ve faize ilişkin esaslardır.

³⁰ İTMK ihracına dayalı finansman sisteminde amaç, İTMK’lerin vadeleri boyunca varlıklarını sürdürmelerini sağlamaktır. Bu itibarla, alacaklıların itfa planı dışında bir ödeme talep edemeyecekleri belirtilmelidir. Aynı esas, TTK md. 971 hükmünde, rehinli tahviller açısından öngörülmüştür. Burada da amaç, rehinli tahvillerin, belirlenen sürede ve öngörülen itfa planı doğrultusunda ödenebilmesini sağlamaktır. Bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 826.

³¹ Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Helvacı), s. 42.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 42-43; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Helvacı), s. 42-43; Poroy / Tekinalp, s. 86 vd.

çerçevede, nama yazılmış olan İTMK'ler, devredenin imzası ile devir alanın kimliğini barındıran yazılı devir beyanı ve zilyetliğin nakli ile devredilebilecektir.

Bir senedin metninde, hamile / hamiline kaydının var olması ya da senedin şekline göre her elinde bulunduranın haklı hamil sayılabilmesi hallerinde senet, hamiline yazılı olarak kabul edilmektedir³³. Hamiline yazılı kıymetli evrak, zilyetliğin karşı tarafa nakli ile devredilebilecektir³⁴. İTMK'ler, hamiline yazılı olarak kabul edilebilecek biçimde düzenlenmiş olmaları halinde, başkaca bir hukuki işleme gerek olmaksızın senedin zilyetliğin karşı tarafa intikali ile devredilmiş olacaklardır.

B. Sermaye Piyasası Aracı Niteliği

SerPK'nda düzenlenmiş kıymetli evrak türlerinin tamamı menkul kıymet niteliğindedir³⁵. SerPK md. 13/A hükmünde düzenlenmiş olan İTMK'ler de, bu anlamda menkul kıymet niteliğinde birer sermaye piyasası aracıdır. SerPK md. 3 (b) hükmünde yer alan tanım uyarınca, menkul kıymetlerin ortaklık ya da alacaklılık hakkı sağlamaları gerekmektedir³⁶. İTMK'ler, SerPK md. 13/A f. 1 hükmünde ifadesini bulmuş olan borçlanma senedi nitelikleri gereği, alacaklılık hakkı sağlayan menkul kıymetlerdir³⁷. SerPK md. 3 (b) hükmü doğrultusunda İTMK'ler, belirli bir itibari değer üzerinden ihraç edileceklerdir. Bu itibari değer senet metninde yer alması gereklidir.

³³ Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Helvacı), s. 58.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 51; Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Helvacı), s. 58-59; Poroy / Tekinalp, s. 111-112.

³⁵ Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen/Helvacı), s. 6; Öztan, s. 40.

³⁶ Menkul kıymet kavramına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm I / I / B ve özellikle bu kısımda yer alan dipnot 9.

³⁷ Aynı yöndeki belirleme için bkz. Adıgüzel, s. 252.

İTMK'ler, sermaye piyasası aracı olmaları gereği, ancak SerPK tarafından öngörölmüş şartlar çerçevesinde³⁸ ve yine kurulca belirlenmiş olan ihraççılar tarafından ihraç edilebileceklerdir. Bu da, SPK kaydına alınma zorunluluğunun yerine getirilmiş olması suretiyle mümkün olacaktır³⁹.

III. İTMK İbaresinin Korunması

SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğin, "İpotek Teminatlı Menkul Kıymet İbaresinin Kullanımına İlişkin Yasak" başlığını taşıyan 5. madde hükmü, anılan Tebliğ hükümleri çerçevesinde ihraç edilmeyen menkul kıymetler için "ipoteke teminatlı menkul kıymet" ya da "İTMK" ve benzeri ifadelerin kullanılamayacağını düzenlemiş bulunmaktadır. Bu düzenlemenin amacı, yatırımcıların "İTMK" ifadesi karşısında sahip oldukları güveni korunmaktır.

Aynı esasın, Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 41'de de yer aldığı görölmektedir. Buna göre, kural olarak sadece, Alman yetkili otoritesinden rehinli tahvil ihracı izni almış Alman rehinli tahvil bankaları bu ibareyi kullanabileceklerdir. Ancak PfandBG, bu kurala bir istisna getirmiştir. Böylelikle, merkezi başka bir Avrupa Birliği ülkesinde ya da Avrupa Ekonomik Topluluğuna üye ülkelerden birinde olup, Alman yetkili otoritesinden izni olmayan mevduat bankalarının da, merkezlerinin bulunduğu ülke otoritesince teminatlı borçlanma senedi ihracı

³⁸ SPK, sermaye piyasalarında işlem gören ancak TTK'nda düzenlenmemiş olan sermaye piyasası araçlarının şekil şartlarına ilişkin düzenlenmeler yapmaktadır. SerPK md. 13/A f. 17 hükmü, İTMK'lerin ihraç limiti ve ihraç şartlarının SPK tarafından belirleneceğini ifade etmekle yetinmiştir.

³⁹ Bkz. Sermaye Piyasası Kurulu'nun başlıca görev ve yetkilerini düzenleyen SerPK md. 22. SerPK nezdinde söz konusu teminatlı borçlanma araçlarının ihracına aracılık yapmakla yetkilendirilmiş yükleniciler tarafından sermaye piyasasına arz edilmeden önce, menkul kıymetlerin SPK kaydına alınması işlemleri başlatılmalıdır. Bunun için, kayda almaya yönelik başvuru ilgili belgelerin, özellikle de halka arzda açıklanması gereken bilgileri içeren izahname ve bundaki bilgileri özetleyerek halkı yatırıma davet eden sirkülerin hazırlanmasıyla gerçekleştirilecektir. SPK incelemesi sonucunda başvuruyu kabul ederse, bu menkul kıymetler halka arz edilerek ya da edilmeksizin sermaye piyasasında satılacaktır. Bu menkul kıymetler ayrıca borsa kotasyonuna tâbi tutularak borsada işlem görebileceklerdir. Borsada işlem görme, yatırımcılara sağladığı nakde tahvil kolaylığı açısından önem arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel, s. 356-357.

hususunda yetkilendirilmiş olmaları halinde, istisnai olarak “pfandbrief” ifadesini kullanarak ihraç yapabilmelerine imkan tanınmıştır⁴⁰.

İTMK'lere ilişkin olarak, kanun koyucu herhangi bir istisnai düzenleme öngörmemiş; sadece SerPK md. 13/A ve SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ hükümleri uyarınca ihraç edilecek menkul kıymetler için “ipotek teminatlı menkul kıymet” ifadesinin kullanılabileceği kuralını benimsemiştir.

IV. İTMK İhraççıları

A. “İhraç” ve “İhraççı” Kavramları

2499 sayılı SerPK'nun ‘Tanımlar’ başlığı altında düzenlenmiş olan 3. maddesinin (c) bendi “ihraç” ve (h) bendi “ihraççı” kavramlarını tanımlamış bulunmaktadır. Buna göre SerPK uygulamasında “ihraç”, sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp⁴¹, halka arzedilerek veya arzedilmeksizin satışdır.

İhraççılar ise anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelerdir.

B. İTMK İhraççılarının Belirlenmesinin Tâbi Olduğu İlkeler

1. İhraççılarının Belirlenmesinin Önemi

Teminatlı borçlanma senetlerinin hangi özelliklerdeki kuruluşlar tarafından ihraç edileceği; bir başka ifade ile bunların ihraççılarının kim olacağı üç açıdan önem arz etmektedir. Bu hususları, Türk Hukuku'nda düzenlenmiş teminatlı borçlanma

⁴⁰ Bkz. Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2694.

⁴¹ Teminatlandırılmış olup olmamasından bağımsız olarak, halka arzedilen borçlanma senetlerinin (tahvil) çıkarılması, bazı yazarlar tarafından satım akdi, diğer bazı yazarlar tarafından ise karz akdi olarak nitelendirilmiştir. Satım sözleşmesi olarak niteleme yapıldığında, tahvillerin ihracı bir kıymetli evrak satımı olarak kabul edilmektedir. Karz sözleşmesi nitelemesi yapan yazarlar ise tahvillerin ihracı ile kıymetli evrakta yer alan bir karz alacağına sahip olunduğunu ileri sürmüşlerdir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, s. 338-339. Ayrıca bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, s. 694. Esasen, tahvillerin faiz ve satış şartlarının belirlenmesinde etkili olabilecek bu farklı nitelermeler, SerPK düzenlenmeleriyle birlikte faiz oranlarının hangi azami sınırlara tâbi olacağı tartışmalarının son bulmasıyla, pratik önemini yitirmiştir. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. I/2, s. 341.

senetleri olarak, çalışma konumuzu teşkil eden İTMK'lere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde örneklendirerek açıklamak mümkündür.

İTMK'ler, SerPK değişik md.13/A f.1'e göre ihraççının genel yükümlülüğünde olan ve oluşturulan teminat havuzundaki varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma senetleridir. O halde esasen, İTMK ile bunların teminatı teşkil etmek üzere ihraççının diğer malvarlığı değerlerinden ayrı tutulan bir sicile kayıt edilmek suretiyle oluşturulan teminat konusu varlıklar havuzu arasında doğrudan bir hukuki bağ bulunmamaktadır. İTMK'lerden kaynaklanan tüm yükümlülükler, ihraççının genel yükümlülüğü niteliğinde olup, ihraççının malvarlığındaki tüm değerler tarafından karşılanacaktır⁴². Teminat konusu varlıklar olarak ayrıştırılmış malvarlığı değerleri, ihraççının diğer tüm malvarlığı değerlerinden ayrılarak özel bir malvarlığı teşkil edecek ve genel iflas prosedürüne dahil edilmeyecektir. Bu çerçevede önemli olan, ihraççının iş tanımının ne olduğu (zira bu tanımın genişlediği ölçüde yüklenilen risk artmaktadır), ihraççının hangi şartlar altında ve hükümler uyarınca iflas prosedürü içinde değerlendirileceği ve ihraççının genel bir denetime mi, yoksa teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin olarak özel bir denetime mi tâbi olduğu hususlarıdır. Tüm bu belirlemeleri yapabilmek için öncelikle ihraççının yapılandırılmasının nasıl öngörüldüğü tespit edilmelidir.

İkinci olarak; teminatlı borçlanma senetlerinin teminatını teşkil edecek varlıklardan, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi alacaklarının, bazı ihtimallerde devredilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik, bir kuruluşun İTMK'lerin teminatını teşkil edebilecek nitelikte taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacaklara sahip olmasına rağmen, ihraççı olma yetkisini haiz olmaması ya da ihraç yetkisi bulunmasına karşılık teminatlı alacak portföyünün yeterli hacimde olmamasından kaynaklanabilmektedir. Bu çerçevede de yine ihraççıların kimler olabildiği önem arz etmektedir.

⁴² Alman Hukuku'nda rehinli tahvillere (pfandbrief) ilişkin düzenleme de bu yöndedir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Otmar M. Stöcker, "Questions on German Covered Bond Legislation – Pfandbrief Act /Pfandbriefgesetz", **ECBC Technical Questionnaires - Germany (İlgili Ülke Raporları)**, Çevrimiçi: www.ecbc.hypo.org/Content/Default.asp, Erişim Tarihi: 03.03.2008.

Nihayet, bir İTMK ihraççısının ihraççı niteliğini kaybetmesi mümkün olabilecektir. Bu durumda İTMK alacaklılarının durumunun ne olacağı, menfaatlerinin nasıl korunacağı soruları da yine ihraççı niteliği ve bu niteliğin kaybı hususlarının incelenmesi suretiyle yanıtlanabilecektir.

Çalışmamızın dördüncü ve beşinci bölümlerinde incelenecek olan yukarıda kısaca sınırlarını çizdiğimiz meselelere bir ön hazırlık olarak çalışmamızın bu bölümü, teminatlı borçlanma senedi ihraççılarına, ihraççı niteliğinin kaybına ve bunlara ilişkin temel esaslara ayrılmıştır.

2. İhraççılarının Belirlenmesi Usulleri

Teminatlı borçlanma senedi ihraççılarının belirlenmesine ilişkin iki ana yapıdan söz etmek mümkündür. İlk ihtimalde, teminatlı borçlanma senetleri, çalışma konusu bu alan ile sınırlı olmak üzere, kanunla belirlenmiş olan, sadece bu alanda ihtisaslaşmış bir kredi kuruluşu (banka) tarafından ihraç edilebilmektedir. Diğer ihtimalde ise teminatlı borçlanma senetlerinin, bir kredi kuruluşu olarak gerekli yeterliliği haiz herhangi bir banka tarafından ihraç edilebilmesi mümkündür.

Kara Avrupası hukuklarında teminatlı borçlanma senetlerinin kimler tarafından ihraç edildiği incelendiğinde, bu iki ana yapı çerçevesinde dört farklı model izlendiği görülmektedir. İlk modelde teminatlı borçlanma senedi ihraççısı, tamamen bu alanda uzmanlaşmış ve bilançosunda sadece teminatlı borçlanma senetlerine karşılık teşkil etmeye uygun varlıklara yer verebilen bir kredi kuruluşu olarak öngörülmüştür⁴³. Teminatlı borçlanma senedi ihraççıının yapısına ilişkin olarak benimsenen ikinci modelde ihraç, uzman banka tarafından yapılmakta, ancak söz konusu bankanın bilançosunda teminatlı borçlanma senetlerine karşılık teşkil etmeye uygun varlıkların yanı sıra, bu nitelikte olmayan varlıklara da yer verilebilmektedir⁴⁴. Üçüncü modelde ise yetkili kamu otoriteleri tarafından yetkilendirilmiş ve kendisine teminatlı borçlanma senedi ihracı lisansı verilmiş herhangi bir bankanın teminatlı borçlanma

⁴³ Otmar Stöcker, “Funding of Mortgages via Covered Bonds”, Haziran 2006, Varşova, [http://pfandbrief.eu/publicity/vdh/internet.nsf/0/54F49F2389F80F52C12574AB0034676B/\\$FILE/Warchau%20CB%20Conference.pdf?OpenElement](http://pfandbrief.eu/publicity/vdh/internet.nsf/0/54F49F2389F80F52C12574AB0034676B/$FILE/Warschau%20CB%20Conference.pdf?OpenElement) , Erişim: 10.09.2008, s 13.

⁴⁴ Stöcker, Funding of Mortgages, s. 14.

senedi ihraç edebilmesi esası benimsenmiştir⁴⁵. Teminatlı borçlanma senedi ihraççılarının yapılandırılmasına ilişkin dördüncü ve son modeli benimseyen düzenlemelerde ise herhangi bir lisansa gerek olmaksızın her bankanın teminatlı borçlanma senedi ihraç edebilmesi kabul edilmiştir⁴⁶.

Teminatlı borçlanma senetlerini ihraç eden kuruluş açısından ülke hukuklarında inceleme yapıldığında; Fransa, Finlandiya, Norveç gibi bazı üye ülkelerde bu nitelikteki menkul kıymetlerin tamamen bu alanda ihtisaslaşmış finansman kuruluşları tarafından ihraç edildiği görülmektedir. Bir diğer ihraççı tipi ise, Avusturya, Danimarka, Macaristan, İrlanda, Lüksemburg ve Polonya’da karşılaşılan bu nitelikte ihraç yapma konusunda ihtisaslaşmış, ancak diğer bankacılık faaliyetlerini de sürdürebilen bankalardır. Nihayet Bulgaristan, Çekoslovakya, Slovakya, Litvanya ve İspanya’daki tüm bankalar, lisansa gerek olmaksızın teminatlı borçlanma senetleri ihraç edebilmektedir⁴⁷.

Danimarka, Yunanistan, Almanya (Hypothekenbankgesetz düzenlemeleri uyarınca 19 Temmuz 2005’e dek), Macaristan, Lüksemburg, Polonya, Romanya, Finlandiya, İrlanda ve Norveç’te yer alan teminatlı tahvil ihraççılarının yapısına ilişkin düzenlemeler ikinci modelde yapılandırılmış olup, tahvillerin tahvil ihracı konusunda uzman bir kredi kuruluşu tarafından ihraç edilmesi gerekmektedir⁴⁸.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) Bölüm I md. 2’de yer alan düzenlemelerde, teminatlı borçlanma senedi ihraççıları, teminatlı borçlanma senedi

⁴⁵ Stöcker, Funding of Mortgages, s. 15.

⁴⁶ Stöcker, Funding of Mortgages, s. 16.

⁴⁷ Otmar Stöcker, “New Legislation on Covered Bonds in Europe”, 17-18.11.2005 tarihinde Budapeşte’de 9. Central European Covered Bond Conference’da sunulan Bildiri, Çevrimiçi: www.pfandbrief.org, power point sunum s. 9-12. Erişim: 02.01.2008. Örneklemede kullanılan her bir ülkeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. European Covered Bond Council, Covered Bonds, **ECBC Technical Questionnaires (İlgili Ülke Raporları)**, Çevrimiçi: www.ecbc.hypo.org/Content/Default.asp, Erişim: 03.03.2008; Ayrıca, Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya’daki düzenlemelere ilişkin detaylı inceleme için bkz. Stöcker, **Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief**, s. 28 vd. / s. 53 vd. / s. 72 vd.

⁴⁸ “Comparison of Covered Bond Legislation in Europe”, Çevrimiçi: www.hypverband.de, 13.3.2006, Erişim: 08.01.2007, s. 1 – 3.

ihracına ilişkin özel lisansa sahip, tam donanımlı kredi kuruluşları olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede Alman Hukuku'nda 1899 yılındaki kabulünden 19.07.2005 yılında ilga edilene dek uygulanan İpotek Bankası Kanunu (Hypothekenbankgesetz) düzenlemeleri doğrultusunda aranan uzman banka ilkesinden vazgeçildiği görülmektedir. Bu genel belirlemenin yanı sıra Kanun, rehinli tahvil ihracına ilişkin lisansı almak ve muhafaza etmek için aranan minimum standartları⁴⁹ da düzenlemiş bulunmaktadır. Almanya'da rehinli tahvil ihraççıların, genel bankacılık düzenlemeleri uyarınca kredi kuruluşlarının yetkilendirildikleri her tür faaliyeti yapmaları mümkündür. Almanya'da yaklaşık 40 adet finansman kuruluşunun⁵⁰ bu düzenlemeler doğrultusunda rehinli tahvil (pfandbrief) ihraç etme izni bulunmaktadır.

İsviçre hukukundaki rehinli tahvillere ilişkin düzenlemeler, bu ülkede ihtisaslaşmış (ipoteke) bankaların bulunmayışı noktasında farklılık göstermektedir. Bunlar yerine PfG md.1 ile, "Rehinli Tahvil Merkezleri" (Pfandbriefzentralen)⁵¹ olarak anılan iki merkezi kurum ihdas edilmiş bulunmaktadır. Bu iki merkez, kendi üyeleri olan kurumların⁵² kredi işlemlerine gereken fonu sağlamak amacıyla rehinli tahvil ihraç etme yetkisine sahiptirler.

Teminatlı borçlanma senedi ihraç edecek kredi kuruluşunun faaliyet alanının, bu senetlerin ihracı ile sınırlanmamış olduğu hallerde, bu borçlanma senetlerinin daha ayrıntılı düzenlemeler çerçevesinde, daha yüksek standartlar altında

⁴⁹ Buna göre, rehinli tahvil ihracına ilişkin lisans sahibi olmak isteyen kredi kuruluşunun en az 25 milyon Euro ana sermayeye sahip, ödünç verme işlerine ilişkin genel banka lisansını haiz, uygun risk yönetimi araç ve yöntemlerine sahip, gerekli organizasyonu tesis ettiğini gösteren faaliyet planı bulunan bir kredi kuruluşu olması gerekmektedir. Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG / Bölüm I md. 2).

⁵⁰ Bu kurumlar arasında, özel ipotek bankaları, gemi ipotek bankaları ve kamu bankaları bulunmaktadır.

⁵¹ Hunziger, s. 72 vd.; Wilhelm Schwalm, **Der Pfandbrief und seine rechtliche Sicherstellung im schweizerischen Recht**, Bern, 1931, s. 24; Jacob Leemann, **Zur Einführung des Hypothekenpfandbriefes in der Schweiz**, Zürich, 1931, s. 47 vd. Bu kurumlar Anonim Şirketler olup; bir tanesi 24 tane Kanton bankasını bünyesinde barındırmakta; bir diğeri ise, iş yükünün çoğunluğunu taşınmaz rehni karşılığında kredi kullandırılması işlemleri teşkil eden (224 adet) diğer bankalardan oluşmaktadır. **Mortgage Banks and The Mortgage Bond**, s. 23.

⁵² Bunlar özel ya da kamusal ticari bankalar olabilir.

teminatlandırılması gerekmektedir. Zira bu durumda ihraççının tek alacaklısı teminatlı borçlanma senedi hamilleri değildir. İhraççı, teminatlı borçlanma senedi hamilleri dışında, tasarruf sahipleri, teminatlı olmayan borçlanma senedi hamilleri gibi farklı taraflarla da ilişki içindedir ve onlara karşı da yükümlük altındadır. Bu çerçevede teminatlı borçlanma senetlerinin bir banka tarafından ihraç edilmesi halinde, senetlere karşılık teşkil edecek teminat havuzunu oluşturmaya elverişli varlıklara ve bu varlıkların ihraççının diğer malvarlığından ayrıştırılması suretiyle varlık havuzunun teşekkülüne ilişkin usul ve esasların daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu düzenlemeler yapılırken, teminatlı borçlanma senedi yatırımcılarının korunması ihtiyacı ile bankada tasarruf hesabı bulunan tasarruf sahiplerinin korunması ihtiyacı arasındaki dengenin oldukça iyi sağlanması gerektiği de vurgulanmalıdır.

3. Türk Hukuku'nda Belirlenen İhraççılar

Kanun koyucunun, 5582 sayılı Kanun düzenlemelerindeki lafzı değerlendirildiğinde, Türk Hukuku'nda İTMK'lerin ihraççılarının yukarıdaki dördüncü model çerçevesinde belirlenmiş olduğunu söylemek mümkündür. Buna göre, SerPK'nun 13/A maddesinde İTMK'lerin, bankalar ve SerPK'nun 39/A maddesinde tanımlanan ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilebilecekleri hükme bağlanmıştır.

SPK'nun, 04.08.2007 tarihinde 26603 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seri III, 33 no'lu "İpotek Teminatlı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"nin "Genel Esaslar" başlığı altında düzenlenmiş olan ikinci bölümünde yer alan altıncı madde düzenlemesinde, SerPK md. 13/A'da ihraççılara ilişkin olarak yapılan düzenleme biraz daha açık bir ifade ile tekrarlanarak daha ayrıntılı düzenlemeye kavuşturulmuştur. Buna göre İTMK'ler, Seri III / 33 no'lu Tebliğ ile belirlenen koşulları sağlayarak SPK'na başvuran ve uygun görülerek, listeye alınmış olan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda tanımlanan bankalar⁵³ ve

⁵³ SPK'na başvuruda bulunan kuruluşun bir banka olması durumunda, BDDK'nın da görüşü alınmaktadır.

SerPK'nun 39/A maddesinde tanımlanan ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilebilecektir.

1.11.2005 tarihli ve 25983 (1. mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde banka, "mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı madde kapsamında, mevduat bankası, "5411 sayılı Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikte kuruluşların Türkiye'deki şubeleri"; katılım bankası, "5411 sayılı Kanun'a göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikte kuruluşların Türkiye'deki şubeleri"; kalkınma ve yatırım bankası, "5411 sayılı Kanun'a göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlar ile kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikte kuruluşların Türkiye'deki şubeleri" olarak tanımlanmış bulunmaktadır.

5582 sayılı Kanun ile 2499 sayılı SerPK'na eklenen 39/A maddesinde ise ipotek finansmanı kuruluşları, münhasıran konut finansmanından kaynaklanan alacakların devralınması, devredilmesi, devralınan alacaklardan oluşan varlıkların yönetimi ve alacakların teminat olarak alınması suretiyle kaynak temini amacıyla kurulan, sermaye piyasası kurumu niteliğini haiz anonim ortaklıklar olarak tanımlanmış bulunmaktadırlar.

Belirlenen bu kuruluşların hangi nitelikleri haiz olmaları gerektiği ise Seri III / 33 no'lu SPK Tebliği md. 6'da belirlenmiştir. Buna göre, banka ve ipotek finansmanı kuruluşlarının İTMK ihraççısı olabilmeleri için; İTMK ihracına uygun mekan, donanım ve organizasyon yapısını oluşturmuş olmaları, İTMK ihracı ve teminat varlıkların yönetiminden kaynaklanan risklere karşı aynı Tebliğ'in 7. maddesi kapsamında öngörülen risk yönetim sistemini yapılandırmış olmaları gerekmektedir.

Özetle, SerPK md. 13/A ve Seri III / 33 no’lu SPK Tebliği hükümleri çerçevesinde, İTMK ihraç etmek isteyen bir kuruluşun;

- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda tanımlanan banka veya SPK’nun 39/A maddesinde tanımlanan ipotek finansmanı kuruluşu⁵⁴ niteliğini haiz olması;
- Seri III / 33 no’lu Tebliğin öngörülen koşulları sağlamış olması;
- Durumlarını gösterir belgeler ile Sermaye Piyasası Kurulu’na başvuruda bulunmuş olması;
- Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılacak değerlendirmede ihraççı olabilmeye uygun görülerek İTMK ihraççıları listesine alınması gerekmektedir.

Kanun koyucu ihraççıların belirlenmesinde “lisans” ifadesini kullanmamıştır. Lisansın, lisans alanın belli alanda yetkilendirildiği hukuki durumunu ifade eden bir kavram⁵⁵ olmasından hareketle, belli niteliklere sahip olmak ve bunların yetkili idari merciler (BDDK ve SPK) tarafından tevsik edilmesi neticesinde listeye alınarak ihraç yetkisinin kazanılması, kanaatimizce idari merci tarafından belli alanda yetkilendirilmek üzere lisans verilmesi ile aynı amaca hizmet eder niteliktedir.

Sonuç olarak, kanun koyucunun getirmiş olduğu şartları yerine getirerek listeye alınan ihraççılar, SerPK tarafından İTMK’lerin teminatını teşkil etmeye elverişli olarak nitelendirilmiş alacaklarının teminatı altında İTMK ihraç ederek yatırımcıdan fon toplamak suretiyle kaynak yaratabileceklerdir.

İTMK ihraççısı olmaya uygun nitelikte olmakla birlikte, bizzat İTMK ihraç etmeyi tercih etmeyen kuruluşlar da olabilir. Bunlar da, taşınmaz rehni teminatlı kredi alacaklarını, SerPK md. 39/A’da, münhasıran konut finansmanından kaynaklanan alacakların devralınması, devredilmesi, devralınan alacakların idaresi ve alacakların

⁵⁴ 22 Şubat 2008 tarihi itibarıyla, bir tüketici finansmanı şirketi olan Koçfinans, mortgage kredisi verebilmek için BDDK’ya başvurmuştur. Referans Gazetesi, 22.02.2008, s. 5.

⁵⁵ Ayrıntı için bkz. Saibe Oktay Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 9.

teminat olarak alınması suretiyle kaynak temini amacıyla, sermaye piyasası kurumu niteliğini haiz anonim ortaklıklar olarak tanımlanan, ipotek finansmanı kuruluşlarına temlik ederek, İTMK ihracı suretiyle elde edilmiş kaynaktan faydalanabileceklerdir.

SerPK md. 39/A, ipotek finansmanı kuruluşlarının, alacakların teminat olarak alınması suretiyle kaynak sağlayabileceğini de düzenlemiş olduğundan; bankaların, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi alacaklarını ipotek finansmanı kuruluşlarına temlik etmek yerine, bu alacakları üzerinde ipotek finansmanı kuruluşu lehine rehin tesis etmek suretiyle de, İTMK ihracı neticesinde elde edilmiş kaynaktan faydalanabileceklerinin kabulü gerekir⁵⁶.

BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ile tüketici finansmanı şirketleri, SerPK md. 13/A f. 1 c.2’de İTMK ihraççıları sınırlı sayılmış olması sebebiyle, İTMK ihracı yoluyla kaynak yaratamayacaklardır. Finansal kiralama şirketlerinin yeniden finansmana uygun nitelikteki finansal kiralama alacaklarını, tüketici finansmanı şirketlerinin de yine uygun nitelikteki tüketici kredisi alacaklarını, ipotek finansmanı kuruluşuna ya da bir başka ihraççı bankaya temlik etmek suretiyle İTMK ihracı neticesinde elde edilmiş kaynaktan faydalanabilmesi söz konusu olacaktır.

C. İhraççıların Oluşturması Gereken Risk Yönetim Sistemi

İhraççılar, İTMK alacaklılarının güvenliği için, İTMK’lerin karşılığını teşkil eden varlıklar ile İTMK’ler arasındaki uyumu sağlamak ve sürdürmek zorundadırlar. Söz konusu uyumu bozabilecek olan çeşitli riskler SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in 7. maddesinde sayılmıştır. Buna göre ihraççı faiz oranı, döviz ve diğer piyasa riskleri, kredi riskleri, karşı taraf riskleri, operasyonel riskler ve likidite risklerini de içerecek biçimde karşılaşması muhtemel riskleri belirlemek, ölçmek, değerlendirmek ve

⁵⁶ Ancak bu durumda, üzerinde rehin tesis edilmiş alacakların ipotek finansmanı kuruluşu tarafından yeni ihraç edilecek borçlanma araçlarının teminatı olarak kullanılabilmesi mümkün olmayacaktır. Zira, ipotek finansmanı kuruluşları ya da diğer ihraççı bankaların, portföylerinde taşıdıkları kredi alacaklarını karşılık göstererek İTMK ihraç edebilmeleri mümkündür. Önen, Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması, s. 8. Aynı görüşte Doğru, s. 316.

izlemek amacıyla “risk yönetim sistemi” olarak adlandırılan bir kontrol mekanizması yapılandırmak zorundadır.

Risk yönetim sistemi dahilinde, sayılan risklerin izlenmesi suretiyle, İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülükler ile İTMK’lerin karşılığını teşkil eden varlıklar arasındaki uyumun devamlılığının sağlanması amaçlanmaktadır. Risklerden birinin ya da birkaçının teminat uyumunu etkileme oranı arttığında, risk yönetim sisteminin bir parçası olarak fonksiyon icra edecek raporlama faaliyeti, ihraççının muhtemel finansal tehlikelere karşı uyarılmasını sağlayacaktır.

D. İhraççıların Şeffaflık İlkesinin Gereklerini Yerine Getirmesi

Şeffaflık ilkesi ile ihraç edilen İTMK’lere ilişkin tüm bilgilerin ulaşılabilir olması kastedilmektedir. Böylelikle yatırımcılar, karşı karşıya oldukları riskleri en üst düzeyde tahmin edebilme ve satın alacakları ya da aldıkları borçlanma senetlerini diğer yatırım araçları ile karşılaştırabilme imkanına sahip olacaklardır⁵⁷. Yatırımcılara bu imkanı sağlamak üzere, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in altıncı bölümünde ihraç edilecek İTMK’lerin Sermaye Piyasası Kurulu kaydına alınması esasları düzenlenmiştir.

Halka arzedilmek suretiyle satılacak İTMK’lerin SPK kaydına alınması prosedürü dahilinde, şeffaflığı sağlayacak belgeler (izahname ve sirküler), ihraççının mali durumunu, faaliyet kapsam ve sonuçlarını, ihraca ilişkin olarak öngörülen gerekli bilgileri açıkça ortaya koyacak biçimde düzenlenmiş olmalıdır. (SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 26 / f. 6) İzahnamenin ticaret siciline tescilini takip eden 7 gün içinde ve İTMK satışının başlamasından en çok 7, en az 3 gün önce, sirkülerin, Türkiye çapında yayın yapan en az iki günlük gazetenin Türkiye baskısında ilan edilmesi bir zorunluluk olarak getirilmiştir. (SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 26 / f. 11) İTMK’lerin satışı başlamadan ya da satış esnasında ortaya çıkan ve yatırımcıların pozisyonunu etkileyebilecek nitelikteki değişikliklerin de, SPK’nun

⁵⁷ Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2699.

onayının ardından aynı usulde ilanı gerekmektedir. (SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 26 / f. 14)

Halka arzedilmeksizin satılacak olan İTMK için ise, izahname ve sirküler düzenlenmeyecek; İTMK’lerin karşılığını teşkil edecek varlıklara ilişkin ayrıntılı bilgiler SPK’na sunulacak ve gerekli incelemelerin tamamlanmasının ardından kayda alma gerçekleştirilecektir. (SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 27)

Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 28, rehinli tahvillerin (pfandbrief) karşılığını teşkil eden varlıklara ilişkin verilerin (vade / teminat değeri / varlıkların nakit akışları / türev sözleşmelerin durumları gibi) üçer aylık dönemler halinde yayınlanmasını öngörmektedir. Ayrıca, teminat konusu varlıklar üzerinde geriye doğru 90 gün içinde ne gibi işlemler yapıldığının da yayınlanması zorunluluğu bulunmaktadır. PfandBG’de düzenlenen, ihraç sonrasındaki durumun da takip edilebilmesini sağlayan bu yayın yükümlülüğü neticesinde yatırımcılar, karşı karşıya oldukları riskleri görebilme ve buna göre gerekli tedbirleri alma imkanına kavuşmuş olacaklardır. İTMK’ler açısından da bu tarz bir düzenlemenin yapılması, İTMK yatırımcılarını daha güvenli bir konuma eriştirecektir.

E. İhraççıların Denetimi

İTMK ihraççıları öncelikle faaliyet –İTMK ihraç- izni alma aşamasında SPK’nun denetimine tâbidirler⁵⁸. Ayrıca, SerPK md. 45 uyarınca her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin SPK tarafından denetlenmesi öngörülmüş olduğundan, ihraççıların ihraç faaliyetlerinin her aşamasının da, İTMK’lerin vadelerinin sonuna dek SPK denetimine tâbi olacağına şüphe yoktur.

⁵⁸ Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 2 ve 3 uyarınca Federal Finans Hizmetleri Denetimi Kurumu (Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) (BaFin), rehinli tahvil ihraç eden rehinli tahvil bankaları (Pfandbriefbanken) üzerinde özel bir kamusal denetim yürütmektedir. Bu çerçevede BaFin, gerek ihraç izninin verilmesi ve gerekli hallerde izin geri alınması konularında yetkilidir. PfandBG md. 2 / 2 uyarınca, BaFin’den ihraç izni aldıktan sonra iki sene hiç ihraç yapmamış ve gelecek 6 ay içinde de ihraç yapma ihtimali bulunmayan ihraççının ihraç izni kaldırılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stöcker, (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2691 vd.

Örneğin, SerPK md. 13A / f. 10 uyarınca, ihraççı, teminat sorumlusu⁵⁹ atamadan evvel SPK'nun onayını almak durumundadır. Özellikle, İTMK'lerin teminatlandırılmış olma özelliği gereği, ihraççının mali durumunun bozulması halinde İTMK alacaklılarının karşılık teşkil eden varlıklar aracılığıyla tatmininin sağlanmasında, SPK'na geniş yetkiler verildiği görülmektedir. SerPK'nun 13/A maddesinin 15. fıkrası doğrultusunda, ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin kamu kurumlarına devri, faaliyet izninin kaldırılması ya da iflası hallerinde SPK, tedavüldeki İTMK'lerin erken itfa edilmesi, teminat havuzundaki varlıkların nakde dönüştürülmesi ve bunları yürütecek idareci atanması veya İTMK'lerin tedrici tasviyesi işlemlerinin yürütülmesi hususlarında karar vermeye yetkilidir. Ayrıca SPK, İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülükleri üstlenmeksizin teminat havuzundaki varlıkları idare edecek bir idareci atamaya da yetkilidir. Bu idareci, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 hükmü uyarınca, SPK'nun onayını almak suretiyle İTMK'lerden kaynaklanan tüm yükümlülükleri ve bunların karşılığını teşkil eden varlıkları bir başka ihraççıya devredebilecektir. Aynı maddenin 5. fıkrasının son cümlesinde, teminat konusu varlıklar ve toplam yükümlülüklerin⁶⁰ devri karşılığında, idareci tarafından yeni ihraççıdan herhangi bir bedel tahsil edilmesi halinde, bu tutarın ihraççıya ödeneceğinin belirtilmesi, bazı hallerde devrin bedelsiz dahi olabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Görüldüğü üzere, İTMK yatırımcılarının menfaatlerinin korunması amacıyla ihraççının, malvarlığına dahil olan, ancak İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere belirli kılınmış değerler üzerinde tasarruf edilebilmesi SPK'nun uygun bulmasına bağlanmış durumdadır.

Diğer taraftan İTMK ihraççılarının banka olması halinde, BDDK'nın da uygun görüşünün alınmasına ilişkin düzenlemelerin, SerPK md. 13/A hükmü ile SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ hükümlerinde yer aldığı görülmektedir. Buna göre, teminat havuzuna dahil edilecek varlıklara ilişkin kayıtların nasıl tutulacağı, BDDK'nın uygun görüşü alınmak suretiyle belirlenecektir. Yine ihraç izni almak isteyen

⁵⁹ Teminat sorumlusu kavramı için bkz. Bölüm IV / II / A.

⁶⁰ İTMK'lerden kaynaklanan toplam yükümlülüklerle ilişkin bilgi için bkz. Bölüm V / I.

kuruluşun bir banka olması halinde, ilgili bankanın ihraççı olması hususunda bir engel bulunup bulunmadığına ilişkin olarak BDDK'nın görüşü alınacaktır.

SPK, söz konusu denetim ile ilişkili idari işlemlerinden doğrudan doğruya kaynaklanan zararlardan sorumlu olmalıdır. Bir sonraki başlıkta ele alacağımız, ihraççı niteliğinin kaybedilmesi yönündeki SPK kararı da, denetim faaliyeti kapsamında bir idari işlemdir. Bu bağlamda, SPK'nun işlemlerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmasına ilişkin belirlemelere “İhraççı Niteliğinin Kaybı” başlığı altında yer verilecektir⁶¹.

F. İhraççı Niteliğinin Kaybı

SPK Seri:III / 33 No'lu Tebliğ'in, yedinci bölümünde, İTMK ihraççısı olarak belirlenmiş bir kuruluşun hangi hallerde ihraççı niteliğini kaybedebileceği ve bu gibi hallerde İTMK yatırımcılarının menfaatlerinin nasıl korunacağı hususları düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bir ihraççının ihraççı niteliğini kaybetmesi SPK tarafından bu yönde alınan bir kararla olacaktır. Bu esas, Tebliğ'in 29. maddesinin ilk fıkrasında ifade edilmiştir. Buna göre, ilk önce SPK'nun söz konusu kararı hangi hallerde alabildiği belirlenmeli; takiben de SPK'nun bu kararının hukuki niteliğine değinilmelidir.

SPK Seri:III / 33 No'lu Tebliği md. 29 f.1 hükmü, SPK'nun hangi hallerde ihraççının ihraççı niteliğini kaybettiğine ilişkin karar alabileceğini belirlemiştir. Buna göre:

- ihraççının ihraççı olabilmek için gerekli olan nitelikleri kaybettiği,
- ihraççılara ilişkin olarak SPK ve Seri:III / 33 No'lu Tebliği'nde düzenlenmiş hükümlere aykırı durumların, aykırılığın ortaya çıkışından itibaren 15 gün içerisinde giderilmediği,
- vadesi gelmiş İTMK ödemelerinin vade tarihinden itibaren 15 gün içinde yapılmadığı,
- ihraççı niteliğinin kazanılması tarihinden itibaren 3 yıl içinde İTMK ihracı yapılmadığı,

⁶¹ Bkz. Bölüm II / IV / F.

hallerde SPK, ihraççının faaliyet izninin iptaline ilişkin karar alabilecektir. Faaliyet izni iptal edilen ihraççı, ihraççı niteliğini kaybetmiş olacaktır.

SPK, SerPK md. 22. maddesinin (y) bendi hükmü çerçevesinde, düzenleyici işlemler tesis etme ve özel nitelikli kararlar alma yetkileri ile donatılmıştır⁶². SPK tebliğleri, genel düzenleyici işlem niteliğindedir⁶³. SPK, ihraççı niteliğinin kaybına ilişkin kararını, genel düzenleyici işlem niteliğindeki SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’e dayanarak alabilecektir. Bu kararın hukuki niteliği, hakkında karar alınan ihraççının, söz konusu karara karşı nasıl bir hukuki yola başvurabileceğinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Dahası, kararın uygulanması herhangi bir zararın meydana gelmesine sebep olur ise kimlerin hangi çerçevede sorumlu tutulabileceği de yine bu nitelemeden hareketle tespit edilecektir.

“İdari işlem, kural olarak, idari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamalarıdır”⁶⁴. Bağımsız idari otoritelerin, düzenleme yetkilerini kullanarak yaptıkları işlemler idari işlem olarak nitelendirilmektedir⁶⁵. Bağımsız bir idari otorite olan SPK’nun sermaye piyasası alanında yaptığı işlemler de, idari işlem özelliklerini haizdir⁶⁶.

⁶² SPK’nun, SerPK ile verilen yetkilerin kullanımına ilişkin usul ve esasları göstermek amacıyla, yasal çerçeve içinde kalmak ve yasada öngörülen amaç ve yetkileri aşmamak koşuluyla düzenleyici işlemler yapabileceğine ilişkin olarak bkz. Danıştay 13. Daire’sinin 19.04.2005 T. / 2005-195 E. / 2005-2134 K. Sayılı Kararı. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 22.09.2008.

⁶³ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 428. Yazar, anayasada öngörülmemiş olmaları bakımından tebliğleri “adsız düzenleyici işlem” olarak nitelendirmektedir.

⁶⁴ Özay, s. 418.

⁶⁵ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ekin Kitapevi, Bursa, 2007, s. 232.

⁶⁶ Melikşah Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 227. SPK kararlarının hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Akgül, **Danıştay Kararları Işığında Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 89 vd.

İdari işlem ya da bir başka ifade ile idari kararların⁶⁷, belirli kişilere ilişkin hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik olanları, birel idari işlem ya da kararlar olarak anılmaktadır⁶⁸. Birel idari işlemler (idari kararlar), maddi açıdan, içeriklerine göre, muhatapları üzerindeki etkilerine göre, açıklanan iradenin sayısı ve usulü bakımından, açıklanan iradenin şekli bakımından, isteğe bağlı olup olmama bakımından ve icrai olup olmamalarına göre çeşitli tasniflere tâbi tutulmaktadır⁶⁹. Bu çerçevede SPK tarafından alınacak özel nitelikli kararları, genel düzenleyici işlemlere dayanılarak yapılan, somut, belirli kişiler veya nesnelerin hukuksal statüsünü değiştiren, onlara yeni haklar veya yükümlülükler getiren birel idari işlemler olarak nitelendirmek mümkündür⁷⁰.

Bu belirlemeler ışığında, İTMK ihraççısının ihraççı niteliğinin kaybını sonuçlayacak SPK kararı, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'e dayanılarak yapılan somut, karara konu kuruluşu İTMK ihraççısı statüsünden çıkaran birel bir idari işlem olarak nitelendirilmelidir.

Bağımsız idari otoritelerin işlemlerine karşı açılacak davaların da kural olarak idari yargının görev alanına dahil olacağı ifade edilmektedir⁷¹. Bağımsız bir idari otorite olan SPK'nun, SerPK'nda kendisine verilen yetkilerin kullanılması suretiyle almış olduğu kararların, bu yönde açık bir kanun hükmü olması halinde, adli yargı denetimine tâbi olmalarının mümkün olduğu yönünde görüşler bulunmakla birlikte, idari yargının yargısal denetimine tâbi olduğu kabul edilmektedir⁷². DİDDGK'nun

⁶⁷ İdari karar deyiminin, idarenin bireysel hukuki durumlarda değişiklik yapan tek yanlı işlemleri için kullanıldığı hakkında bkz. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. I, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s. 425. Ayrıca bkz. Özay, s. 110.

⁶⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ekin Kitapevi, Bursa, 2007, s. 109.

⁶⁹ Özay, s. 110 vd.

⁷⁰ Yasin, s. 194.

⁷¹ Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 232.

⁷² Bkz. Akgül, s. 240. SPK kararlarının Danıştay'da ilk derece mahkemesi olarak görülüp görülemeyeceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akgül, s. 183 vd. Özel hukuk ilişkilerini etkileyen idari işlemlerin yargısal denetimine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Yasin, s. 224 vd.

26.06.1998 T. / 1998-355 E. / 1998-277 K. Sayılı kararında da⁷³, SPK'nun görevlerini yerine getirirken kamu gücünü kullanarak bağlayıcı, etkili ve nihai olarak aldığı kararlar ya da yaptığı düzenlemelerin idari yargının denetim alanı içinde olduğu vurgulanmıştır.

SPK, ihraççı niteliğinin kaybına ilişkin olarak icrai karar alma yetkisini kullanmaktadır. Bir başka ifade ile SPK'nun buradaki işlemi, hazırlık işlemi⁷⁴ olmayıp, bir hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş, icrai nitelikte bir işlemidir. Bu belirleme, işlemin iptal davasına konu olabilmesi açısından önemlidir. Zira, İYUK md. 14 / f. 3 (d) hükmü uyarınca, idarenin sadece icrai niteliği haiz olan, kanunun lafzı doğrultusunda kesin ve yürütülmesi gereken işlemlerine karşı iptal davası açılabilmesi mümkündür⁷⁵. O halde, SPK'nun kesin ve yürütülmesi zorunlu (icrai) işlemleri, iptal davasına konu olabilecek idari işlemlerdendir⁷⁶. İhraççı niteliğinin kaybına ilişkin karar da bu bağlamda iptal davasına konu olabilmelidir. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinde, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay'da ve İdare Mahkemelerinde dava açma süresinin 60 gün olduğu düzenlenmiştir. SPK Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği⁷⁷ md. 87 / f. 1 (a) bendi, SPK'nun gerçek ya da tüzel kişiyi ilgilendiren özel nitelikli kararlarının ilgililere yazılı olarak tebliğ edileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, SPK kararına karşı dava açma süresinin başlangıcı bakımından, kararın ilgili ihraççıya yazılı olarak tebliğ edildiği tarih esas alınmalıdır⁷⁸.

⁷³ DİDDGK 26.06.1998, E.1998/355, K.1998/277 (D.D., Y:29, S. 98, 1999), s.66-67.

⁷⁴ Hazırlık işlemleri, bir idari kararın alınmasından önce yapılan, karar almaya yetkili makamı bağlamayan, ancak bu makamı bilgilendirici, aydınlatıcı ve yönlendirici işlemlerdir. Bu tür idari işlemler, icrai nitelikte olmayıp, tek başlarına bir hukuki sonuç doğurmazlar. Dolayısıyla da, bunlara karşı doğrudan doğruya dava açılamaz. Hazırlık işlemlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 283.

⁷⁵ Gözübüyük / Tan, C. I, s. 425-426; Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, s. 114.

⁷⁶ Yasin, s. 232-233.

⁷⁷ Yönetmelik, 24.06.1982 T. ve 17734 Sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁸ Danıştay 10. Dairesi'nin 19.01.2000 T / 1999-1800 E. / 2000-79 K. Sayılı Kararında, subjektif idari işlemlere karşı açılacak idari davalarda, dava açma süresinin işlemeye başlayabilmesi için, idari

Ancak, idarenin işlemlerini kendi yararına bulmayan kişinin, söz konusu işleme ilişkin olarak yargı yerine başvurmadan önce, üst idari makama, bu nitelikte bir makam yok ise işlemi yapan idareye başvurarak işlemin düzeltilmesini ya da tamamen ortadan kaldırılmasını isteyebilmesi mümkündür (İYUK md. 11). Bu bağlamda, SPK üzerinde bir üst makam bulunmadığından, SPK'nun kararlarına karşı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca yine SPK'na itiraz edilmesi gerekmektedir⁷⁹. Dava açma süresi içinde idareye yapılan usulüne uygun başvurunun, dava açma süresini durduracağı vurgulanmalıdır.

SPK'nun işlemlerinden dolayı bir zararın ortaya çıkmasının söz konusu olduğu hallerde de, bu işlemlerinden zarar gören kişilerin tam yargı davası ile bu zararlarının tazminini talep edebilmelerinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁸⁰. Sorumluluk açısından, işlemin uygulanmış ve hüküm ile sonuçlarını doğurmuş olması gereklidir⁸¹.

Bazı durumlarda, hukuka aykırılık söz konusu olmamakla birlikte, idarenin bir işlemi ile haklı beklenti olduğu ileri sürülebilmektedir⁸². Haklı beklenti, hukuka uygun olmak kaydıyla idarenin süre gelen hukuki uygulamalarına güvenerek, belirli hakları

işlemin ilgiliye yazılı olarak bildiriminin (tebliğinin) gerekliliği vurgulanmıştır. Kararın tam metni için bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 20.01.2008

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akgül, s. 192.

⁸⁰ İdarenin sorumluluğuna başvurabilmek için şu şartların varlığı aranmaktadır: Ortada idarenin bir fiili olmalıdır. İdarenin fiili kusurlu olmalıdır. İdare gerektiği gibi davranmadığı zaman kusur işlemiş sayılmakta ve bu durum “hizmet kusuru” olarak ifade edilmektedir (meğer ki idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olsun). Üçüncü şart olarak ortada bir zarar olmalıdır. Nihayet, ortaya çıkan zararın idarenin bir fiilinden kaynaklanmış olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, **İdare Hukukuna Giriş**, s. 286 vd. SPK işlemlerinin tam yargı davaları açısından değerlendirilmesi için bkz. Yasin, s. 237.

⁸¹ Özay, s. 817. İdari işlemlerin yol açtığı zararlara ilişkin genel esaslar ve idari işlemlerden doğan tam yargı davalarında açılacak dava şekillerine hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özay, s. 815 vd.

⁸² Danıştay 6. Dairesinin 16.05.2001 T. / 2008 E. / 2638 K. Sayılı Kararında, “Uyuşmazlıkta davacıların almış oldukları ruhsata göre inşaatla başladıkları ancak komşunun ruhsatın iptali istemiyle açtığı davada İdare Mahkemesince yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi üzerine inşaatın mühürlenerek durdurulduğu açıktır. Başlangıcında idarenin vermiş bulunduğu ruhsat bulunduğu için inşaatın mühürlenerek durdurulmasına kadar geçen süreç içinde davacıların inşaat için yapmış oldukları harcamalar nedeniyle doğan zararın idarece tazmini gerektiği kuşkusuzdur...” denilerek; haklı beklenti oluşması sebebiyle idarenin tazmin sorumluluğunun gündeme getirildiği görülmektedir. Karar için bkz. Ethem Atay / Hasan Odabaşı / Hasan Tahsin Gökcan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 338-339.

elde etme beklentilerinin hukuk güvenliğini sağlama gerekçesiyle korunmasıdır⁸³. İdari yargının, bu ilkeyi kabul ederek, istikrarlı biçimde uygulamaya yansıttığını söylemek, şu an için mümkün görünmemektedir. Ancak, İTMK ihracına ilişkin bazı durumlarda, haklı beklenti doğması ve bu beklentinin karşılanmamasının zarara sebep olması söz konusu olabilir. İTMK ihraç edebilmek için, SPK tarafından İTMK ihraççısı olarak listeye alınmak gerekmektedir. SPK, İTMK ihraççısı olmaya ilişkin idari kararını, SPK Seri:III / 33 No'lu Tebliğ md. 13 / f.2 hükmüne dayanarak, geleceğe etkili olarak tümüyle ortada kaldıracaktır. İhraç yetkisinin geri alınmasına ilişkin böyle bir karar, ilgili tarafın ve üçüncü kişilerin, ihraççı olarak listeye alınmaya ilişkin kararın neden olduğu haklı beklentilerinin karşılanmaması dolayısıyla mağdur olmalarına sebep olabilecektir. Bu gibi durumların ortaya konulması halinde, haklı beklentileri karşılanamayan kimseler bakımından tazminat hakkı doğabileceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁴.

İhraççı niteliğini kazanmış olmasına rağmen belirlenen süre içinde hiç İTMK ihracı yapılmamasından dolayı ihraççı niteliğinin kaybedildiği hal dışındaki tüm hallerde, ihraççı niteliğinin kaybedilmesini sonuçlayacak SPK kararının, evvelce ihraç edilmiş olan İTMK sahiplerinin hak ve menfaatlerini nasıl etkileyeceği önem kazanmaktadır. SPK Seri:III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 f.2 ve devamındaki hükümler, İTMK alacaklılarının menfaatleri doğrultusunda teminat konusu varlıkları yönetecek bir bağımsız idarecinin atanmasını ve bu yönetimin genel esaslarını düzenlemektedir.

Takip eden 30. madde hükmü ise ihraççının yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelere çalışmamızın

⁸³ Yücel Oğurlu, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 221.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğurlu, s. 254 vd.

ilgili bölümünde yer verileceğinden, burada bu belirlemenin yapılması ile yetinilecektir.⁸⁵

⁸⁵ Teminat konusu varlıkları yönetecek bağımsız idarecinin atanması ve bu yönetimin genel esaslarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm V / II / C kısmında yer alan açıklamalarımız. İhraççının yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm V / III kısmında yer alan açıklamalarımız.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İPOTEK TEMİNATLI MENKUL KIYMETLERİN KARŞILIĞINI TEŞKİL EDEBİLECEK VARLIKLAR

I. Genel Bakış

Teminatlı borçlanma senetleri, evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere ihraççı kuruluşun taşınmaz rehni teminatlı alacak hakları karşılık gösterilmek suretiyle ihraç edilmeleri bakımından özellik arz etmektedir¹. Bu özellik doğrultusunda kanun koyucu, teminatlı borçlanma senedi niteliğindeki İTMK'leri, SerPK md. 13/A f. 1 hükmünde, “ihraççıların genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve oluşturulan teminat havuzundaki varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen borçlanma senetleri” olarak tanımlamıştır. SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 4 hükmünde ise, “teminat havuzundaki varlıklar” ifadesi yerine, Tebliğ'in 3. maddesinin (j) bendinde tanımlanmış olan “teminat varlıklar” ifadesi kullanılmıştır. Anılan düzenlemeye göre İTMK'lerin karşılığını teşkil edebilecek olan teminat varlıklar, teminat havuzunda yer alan ve Tebliğ hükümleri doğrultusunda teminat defteri adı verilen bir sicil sistemine kaydedilen ipotekli kredilerden, ikame varlıklardan ve türev araçlardan kaynaklanan haklar ile teminatlardır. Sayılan bu varlıkların tümü, ihraç edilen İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere biraraya getirilmiştir. Bir başka ifade ile bu varlıklar, kanunun öngördüğü esaslar doğrultusunda, İTMK alacaklılarının teminatını teşkil edecektir. Bu bağlamda, “teminat varlıklar” yerine, “teminat konusu varlıklar” ifadesinin kullanılması daha uygundur.

Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle teminat havuzu kavramı, teminat havuzunun yapısı ve hukuki niteliği incelenecektir. Bu incelemeleri takiben, teminat havuzunu oluşturmaya elverişli teminat konusu varlıklar, havuzun oransal anlamda çoğunluğunu teşkil edecek ipotekli kredilere ağırlık verilmek suretiyle, tek tek ele alınacaktır.

¹ Karş. Bölüm I / II / C'de yer alan açıklamalarımız.

II.“Teminat Havuzu”

A. Kavram

SerPK’nun 13/A maddesinin ikinci fıkrası “ihraççılar, ipotek teminatlı menkul kıymetlerin teminatını teşkil eden varlıkları, diğer varlıklarından ayrı olarak oluşturacakları teminat havuzu içerisinde izlemekle yükümlüdür” hükmünü getirmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, İTMK ihraççısının, kanunun öngördüğü niteliği ve ihraç edilecek senetlerin ekonomik hacmine uygun niceliği haiz olan taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacakları, İTMK’lerden kaynaklanan alacak haklarını teminat altına almak üzere, diğer malvarlığı değerlerinden ayrı bir statüye tâbi tutulacaktır.

O halde “teminat havuzu”, İTMK ihraççısının, ihraç edilecek İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere, malvarlığı içinden belirlediği varlıklar bütünüdür. Teminat havuzunu oluşturan varlıkların, ihraççının malvarlığına dahil diğer değerlerden nasıl ayırdedilebileceğine ilişkin yapılanmayı ise teminat defteri ve buna ilişkin kayıt sistemi karşılamaktadır².

İTMK ihraççısı, yatırımcıdan ödünç alınması amacıyla ihraç ettiği bu borçlanma senetlerinden kaynaklanan borçlarından, malvarlığı ile sınırsız sorumluluk kuralına paralel olarak tüm malvarlığı ile sorumlu olduğundan³, teminat havuzu teorik olarak her zaman mevcut olmakla birlikte, ancak ihraççının ihraç edilen İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getiremediği ve 5582 sayılı Kanun ile Tebliğ’in öngördüğü diğer durumlarda, özellikle de ihraççının iflası halinde pratik işleve sahip olacaktır.

B. Teminat Havuzunun Yapılandırılması ve Değişken Karakteri

Teminatlı borçlanma senetlerinin güvencesini teşkil edecek varlıkların bütünü olarak nitelendirdiğimiz teminat havuzunun yapılandırılmasına ilişkin iki farklı model

² Teminat defterine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm IV / III.

³ Karş. malvarlığı ile sınırsız sorumluluğa ilişkin olarak yaptığımız Bölüm I / II / F / 3 / b kısmında yer alan açıklamalar.

izlendiği gör÷lmektedir. İlk modelde, teminatlı borçlanma senedi ihraç eden kuruluşun her bir ihracına özel, belirli zamanda ihraç edilen belirli borçlanma senetlerinin karşılıklarını barındıracak teminat havuzları oluşturulmaktadır. İkinci modelde ise ihraççının tüm teminatlı borçlanma senedi ihraçlarına karşılık teşkil edecek varlıkları barındıran ortak bir teminat havuzunun oluşturulması tercih edilmektedir⁴.

SerPK md. 13/A hükmü çerçevesinde, yetkili İTMK ihraççısının yapacağı tüm ihraçlardan kaynaklanan alacakların, tek bir teminat havuzu tarafından güvence altına alınacağı anlaşılmaktadır. Buna göre, farklı zaman dilimlerinde ihraç edilmiş tüm İTMK’lerin karşılığını, tek bir teminat havuzunda yer alan ve teminat defterine kaydedilmek suretiyle belirli kılınan varlıkların tümü teşkil etmektedir.

Ancak, teminatlı borçlanma senetleri ile teminat havuzunu oluşturan varlıkların ilişkisi bire bir aynı değildir⁵. Teminat havuzunda, her teminatlı borçlanma senedine karşılık gelen bir varlık bulunmamaktadır. Tüm teminatlı borçlanma senetleri, teminat havuzundaki varlıkların tamamı tarafından güvence altına alınmış bulunmaktadır. Böylelikle, ihraç edilen teminatlı borçlanma senetlerinden doğan alacakların karşılanmaması riskinin düşür÷lmesi amaçlanmaktadır⁶.

SerPK md. 13/A f. 9 hükmünde, ilave menkul kıymet ihraç edilebilmesi ya da İTMK’ler ile bunların karşılığını teşkil eden değerler arasında kanun tarafından öngör÷len uyumun korunabilmesi amaçlarıyla, teminat havuzuna yeni varlıklar dahil edilebileceği öngör÷lmüştür. Kanunun bu hükmünde, teminat havuzuna bir varlık dahil edilmesinin ön koşulları belirtilmemiştir. Ancak, ilgili hüküm teminat sorumlusunun görevlerini düzenleyen, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 14 hükmünün ilk fıkrasının (b) bendinde yer alan “teyit eder” ifadesi ile birlikte değerlendirildiğinde, teminat havuzuna varlık eklenmesinin teminat sorumlusunun

⁴ Naserre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 84.

⁵ Naserre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 84.

⁶ Naserre-Aznar, **Securitisation and Mortgage Bonds**, s. 84.

onayını gerektirdiği anlaşılmaktadır⁷. SerPK md. 13/A f. 9 hükmünde ayrıca, makul bir gerekçe gösteren ihraççının, yine teminat sorumlusunun onayını almak suretiyle, teminat havuzuna dahil edilmiş bir varlığı teminat havuzundan çıkarabileceği veya teminat havuzunda bulunmayan bir varlık ile değiştirebileceği de hükme bağlanmıştır. Teminat havuzuna ilişkin bu müdahalelerin yapılması, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 23 düzenlemesi uyarınca, ihraççının yükümlülüğü niteliğindedir. Düzenleme, teminat uyum ilkelerinin ihlali halinde ihraççının teminat defterine yeni varlıklar kaydetmek de dahil olmak üzere, gerekli tedbirleri derhal alması gerektiği açıkça belirtmiştir.

Bu belirlemeler doğrultusunda, kanunun belirlemiş olduğu esas ve usuller çerçevesinde teminat havuzuna İTMK’in karşılığını teşkil etmeye elverişli varlık eklenmesi veya evvelce dahil edilmiş varlıkların havuzdan çıkarılması ya da bir yenisi ile değiştirilmesi mümkün olduğundan, teminat havuzunun yapısı “değişken” olarak nitelendirilmeye elverişlidir.

C. Teminat Havuzunun Hukuki Niteliği

Teminat havuzu olarak isimlendirilen İTMK’lerin karşılığını teşkil eden varlıklar bütünü, ihraççının malvarlığı içinde yer almaktadır. Ancak SerPK md. 13/A hükmü ile teminat havuzuna yüklenen işlev, teminat havuzunu teşkil eden varlık topluluğunun, ihraççının diğer malvarlığı değerlerinden ayrı bir statüye tâbi kılınmasını gerektirmektedir. Bu anlamda teminat havuzunun hukuki niteliğini saptayabilmek için “malvarlığı” ve “özel malvarlığı” kavramlarını incelemek yol gösterici olacaktır.

Bir gerçek ya da tüzel kişinin ekonomik değer taşıyan ilişkilerinden kaynaklanan haklarının ve borçlarının tümüne “malvarlığı” denir⁸. Kural olarak bir kimsenin

⁷ Teminat sorumlusu kavramı ve teminat sorumlusunun görevlerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Bölüm IV / II / A ve Bölüm IV / II / B.

⁸ Kemal Tahir Gürsoy / Fikret Eren / Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1978, s. 24; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, C. I, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1989, s. 3; Erman, **Medeni Hukuk**, s. 86; Kevork Acemoğlu, **Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya İşletmenin Devri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 9-10. Hatemi / Serozan / Arpacı,

birden fazla malvarlığına sahip olması mümkün değildir. Ancak, hukuk düzeninin açıkça kabul ettiği bazı istisnai hallerde, bir kimsenin genel malvarlığı yanında “özel malvarlığı”na da sahip olması söz konusu olur⁹. Özel malvarlığı, kanun tarafından gösterilen hallerde, belirlenen özel amacı gerçekleştirmek için bağımsızlık tanınan ve kendi içinde bir bütünlük arzeden haklar bütünüdür¹⁰. Bir şahsın malvarlığı içindeki bu haklar bütününe hukuki statüsü, malvarlığının geri kalan bölümünden farklı, özel bir düzenlemeye tâbi olmaktadır¹¹.

Özel malvarlığının önemi, borçlardan sorumluluk hususunda ortaya çıkmakta ve bazı alacakların karşılığını özel malvarlığı teşkil etmektedir¹². Bu anlamda özel malvarlığı, belli bir amaca tahsis edilmiş haklar bütünüdür. Bir başka ifade ile özel malvarlığında, muhtelif ve bağımsız hak konuları, aynı amacı gerçekleştirmek için, bir hukuki bağ nedeniyle birlikte bulunmaktadır¹³.

malvarlığını, “kişiye ait, parayla ölçülebilir hukuki ilişkilerin tümü” olarak tanımlamıştır. Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1991, s. 46; Ayiter, “malvarlığı” ifadesinin kullanılmasına, bu hukuki kavramın mallardan değil, mallar üzerindeki haklardan meydana geliyor olması gerekçesi ile eleştirmekte, “mamelek” kavramını tercih etmektedir. Nuşin Ayiter, **Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 1.vd. Bir diğer tanıma göre mamelek, bir kimseye ait olan bütün mallar, bunlardan kaynaklanan haklar ve sair alacaklar ile başkalarına karşı yüklenilen borçlar ve mükellefiyetler bütünüdür. Ferit Hakkı Saymen / Halit Kemal Elbir, **Türk Eşya Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 215. Ancak yazarlar bu tanıma takiben, mamelekin maddi olmayan nitelikte olup, taşınır ya da taşınmaz olmadığını da vurgulamışlardır. Saymen / Elbir, s. 216. Acemoğlu, malvarlığının bir bütün, bir kül olduğunu ileri sürmektedir. Acemoğlu, **Malvarlığı**, s. 10. Ayiter ise, aksi görüştedir. Kişinin ekonomik ilişkilerinden doğan hal ve borçlar ile bu tür ilişkiler kurma ehliyetini birbirinden ayıran yazar, malvarlığını bir kül değil, yığın olarak nitelendirmektedir. Ayiter, s. 27. Malvarlığı kavramının, mutlaka hak ve borçlardan oluşan bir bütün olduğu hususundaki tartışmalar için bkz. Mehmet Fatih Arıcı, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 163 vd. Yazar bu tartışmaları ortaya koyduktan sonra, örnek olarak sadece belirli aktiflerden oluşan bir malvarlığı bölümünün kendi içinde ekonomik bütünlük arzedebileceğini vurgulamaktadır. Arıcı, s. 165.

⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Eşya Hukuku**, s. 4; Ayiter, s. 40.

¹⁰ Acemoğlu, **Malvarlığı**, s. 11; Ayiter, s. 29.

¹¹ Ayiter, s. 29. “Özel malvarlığı, kişinin genel malvarlığı içinde yer alıp, belirli bir amacı gerçekleştirmek için yasaca kendisine özel ve bağımsız bir hukuki konum tanınmış hukuki ilişkiler tümüdür.” Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 46.

¹² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Eşya Hukuku**, s. 4-5; Ayiter, s. 29-30.

¹³ Gürsoy / Eren / Cansel, s. 23-24.

Özel malvarlıklarının büyük çoğunluğunda, belli alacaklar için sadece özel malvarlığı değerleri karşılık teşkil etmekte, alacaklının borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvurabilmesi mümkün olamamaktadır¹⁴. Ancak, özel malvarlığının nasıl bir amaç doğrultusunda belli alacakların karşılanmasına hizmet edeceği, farklı şekilde düzenlenebilir. Özel malvarlığına ilişkin bazı düzenlemelerde -İTMK'lere ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi- borçlu esasen tüm malvarlığı ile sorumlu olmaya devam edebilmektedir.

Kanuni düzenleme ile sınırları netleşmiş olan özel malvarlığının, kim tarafından idare edileceği veya kimlerin bu haklar bütünü üzerinde tasarruf hakkına sahip olabileceği de yine aynı kanuni düzenleme çerçevesinde açıkça belirlenmiş olmalıdır¹⁵. Özel malvarlığının, malik tarafından idare edileceği hallerde, özel malvarlığına dayanak teşkil eden kanuni düzenleme, özel malvarlığını teşkil edecek hakların, malikin diğer haklarından nasıl ayrıştırılabileceğini de düzenlemiş olmalıdır¹⁶.

Teminat defterine kaydedilmek suretiyle belirli kılınmış olan taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacak hakları ve sair haklardan teşekkül eden teminat havuzu, İTMK'lerden doğan alacakların karşılığını –güvencesini- teşkil amacına hizmet etmek üzere tahsis edilmiş bir haklar bütünüdür¹⁷. Bu bütünü oluşturan hakların teminat defterine kaydedilmelerinden itibaren, SerPK md. 13/A gereği teminat amacı dışında kullanılamamaları, haczedilememeleri, ihtiyati tedbire konu olamamaları ve

¹⁴ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Eşya Hukuku**, s. 4-5.

¹⁵ Ayiter, s. 41.

¹⁶ Ayiter, s. 41. Doğru, teminat havuzunun ayrı bir malvarlığı teşkil etmediğini; böyle bir kabul için, bu varlıkları kimin idare edeceği ile bunlar üzerinde kimin tasarruf yetkisine sahip olacağı hususlarının da düzenlenmiş olması gerektiğini; ancak kanunda böyle bir hüküm bulunmadığını ifade etmiştir. Doğru, s. 321.

¹⁷ İTMK ihraççısının, tüm ihraçlarını karşılayan tek bir teminat havuzu bulunmaktadır. Bu itibarla ihraççı, her yeni ihraçta, ihraç edilen İTMK'lerin karşılığını teşkil etmeye uygun nicelik ve nitelikte varlığı teminat havuzuna eklemek zorundadır. Teminat havuzunun değişken karakteri bu eklemeleri mümkün kılmaktadır. Teminat havuzunun yapılandırılması ve değişken karakterine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm III / II /B.

nihayet iflas masasına dahil edilememeleri, bunların diğer malvarlığı değerlerinden farklı statüye tâbi kılındıklarını göstermektedir¹⁸. Diğer taraftan, hakların tek tek teminat defterine kaydedilmesi suretiyle sınırları açıkça belirli hale getirilen teminat havuzu üzerinde kimin, hangi hallerde tasarrufta bulunabileceği de yine SerPK ve ilgili tebliğ hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Teminat defterine kayıtlı varlıklar, ihraççının iflasının söz konusu olmadığı durumlarda, ihraççı tarafından idare edilecektir. SerPK 13/A maddesinin 13. fıkrasının¹⁹ mefhumu mualifinden, ihraççının teminat havuzunda yer alan varlıklar üzerinde teminat amacı çerçevesinde tasarrufta bulunabileceği anlamı çıkmaktadır. Esasen tasarruf yetkisinin kimde olduğu ve sınırları da belirlenmiştir²⁰. Ancak teminat defterine kayıtlı varlıklar üzerindeki bu tasarrufların, teminat amacı dahilinde de olsa, teminat sorumlusunun denetimine tâbi olduğu hatırlatılmalıdır²¹. İhraççının İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi hallerine ilişkin olan SerPK md. 13/A f. 15’de öngörülen hallerde ise, teminat konusu varlıkların idaresi için SPK tarafından “idareci” atanacaktır²². Atanacak idareci, teminat konusu varlıklar üzerinde, aynı kanun hükmü çerçevesinde tasarruf yetkisine de sahip olacaktır. İTMK

¹⁸ Bu noktada, yetkili bir İTMK ihraççısının, malvarlığındaki tüm değerleri teminat defterine kaydetmek suretiyle İTMK alacaklıları dışındaki alacaklılarının müdahalelerinden kaçırmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bir varlığın teminat havuzuna dahil bir varlık olarak kabul edilebilmesi, teminat sorumlusunun onayının alınması suretiyle teminat defterine kaydedilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu itibarla, teminat sorumlusunun onayı olmaksızın teminat defterine yapılacak bir kayıt, işlemin kurucu unsuru olarak kabul edilmesi gereken onay olmaksızın yapıldığından yok hükmünde sayılacaktır. Teminat defterine yapılacak kayıtların, teminat sorumlusunun onayına bağlı olmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm IV / III / D.

¹⁹ Anılan fıkra, İTMK’ler itfa edilmeye dek, teminat havuzunda yer alacak varlıklar üzerinde teminat amacı dışında tasarruf edilemeyeceği; bunları yine teminat amacından başka amaçlarla rehnedilemeyeceği, teminat gösterilemeyeceği düzenlenmiştir.

²⁰ Doğru, teminat havuzuna kayıtlı varlıkların kim tarafından idare edileceği ve bu varlıklar üzerinde kimin tasarruf yetkisine sahip olduğunu düzenlenmemiş olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre teminat konusu varlıklar, başka kuruluşa devir, idareci atanması ve tedrici tasfiye söz konusu olmadıkça ihraççının malvarlığına dahil olarak kalacak ve ihraççı tarafından idare edilecektir. Doğru, s. 321.

²¹ Karş. Bölüm IV / II / C kısmında yer alan teminat sorumlusunun görevlerine ilişkin açıklamalarımız.

²² İhraççı niteliğinin kaybı halinde, İTMK’lerin karşılığını teşkil eden varlıkların yönetimi için “idareci” atanmasına ilişkin açıklamalarımız ile idarecinin hukuki niteliği, görev ve yetkilerine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / II / C kısmında yer alan açıklamalarımız.

alacaklılarının menfaatlerinin korunmasına ilişkin olarak öngörülen bu tedbir, büyük olasılıkla, ihraççı hakkında iflasın açılmasından önce alınacaktır. Bu anlamda da teminat havuzunun özel malvarlığı statüsünde kabul edilebilmenin önşartlarını karşıladığını söylemek mümkündür. Bu itibarla, teminat havuzunun SerPK md. 13/A hükmü uyarınca, özel malvarlığı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir²³.

III. Teminat Havuzunu Oluşturacak Varlıklar

A. Genel Bakış

SerPK md. 13/A f. 3 hükmü, teminat havuzunun hangi varlıklardan oluşacağını düzenlemektedir. Hüküm şöyle kaleme alınmıştır:

“Teminat havuzu, yapı kullanma izni almış konut ve diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar, ikame varlıklar ve bunların riskten korunması amacıyla yapılan sözleşmelerden oluşur.”

Hüküm, teminat konusu varlıkları tespit etmektedir. Hükümde kullanılmış olan, “varlıkların riskten korunması amacıyla yapılan sözleşmeler” ifadesi, “varlıkların riskten korunması amacıyla yapılan sözleşmelerden kaynaklanan haklar” olarak anlaşılmalıdır. Zira, sözleşmeler değil, bunlardan kaynaklanan haklar “varlık” niteliğindedir. Burada kastedilen sözleşmelerin, sigorta sözleşmeleri olduğu da belirtilmelidir²⁴.

SerPK md. 13/A hükmüne dayanılarak çıkarılmış olan SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in, 3. madde hükmünde, teminat konusu varlıkların biraz daha ayrıntılı olarak tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Tebliğ’in md. 3 (j) hükmünde, ihraç edilecek İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat havuzunda yer alacak

²³ 5582 sayılı Kanun ile değiştirilen SerPK md. 13/A f. 2’de, “İhraççılar, ipotek teminatlı menkul kıymetlerin teminatı olan varlıkları, diğer varlıklarından ayrı olarak, oluşturacakları teminat havuzu içerisinde izlemekle yükümlüdürler” ifadesi yer almaktadır. Doğru, sırf teminat havuzundaki varlıkların ihraççının diğer varlıklarından ayrı izlenileceği ifadesine dayanılarak, teminat havuzunun ihraççının malvarlığından ayrı bir malvarlığı olarak kabulünü mümkün görmemektedir. Doğru, s. 321.

²⁴ Türev sözleşmeler olarak düzenlenen sigorta sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III / III / C / 1.

varlıklar, “ipotekli krediler”, “ikame varlıklar” ve “türev sözleşmelerden kaynaklanan haklar ile teminatlar” olarak sayılmış; aynı maddenin (ç) bendinde, ipotekli kredilerin, “ipotekli konut kredileri” ve “ipotekli ticari krediler” olmak üzere ikili bir ayırıma tâbi tutulduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin (d) bendi, ipotekli konut kredisini “Tapu siciline mesken olarak kaydedilen bir veya birden fazla konut üzerinde ipotek tesis etmek suretiyle teminat altına alınmış alacak ve krediler” olarak tanımlamıştır. Takip eden (e) bendi ise, ipotekli ticari kredileri, “tapu siciline mesken olarak kaydedilen konut ve arsa dışındaki taşınmazlar üzerinde ipotek tesis etmek suretiyle teminat altına alınmış alacak ve krediler” olarak tanımlamaktadır.

Gerek SerPK md. 13/A hükmü ve gerekse Tebliğ’in 3. maddesindeki düzenlemeler hangi özellikteki alacakların teminat havuzuna dahil edilebileceğini tam olarak açıklığa kavuşturmamıştır. Üstelik, her iki düzenlemede yer alan “konut üzerinde ipotek tesisi” ifadesi, varlıkların hukuki niteliklerinin belirlenmesi yönünden kifayetsiz kalmaktadır. O halde, teminat havuzuna dahil edilebilecek varlıkların tespiti için öncelikle kanun ve tebliğde kullanılmış olan ifadelerin hukuken nasıl değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmelidir.

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in “Teminat Varlıklar ve Teminat Defteri” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan ve teminat havuzuna dahil edilecek varlıklar olarak sayılan ipotekli krediler, ikame varlıklar ile türev sözleşmelerden kaynaklanan hakların hangi nitelikleri haiz olmalarının gerektiğini düzenleyen hükümler, bu tespitte yol gösterici olacaktır.

Çalışmamızın takip eden kısmında, teminat havuzunu oluşturacak varlıklar, herhangi bir karışıklığa meydan vermemek amacıyla, kanun koyucu ve SPK’nun tercih ettiği terimlere sadık kalınarak, “ipotekli kredilerden kaynaklanan haklar ile teminatlar” ile ikame varlıkları ve türev sözleşmeleri kapsamak üzere “diğer varlıklar” olarak ayrı ayrı incelenecektir. Bu incelemelerdeki temel amacımız, teminat havuzunu oluşturacak varlıkların, bu ifadelere yansıtılamamış gerçek hukuki niteliklerinin tespitidir.

B. İpotekli Kredilerden Kaynaklanan Haklar

1. Genel Bakış

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 3 (ç) hükmü, ipotekli kredileri, ipotekli ticari krediler ve ipotekli konut kredileri olmak üzere ikili bir ayırıma tâbi kılarsa da; Tebliğ’in 9. maddesinde “ipotekli krediler” olarak ifade edilen varlıkların sahip olması gereken nitelikleri ortak olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda, kanun koyucunun kullanmış olduğu “ipotekli ticari kredi” teriminin teknik olarak ticari kredi anlamında kullanılmadığı vurgulanmalıdır.

Bir alacak hakkının, “ipotekli kredi” olarak ifade edilen bir varlık niteliğinde teminat havuzuna dahil edilebilmesi için; alacak haklarının kaynağını teşkil eden hukuki işlemin ve alacak hakkının teminat altına alınması işleminin belirli nitelikleri haiz olması gerekmektedir. SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9 hükmü bu nitelikleri belirlemektedir.

Hükmün, alacakların niteliklerini belirlerken, 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girdiği tarih olan 06.03.2007 tarihinden önce ve bu tarihten sonra yapılmış hukuki işlemlerden kaynaklanan alacak hakları arasında fark gözetmiş olduğu görülmektedir. Buna göre, 5582 sayılı Kanun’un yürürlüğü öncesinde kurulmuş bir hukuki ilişkiden kaynaklanan alacak haklarının, teminat havuzuna dahil edilebilmesi, hukuki ilişkideki borçlunun SerPK geçici md. 11 hükmü doğrultusunda bir başvuru yapmaması şartına bağlanmıştır²⁵. Ancak alacak hakkı ister 5582 Sayılı Kanun’un yürürlüğü öncesinde, ister sonrasında yapılmış bir hukuki işlemde kaynaklansın, ortak nokta, alacak hakkının bir konut finansmanı işleminden kaynaklanıyor olması gereğidir.

5582 sayılı Kanun’un SerPK’na eklemiş olduğu 38/A maddesinin ilk fıkrası, konut finansmanı işlemlerini sınırlı saymak suretiyle belirlemiştir. Hüküm şu şekilde kaleme

²⁵ 5582 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş tüketici sözleşmesi niteliğindeki kredi ilişkilerinden kaynaklanan alacak haklarının teminat havuzuna dahil edilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III / III / B / 5.

alınmıştır: “Konut finansmanı, konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılmasıdır. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullandırılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır.”

Konut finansmanı işlemi, bir tüketici işlemi niteliğinde olup, 5582 sayılı Kanun ile TKHK’na eklenen 10/B maddesinde öngörülen esaslar doğrultusunda kurulmuş bir konut finansmanı sözleşmesine dayanmalıdır.

Tebliğ’in 9. maddesinin lafzından, konut finansmanı sözleşmelerinden kaynaklanan alacak hakları dışında, TOKİ’nin sahip olduğu alacak haklarının da “ipotekli krediler” kapsamında teminat havuzuna dahil edilebileceği anlaşılmaktadır. O halde, bir İTMK ihraççısı, TOKİ’nin alacaklarını devralmak suretiyle teminat havuzuna dahil edebilecektir. Tebliğ’in 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, TOKİ’nden devralınacak alacak haklarının 5582 sayılı Kanun’da öngörülen nitelikleri taşıma şartı aranmayacaktır. O halde, TOKİ’nden devralınacak alacak haklarının, SerPK md. 38/A hükmünde tanımlanan konut finansmanı işlemlerinden kaynaklanması gereği bulunmamaktadır. Diğer taraftan, TOKİ alacağının kaynaklandığı hukuki işlemin tarihinin de bir önemi yoktur. Bir başka ifade ile TOKİ’nin alacağı 5582 sayılı Kanun’un yürürlüğü öncesinde kurulmuş bir hukuki işlemde kaynaklansa da, borçlunun konut finansmanı sistemine dahil edilmemeye ilişkin bir başvurusu bulunup bulunmamasıyla bağlı olmaksızın, teminat havuzuna dahil edilebilecektir. Ancak hüküm, bu alacak haklarının da öngörülen esaslar doğrultusunda teminat altına alınmış olmaları şartını aramaktadır²⁶.

Bu belirlemeler ışığında, “ipotekli krediler” olarak ifade edilen varlık grubuna dahil olabilecek alacak haklarının, kaynaklandığı hukuki işlemin sahip olması gereken özellikler ile teminat altına alınması işleminin sahip olması gereken özellikler değerlendirilmelidir.

²⁶ TOKİ’nden devralınan alacak haklarının teminat havuzuna dahil edilebilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III / III / B / 6.

2. Alacakların Kaynaklandığı Hukuki İşleme İlişkin Özellikler

İpotekli kredi olarak teminat havuzuna dahil edilebilecek bir alacak hakkının, konut finansmanı tanımına uygun olarak kurulmuş bir hukuki ilişkiden kaynaklanması gerekmektedir. Bir başka ifade ile SerPK md. 38/A doğrultusunda, tüketicilere konut edinmeleri amacıyla kredi kullandırılmasına ilişkin kredi sözleşmelerinden kaynaklanan alacak hakları; “konut” niteliğindeki taşınmazların tüketicilere finansal kiralanaşına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan alacak hakları ile “konut” niteliğinde bir taşınmazın teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılmasına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan alacak hakları teminat havuzuna dahil edilebilecektir²⁷.

Bu sözleşmelerin özelliklerini ise yine 5582 sayılı Kanun tarafından TKHK’na eklenen “Konut Finansmanı Sözleşmeleri” başlıklı 10/B maddesi hükmü düzenlemektedir.

Konut finansmanı sözleşmesi, bir kredi sözleşmesi ya da bir finansal kiralama sözleşmesi olabilir. Kredi kuruluşlarının, belirlenen koşullarda, teminat altına alınmış ya da alınmamış olarak, belirli miktar parayı, nakit ödemek suretiyle müşterisine ya da onun gösterdiği üçüncü kişiye kullandırması nakdi kredi teşkil etmektedir²⁸. Tahsis edilen nakdi kredinin, ödeme vadesi belirli krediler ve vadesiz cari hesap şeklinde işletilen krediler olmak üzere çeşitli şekillerde kullandırılması mümkündür²⁹. Vadesi belirli kredi ilişkileri, kredi tutarının tamamının bir kerede kredi müşterisine ödendiğı, ödeme vadesi belirli, kullandırılan krediye vadesine göre

²⁷ SerPK md. 13/A f. 3 ile Tebliğ’in 3 ve 9. maddeleri beraberce değerlendirildiğinde; “ipoteekli konut kredisi” ve “ipoteekli ticari kredi” ayırımının, sadece alacak hakkının teminatını teşkil edecek taşınmazın tahsis ve kullanım amacına ilişkin olduğu; yoksa her iki hukuki işlemin de tüketici işlemi niteliğindeki konut finansmanı sözleşmesinde kaynaklanması gerektiğı görölmektedir. Bu itibarla, Tebliğ md. 3 (e) hükmündeki “ipoteekli ticari kredi” ifadesi yanıltıcı niteliktedir.

²⁸ Yaşar Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 432. Nakdi kredilere ilişkin olarak ayrıca bkz. Seza Reisoğlu, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2002, s. 419 vd; Cengiz Kostakoğlu, **Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 241;

²⁹ Kostakoğlu, s. 242.

hesaplanmış faizin eklenmesi³⁰ ile tespit edilen tutarın belirlenen taksitler halinde vadelerinde ödenmesi taahhüdünü içeren bankacılık işlemlerinden doğan nakdi kredi ilişkileridir³¹. Bu kapsamdaki kredi ilişkilerinin yaygın uygulamalarından biri de, taksitlerle ödenmesi öngörülen tüketici kredileridir³². 06.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4822 sayılı Kanun ile değiştirilen, TKHK md. 10 f. 1 hükmü, tüketici kredisini, tüketicilerin bir mal³³ veya hizmet edinmek için kredi verenden nakit olarak aldıkları kredi olarak tanımlamıştır.

Finansal kiralama sözleşmesi ise kiralayan olarak bir finansal kiralama şirketinin, sözleşme konusu malın³⁴ zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere, kararlaştırılan kira bedeli karşılığında kiracıya bırakması olarak tanımlanmaktadır³⁵. Sui generis bir kullanımın devri olarak nitelendirilen³⁶ finansal kiralama sözleşmesinin konusunun

³⁰ Karz (ödünç) hukuki niteliği itibarıyla eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, bankaların faiz almaları halinde müşterinin iade borcu da bir karşı edim niteliği taşıyacağından, bu tür kredi sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler halinde gelmektedir. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 390-91; Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 302.

³¹ Banka uygulamasında nakdi krediler, büyük ölçüde TTK md. 87-90. maddeler arasında düzenlenmiş olan cari hesap sözleşmesine dayanan, vadesiz, cari hesap şeklinde işletilen krediler olarak kullanılmaktadır. Reisoğlu, **Şerh**, s. 428 vd. Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, **Banka Hukuku'nun Esasları**, İstanbul, 1988 s.360-61; İbrahim Kaplan, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, C. I, Ankara, 1996, s. 127. Ancak, "ipotekli kredi" nitelenmesine dahil edilebilecek kredi sözleşmelerinin, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'in 5582 sayılı Kanun dolayısıyla TKHK md. 10/B hükmünde düzenlenmiş olan tüketici kredisini niteliğindeki konut finansmanı sözleşmelerine yaptığı yollama doğrultusunda, hesabı cari oluşturması mümkün değildir.

³² Alıcı, s. 445.

³³ Tüketici işlemine konu "mal" kavramının kapsamı, 4822 sayılı Kanun ile değiştirilen TKHK md. 3 (c) bendi uyarınca, alışverişe konu olan konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları da içerecek biçimde genişletilmiştir.

³⁴ Finansal Kiralama Kanunu md. 5 hükmünde, finansal kiralama sözleşmesine konu olacak varlıklar, taşınır ve taşınmaz mallar olmak üzere genel biçimde tanımlanmıştır.

³⁵ Yavuz, **ÖBİ**, s. 409.

³⁶ Atilla Altop, **Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 125. Finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Altop, **Finansal Kiralama**, s. 109 vd; Argun Köteli, **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama**, Kazancı, İstanbul, 1991, s. 119 vd; Köksal Kocaağa, **Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 106 vd.

konut niteliğinde bir taşınmaz olması ve kiracının da tüketici olması halinde bir konut finansmanı işlemi söz konusu olacaktır³⁷.

Kredi sözleşmesinde kredi alan kimse, finansal kiralama sözleşmesinde ise kiracı olarak; TKHK md. 3 hükmünde, “bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” şeklinde tanımlanmış olan tüketiciler yer alacaktır. Tüzel kişilerin konut edinmelerinden söz etmek mümkün olmadığından, konut finansmanı sözleşmesinin tarafı olacak tüketicilerin mutlaka gerçek kişi olması gerektiği ileri sürülmüştür³⁸. TTK md. 21/ f. 1 hükmü çerçevesinde, tüzel kişiler içinde yer alan ticari şirketlerin tüm işlemleri istisnasız ticaridir. Yargıtay kararlarında da, ticari şirketlerin tüm hukuki işlemleri ticari faaliyet kapsamında olduğu, özel hayata ilişkin amaç ve işlemleri söz konusu olamayacağı, bu bağlamda ticari şirketlerin tüm işlemlerinin TKHK kapsamı dışında tutulması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir³⁹. O halde ticaret şirketlerinin konut finansmanı işlemine taraf olabilmeleri mümkün olmamalıdır⁴⁰. Diğer taraftan, bir derneğin, sendikanın ya da vakfın, ticari olmayan amaçlarla konut edinebilecekleri ve bu çerçevede konut finansmanı sözleşmesine taraf

³⁷ 5582 sayılı Kanun ile TKHK’na eklenen 10/B maddesinin 6 fıkrası uyarınca, konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemlerinde FFK’nun; sözleşmenin en az dört sene süre ile feshedilemeyeceğine ilişkin 7. madde hükmü uygulanmayacaktır. FKK’nda öngörülmüş olan dört yıllık asgari sözleşme süresinin getirdiği sorunlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Atilla Altop, “Finansal Kiralamanın Dünyada ve Ülkemizde Gelişimi ve Ülkemizde Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Olarak Finansal Kiralama Kanunundan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar”, **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999, s. 35-36 TKHK md. 10/B f. 6 uyarınca, finansal kiralama sözleşmesinin feshinin sonuçlarını düzenleyen 25. madde ile finansal kiralama sözleşmelerinden doğan davaların ticari dava niteliğinde olduğuna ilişkin 31. madde hükümleri de, konut finansmanı alacağına kaynaklık edecek finansal kiralama sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulmayacaktır.

³⁸ Seza Reisoğlu, “Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, **Bankacılar Dergisi**, S. 61, Y. 2007, s. 79.

³⁹ Yrg. HGK, 11.10.2000 T. / 2000-19-1255 E. / 2000-1249 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 02.07.2008) Yrg. 13. HD., 26.06.1997 T. / 1815 E. / 5112 K. (YKD, Y. 1997, S. 10, s. 1564 vd.) Yrg. 11. HD., 29.12.1997 T. / 8979 E. / 9841 K. (YKD, Y. 1998, S. 11, s. 1650 vd.) Yrg. 19. HD., 05.03.2002 T. / 2002-1122 E. / 2002-1472 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 22.09.2008)

⁴⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Cengiz Topel Çelikoğlu, Konut Finansman Kanunu’nun Leasing Sözleşmesi Üzerindeki Etki ve Sonuçları, **İBD**, C. 81, S.5, Y. 2007, s. 2025; Murat Aydoğdu, Konut Finansmanı Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, **DEÜHFD**, C. 9, S. 1, Y. 2007, s. 26.

olabileceklerinin kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır⁴¹. Bir derneğin konutundan söz etmek mümkün değildir. Ancak bir derneğin, örneğin başkanına tahsis etmek üzere, “konut” niteliğinde bir taşınmazı satın alması halinde, derneğin herhangi bir kazanç paylaşma amacından söz edilemeyeceğinden, TKHK md. 3 (e) hükmü uyarınca tüketici olarak konut finansmanı sözleşmesinin tarafı olabilmesi düşünülebilir.

Nihayet, TKHK md. 10/B hükmünün son fıkrasında, konut finansmanı sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin uygulanmasında, konut yapı kooperatiflerinin gerçek kişi ortaklarının da tüketici olarak kabul edileceğinin düzenlenmiş olduğu hatırlatılmalıdır. Bu bağlamda, bir kooperatifin gerçek kişi ortağı tarafından TKHK md. 10/B çerçevesinde düzenlenmiş bir konut finansmanı sözleşmesine istinaden kullanılan krediden kaynaklanan alacak hakkı da öngörülen şekilde teminat altına alınmış olması şartıyla teminat havuzuna girebilecektir. Konut yapı kooperatifinin gerçek kişi ortakları, henüz ferdi mülkiyete geçilmemiş olduğundan, konut niteliğinde taşınmazın maliki olmayıp, yeterli derecede teminatın nasıl sağlanması gerektiği bu anlamda önem arz etmektedir⁴².

Konut finansmanı sözleşmesinin bir kredi sözleşmesi olduğu durumlarda, krediyi kullandıran, SerPK md. 38/A f. 2’de tanımlanmış olan konut finansmanı kuruluşlarından, konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran bankalar⁴³ ile BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun

⁴¹ Aydoğdu, s. 26; Çelikoğlu, konut finansmanı sisteminin tüketici hukukuna bağlanması ve 5582 sayılı Kanun’un madde metinleri ve gerekçelerinde sınırlayıcı bir ifade bulunmamasına dayanarak, ticaret şirketleri dışında tüketici vasfı kabul edilen tüzel kişilerin konut finansmanı çerçevesinde finansal kiralama sözleşmesine taraf olabileceklerini kabul etmektedir. Çelikoğlu, s. 2025, dipnot 44.

⁴² Konut yapı kooperatifi ortağına kullandırılan kredinin teminat havuzuna girmesi, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9’da aranan nitelikleri karşılayacak biçimde teminat altına alınması halinde mümkün olacaktır. Bkz. Bölüm III / B / 3 / c kısmında yer alan açıklamalarımız.

⁴³ Bankalar, 1.11.2005 tarihli ve 25983 (1. mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3. maddesinde, mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade edecek biçimde tanımlanmıştır. Aynı madde kapsamında, mevduat bankası, “5411 sayılı Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikte kuruluşların Türkiye’deki şubeleri”; katılım bankası, “5411 sayılı Kanun’a göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikte kuruluşların Türkiye’deki şubeleri”; kalkınma ve yatırım bankası ise,

görülen finansman şirketleridir⁴⁴. Kanunkoyucunun, konut finansmanı alacağı ile konut finansmanı kuruluşlarını özdeşleştiren bu yaklaşımı, 5582 Sayılı Kanun henüz taslak halinde iken eleştirilmiştir. Konut finansmanı kuruluşu sayılmayan inşaat şirketlerinin, konut finansmanı alacağı tanımına uyan, uzun vadeli satıştan doğan alacak haklarının da, ihraççılar tarafından devralınarak teminat havuzuna dahil edilebilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁵. 5582 Sayılı Kanun ile SerPK'na eklenen 13/A maddesinin ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 9 düzenlemelerinin açık hükmü karşısında İTMK ihraççıları, kendi kaynaklarından kullandıkları veya sadece konut finansmanı kuruluşlarından devraldıkları konut finansmanı alacaklarını teminat havuzuna dahil edebileceklerdir.

Konut finansmanı sözleşmesinin bir finansal kiralama sözleşmesi olduğu durumlarda, kiralayan olarak, finansal kiralama yapan bankalar ile BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri⁴⁶ sözleşmeye taraf olacaklardır.

TKHK md. 10/B hükmü, konut finansmanı sözleşmelerinin yazılı olarak yapılması ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi koşulunu getirmiştir. Kanunkoyucu, kredi

“5411 sayılı Kanun’a göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında kredi kullanmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlar ile kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikte kuruluşların Türkiye’deki şubeleri” olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Bu tanımlar doğrultusunda belirlenen bankalar, konut finansmanı sözleşmesinin kredi veren tarafında yer alabilecektir.

⁴⁴ Finansman şirketleri ise, 6.10.1983 tarih ve 18183 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 90 sayılı Ödünç Para İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 545 sayılı KHK⁴⁴ ile değişikliğe uğramış 3/b hükmünde; “devamlı ve mutad işgal konusu olarak, her türlü mal ve hizmet alımını kredilendirmek üzere ödünç para veren tüketici kredi şirketi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma dahil finansman şirketlerinden BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülenler de konut finansmanı sözleşmesinin kredi veren tarafında yer alabilecektir. Tüketici finansmanı şirketlerinin İTMK ihraç edemeyeceği vurgulanmalıdır. Bkz. Bölüm II / IV kısmında yer alan İTMK ihraççılarına ilişkin açıklamalarımız. Tüketici finansmanı şirketlerinin, İTMK ihracına dayalı finansman sağlama yönteminden faydalanmaları, İTMK'lere karşılık teşkil etmeye elverişli nitelikteki alacak haklarını, yetkili bir İTMK ihraççısına devrederek, kaynak aktarımı sağlamak şeklinde gerçekleşecektir.

⁴⁵ E. Saba Özmen, Uzun Vadeli Konut Finansmanı Kanunu Tasarısı Sempozyumu’nda Sunulan Tebliğ, **YTÜHFD**, C. II, Y. 2005, S. 2, s. 506.

⁴⁶ 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu md. 10 hükmünde öngörülen hukuki yapıya uygun olarak, yalnızca anonim ortaklık şeklinde ve BDDK’nın ön izni ile kurulmuş olan ve konut finansmanı amacıyla finansal kiralama yapan finansal kiralama şirketleri kastedilmektedir.

sözleşmeleri ile finansal kiralama sözleşmeleri arasında bir fark gözetmeksizin, sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmasını yeterli bulmuştur. Tüketici kredisi sözleşmeleri, uygulamada da adi yazılı şekilde yapılmakla birlikte, konut finansmanı amaçlı finansal kiralama sözleşmeleri açısından, FKK ile öngörülen şekil şartına bir istisna getirildiği görülmektedir. Finansal kiralama sözleşmesinin şekli ve tescili başlıklı FKK md. 8 hükmünün ilk fıkrası uyarınca, finansal kiralama sözleşmesi noterlikçe düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Hükmün ikinci fıkrası ise taşınmaz mallara ilişkin finansal kiralama sözleşmelerinin, finansal kiralama konusu taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasında beyanlar hanesine şerh edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Öncelikle tapuya şerh verilecek olanın sözleşme değil, kiracının sahip olduğu kullanım hakkı olduğu vurgulanmalıdır⁴⁷. Diğer taraftan şerhin, beyanlar hanesine değil, tapu kütüğündeki taşınmaza ait sayfada şerhler için ayrılan bölüme yapılması gerekmektedir⁴⁸. Şerh işlemi, finansal kiralama sözleşmesinin geçerlilik şartı olmayıp, üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu taşınmaz üzerinde, iyi niyetle aynî hak iktisap etmelerine engel olunmasına hizmet etmektedir⁴⁹. Bu çerçevede amaç, kiracının sözleşmeden doğan kullanım hakkının korunmasıdır. Konut finansmanı niteliğindeki bir finansal kiralama sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılmasının kabulü, kiracı aleyhine sonuçlar doğurma riskini barındırmaktadır. Bu

⁴⁷ Altop, **Finansal Kiralama**, s. 100; Altop, **Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar**, s. 39.

⁴⁸ Altop, **Finansal Kiralama**, s. 100. Altop, **Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar**, s. 38. FKK md. 8 hükmü uyarınca, finansal kiralama sözleşmesine konu olan taşınmaz mala ilişkin sözleşmenin tapu kütüğünde beyanlar hanesine kaydedileceği; kanunda yanlış olarak “şerh” ifadesinin kullanıldığını ileri süren görüş için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 192. Olması gerekenin şerh olduğunu kabul etmekle beraber, tapu kütüğüne şerh ile bir hakkın kuvvetlendirilmesinin ancak yasanın açıkça öngördüğü hallerde söz konusu olabileceğine dayanan bazı yazarlar, FKK md. 8 f. 3 hükmünde yer alan “beyan” sözcüğünün yorum yolu ile genişletilerek “şerh” haline getirilemeyeceğini ileri sürmektedirler. Bkz. Köteli, s. 249-250.

⁴⁹ FKK md. 8 / f. 3 hükmünde öngörülen şerhin işlevi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taşınmaz mala dair finansal kiralama sözleşmesi, sözleşme konusu taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına şerh edilmedikçe, geçerli olamayacaktır. Yavuz, **ÖBİ**, s. 388-389. Cevdet Yavuz, “3226 Sayılı Kanunla Düzenlenen Finansal Kiralama Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Özellikleri”, **Prof. Dr. Ernst Hirsch’in Anısına Armağan**, Ankara, 1986, s. 740. Bir diğer görüşe göre ise şerhin yapılmamasının yaptırımı olarak, finansal kiralama konusu mal (*burada taşınmaz*) üzerinde aynî hak iktisap eden üçüncü kişilerin, bunları kiralayana karşı geçerli olarak ileri sürmeleri öngörülmüş olup, finansal kiralama sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayacaktır. Altop, **Finansal Kiralama**, s. 95. Altop, **Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar**, s. 26; Atilla Altop, “Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Asgari Süreye ve Devir Yasağına İlişkin Son Gelişmeler”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 15; Kocağa, s. 93 ve s. 101.

itibarla, konut finansmanı sözleşmesi niteliğindeki finansal kiralama sözleşmeleri açısından da FKK md. 8 hükmünde öngörülen şekil şartına bağlı kalınması isabetli olacaktır⁵⁰. Bunun sağlanabilmesi ise TKHK md. 10/B hükmünde değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.

TKHK md. 10/B f. 14, konut finansmanı sözleşmesi niteliğindeki kredi sözleşmelerinde asgari olarak yer verilmesi gereken unsurları belirtmektedir. Buna göre, kredi tutarı, üzerinde ipotek tesis edilen taşınmaza⁵¹ ilişkin bilgiler, yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı, toplam borç tutarının anapara, faiz ve diğer giderler itibariyle dağılımı, değişken faiz kararlaştırılan hallerde baz alınacak endeks ve faiz oranlarındaki değişimin hesaplanma yöntemi⁵² (azami faize ilişkin hesaplamayı da içerir biçimde), ilk yıl için dönemsel, takip eden yıllar için yıllık olarak hazırlanmış ödeme planı, vadelere ilişkin bilgiler, ödemede temerrüde düşülmesi halinde akdi faiz oranının (değişken faizde cari faiz oranının) %30 fazlasını geçmemek üzere uygulanacak gecikme faizi oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, erken ödemeye ilişkin şartlar, kredinin yabancı para cinsinden kullanılması halinde, toplam borç tutarının hesaplanmasında dikkate alınacak kur tarihi, kredi

⁵⁰ Konut finansmanı niteliğindeki finansal kiralama sözleşmelerinde adi yazılı şeklin yeterli görülmesine ilişkin eleştiriler için bkz. Çelikoğlu, s. 2029-2030; Sanlı Baş, “Konut Finansmanı Kanununun Finansal Kiralama İşlemleri Bakımından İrdelenmesi”, Çevrimiçi: www.alomaliye.com/2007/sanli_bas_mortgage.htm, Erişim: 06.10.2008, s. 2.

⁵¹ Hükümde, “üzerine ipotek tesis edilen konut” ifadesi kullanılmıştır.

⁵² TKHK md. 10/B f. 13 düzenlemesi çerçevesinde, konut finansmanı sözleşmesinde belirtilmek suretiyle konut finansmanına yönelik kredilerde faiz oranının sabit, değişken ya da aynı kredi için iki yöntem birarada kullanılarak belirlenmesi mümkündür. Oran sabit olarak belirlenir ise değiştirilmesi için iki tarafın ortak rızası aranacaktır. Oran değişken olarak belirlenmiş ise dönemsel geri ödeme tutarı, yine sözleşmede belirlenecek azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve yine sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan bir endeks baz alınarak değiştirilebilecektir. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde bunun muhtemel etkileri hususunda tüketici bilgilendirilmelidir. Hükme ilişkin olarak bkz. Nihat Yavuz, **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007, s. 854. Faizin kredi sözleşmesinde değişken olarak kararlaştırılmış olduğu hallerde, kredi sözleşmesinde belirlenen yurt içinde ya da dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak uygulanan bir endeks baz alınarak faiz oranı değiştirilebilecektir. Burada sözü edilen endeksler, genelde faiz oranlarındaki genel harekete göre artmakta veya azalmaktadır⁵². Borç verenler tarafından en çok kullanılan endeks, hazine bonusu ve devlet tahvili faiz oranları endeksi olmakla birlikte; TÜFE, enflasyon oranı gibi farklı endekslerin de faiz oranlarının belirlenmesi aşamasında kredi kuruluşlarınca kullanılması mümkündür. Arif Uğur, **Konut Alım-Satım Rehberi**, Sinemis Yayınları, Ankara, 2006, s. 23. Değişken faiz oranının belirlenmesine ilişkin olarak hangi endekslerin kullanılacağı, TKHK md. 10/B f. 12 hükmünün son cümlesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından belirlenecektir.

alacağının teminatını teşkil eden taşınmazın değerlemesine ilişkin esaslar ve mevcut sigorta bilgileri, kredi sözleşmesinde bulunmak zorundadır.

Aynı hüküm doğrultusunda, konut finansmanı sözleşmesi niteliğindeki finansal kiralama sözleşmelerinin de, toplam kira bedelini, finansal kiralamaya konu taşınmaza ilişkin bilgileri, yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranını, toplam borç tutarının anapara, faiz ve diğer giderler itibariyle dağılımını, değişken faiz kararlaştırılan hallerde baz alınacak endeks ve kira bedellerindeki değişimin hesaplanma yöntemini, ilk yıl için dönemsel, takip eden yıllar için yıllık olarak hazırlanmış kira bedellerini gösterir ödeme planını, kira ödeme sayısı ve ödeme tarihlerine ilişkin bilgileri, ödemede temerrüde düşülmesi halinde uygulanacak gecikme faizi oranını, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçlarını, kira bedellerinin vadesinden önce ödenmesine ilişkin şartları, kira bedellerinin yabancı para cinsinden belirlenmesi halinde, kira tutarları ile toplam borç tutarının hesaplanmasında dikkate alınacak kur tarihini içermesi zorunludur.

TKHK md. 10/B f. 1 hükmü, konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketicilere kredi kullandıran bankalar ile BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansman şirketlerine, sözleşme öncesinde tüketiciye, kredi işlemleri ile ilgili genel bilgiler ve teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu verme yükümlülüğü getirmiş bulunmaktadır. Hüküm, konut finansmanı kuruluşu olarak nitelendirilebilecek finansal kiralama şirketi ya da finansal kiralama yapan bankalara da, sözleşme öncesinde tüketiciye, finansal kiralama sözleşmesi ile ilgili genel bilgiler ve teklif ettikleri finansal kiralama sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu verme yükümlülüğü getirmiş bulunmaktadır⁵³. Konut finansmanı kuruluşları tarafından verilmesi gereken bilgilerin kapsamı ile sözleşme öncesi bilgi formunun standartları, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan “Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek

⁵³ Bkz. Bölüm III / III / B / 2 kısmında yer alan açıklamalarımız. 31.05.2007 tarihli RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren 26538 sayılı “Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” md. 7 hükmünde, finansal kiralama sözleşmelerine ilişkin sözleşme öncesi bilgi formunun içeriği oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”⁵⁴ ile belirlenmiştir.

Bilgi formunun usulüne uygun tanzim edilerek tüketiciye verilmiş olması, kurulacak konut finansmanı sözleşmesinin geçerliliği açısından pratik önem arz etmektedir. Zira, TKHK md. 10/b f. 2 hükmü doğrultusunda, sözleşme öncesi bilgi formunun tüketiciye verilmesini takip eden bir iş günü geçmeden imzalanan sözleşmeler geçersiz olacaktır. O halde, sözleşme öncesi bilgi formunun usulüne uygun olarak tanzim edilerek tüketiciye verilmiş olduğu tarihi takip eden en erken ikinci iş gününde kurulan konut finansmanı sözleşmelerinden kaynaklanan alacak haklarının teminat havuzuna dahil edilmesi mümkün olacaktır.

Usulüne uygun biçimde akdedilen konut finansmanı sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak hakkının teminat havuzunda yer alabilmesi, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in 9. madde hükmünde, alacağın teminat defterine kaydedildiği tarih itibariyle, kaynaklandığı kredi sözleşmesine ilişkin vadesi geçmiş bir geri ödeme bulunmaması şartına bağlanmıştır.

Vadesi geçmiş geri ödemesi bulunmayan bir konut finansmanı sözleşmesinden kaynaklanan ve Tebliğ’de öngörülen esas ve usullere uygun olarak teminat altına alınmış olan bir alacak hakkının teminat havuzuna dahil edilmesinden sonra, vadesi gelen ödemelerinde aksama olması hali ise farklı açıdan özel önem arz etmektedir. Zira, TKHK md. 10/B / f. 4, 5 ve 6 uyarınca, konut finansmanı sözleşmelerinde borçlunun temerrüde düşmesi, belirli şartların varlığı halinde, söz konusu sözleşmeden kaynaklanan alacak hakkının teminat havuzundan çıkarılmasına sebep olacaktır.

BK md. 101 hükmünün birinci fıkrası, borçlu temerrüdünün oluşumu için, borcun muaccel hale gelmesi ve -kural olarak- alacaklının ihtarda bulunması şartlarını aramaktadır. Belirli bir vade gününün kararlaştırılmış olduğu hallerde ise BK md.

⁵⁴ RG 31.05.2007, S. 26538. Yönetmeliğin 6. maddesinde, kredi sözleşmelerine ilişkin sözleşme öncesi bilgi formunun içeriği oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır.

101 / f. 2 uyarınca, alacaklının ihtarı gereği bulunmayacaktır⁵⁵. Konut finansmanı sözleşmeleri, belirli vadeli sözleşmelerdir⁵⁶. Bu çerçevede, konut finansmanında kredi borçlusu, belirlenen vadede borcunu ifa etmediği takdirde, bu günün sona ermesi ile birlikte ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmüş olacaktır⁵⁷.

TKHK 10/B f. 5 hükmü uyarınca, konut finansmanı sözleşmesinde yer alan, “kredi borçlusunun birbirini izleyen en az iki ödemede temerrüde düşmesi halinde konut finansmanı kuruluşunun kalan tüm borcun ifasını talep etme hakkını haiz olacağı” yönündeki kayıtlar geçerlidir. Dönemli edimlerden birinin/birkaçının yerine getirilmemesi halinde, vadeli borçlardan tümünün kendiliğinden muaccel olacağının taraflarca öngörülmesi, muacceliyet kaydı niteliğinde olup, ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde geçerli olacaktır⁵⁸. TKHK 10/B f. 5 hükmü, konut finansmanı sözleşmelerine konulacak muacceliyet kayıtlarının geçerlilik şartlarını da düzenlemektedir. Buna göre;

1. Konut finansmanı kuruluşu, geri ödemelerin yapılmaması halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını sözleşmede saklı tutmuş olmalıdır.
2. Tüketici, iki seferden az olmamak üzere sözleşmede kararlaştırılan sayıda birbirini takip eden ödemeyi vadesinde gerçekleştirmeyerek temerrüde düşmüş olmalıdır⁵⁹. (TKHK md. 10/B f. 4 hükmü, kredi borçlusunun

⁵⁵ BK md. 101/2 hükmünde yer alan istisnayı vurgulaması açısından bkz. Yrg. HGK, 06.02.2008 T. / 2008- 3-40 E. / 2008-102 Sayılı Kararı. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 19.10.2008

⁵⁶ Belirli vade tayinine bağlı hukuki sonuçlar için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 300; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 806; Eren, **Borçlar Hukuku** s. 910; Serozan, **İfa**, s. 217.

⁵⁷ İhtar gereğinin söz konusu olmadığı hallerde, para borçlarında temerrüdün hangi anda oluşacağına ilişkin olarak bkz. Barlas, **Temerrüt**, s. 107 vd.

⁵⁸ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I /1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 310; Serozan, **İfa**, s. 58.

⁵⁹ Sözleşmede saklı tutulan, borcun tüm ifasını talep hakkı, ancak tüketicinin birbirini izleyen en az iki ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Buna karşılık, temerrüde düşülen her vadeye ilişkin alacak için kredi kuruluşunun takip hakkının saklı olduğu hatırlatılmalıdır. Bkz. Seza Reisoglu, Konut Kredisi – Konut Finansmanı ve Uygulama Sorunları, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 330.

temerrüde düşmesi halinde konut finansmanı kuruluşuna, temerrüt tarihinden itibaren 5 iş günü içinde iadeli taahhütlü posta yoluyla borçluya bildirimde bulunma yükümlülüğü getirmiştir. Bu bildirim yükümlülüğü, muacceliyet kaydının işletilerek, kredi kuruluşunun kendisine tanınan hakkı kullanmasına ilişkin çeşitli ispat sorunları ile karşılaşılmasının önüne geçilmesine hizmet edecektir.)

3. Temerrüde düşülen ödemelerden en az iki tanesi birbirini izleyen ödemeler olmalıdır.
4. Konut finansmanı kuruluşu, en az bir ay süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmalıdır⁶⁰.

Burada, bir ay içinde alacağın tamamının ödenmesinin talep edilmesi söz konusu olup, alacağın tamamı ödeme ihtarının borçluya ulaşmasından bir ay sonra muaccel olacaktır. Muaccel alacak ödenmediği anda ise temerrüt ortaya çıkacaktır⁶¹. Tüketici, gelecek vadelerden istifade hakkını yitirmiş olacaktır. Bu gibi hallerde artık, teminat havuzunda bulunabilme şartlarını haiz bir alacak hakkından söz edebilmek mümkün değildir. O halde teminat havuzunun değişken karakteri sayesinde, bu alacak hakkının teminat havuzundan çıkarılması ve yerine yeni bir varlığın teminat havuzuna dahil edilmesi gerekecektir⁶².

3. Alacakların Teminat Altına Alınmasına İlişkin Özellikler

a. Genel Bakış

SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ, ipotekli konut kredilerini, “tapu siciline mesken olarak kaydedilen bir veya birden fazla konut üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle

⁶⁰ Kanunda uyarının şekline ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Diğer taraftan, bir aylık sürenin başlangıcı da belirtilmemiştir. Taraflar, muacceliyet kaydı için en az iki ödemede temerrüde düşülmesini kabul etmişler ise süre, temerrüde düşülen ilk vadeyi takip eden ikinci temerrüdün gerçekleşmesinden itibaren başlamalıdır. Ancak tarafların daha fazla sayıda vadeye ilişkin olarak temerrüdün gerçekleşmesi gerektiğini kararlaştırmış oldukları hallerde, sözleşmedeki bu düzenleme dikkate alınarak sürenin başlangıç tarihi tayin edilmelidir.

⁶¹ Reisoğlu, **Konut Finansmanı**, s.330.

⁶² Kredi kuruluşunun, konut finansmanı alacağı hakkında İİK hükümleri çerçevesinde takibe girişmesi ve bu tür takipler açısından İİK’nda öngörülen istisnai düzenlemelere ilişkin olarak bkz. Bölüm V / II / E / 1 / b / (1) kısmında yer alan açıklamalarımız.

teminat altına alınan alacak ve krediler” olarak tanımlamış; “mesken niteliğindeki taşınmazlar dışında kalan taşınmazlar üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınan alacakları” da ipotekli ticari kredi biçiminde ifade etmiştir. Evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere, her iki türe ait alacaklar tüketici işlemi niteliğindeki konut finansmanı sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar olup; aradaki fark, alacağın teminatını teşkil edecek taşınmazın tahsis amacına ilişkindir⁶³.

Ancak, hükmün kullanmış olduğu, “tapu siciline mesken olarak kaydedilen konut üzerine ipotek tesisi” ifadesi, hukuki değerden yoksundur. Konut finansmanı tanımı göz önünde bulundurulduğunda, bu ifade ile kastedilmek istenenin, konut olarak kullanılmaya tahsis edilmiş olan taşınmazlar üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış alacak hakları olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda “konut”, üzerinde ipotek tesis edilecek taşınmaza ilişkin bir niteleme olarak, TMK uyarınca üzerinde ipotek tesis edilebilecek her bir taşınmaz malvarlığı değeri açısından ayrı ayrı incelenmelidir. Bu sayede, hem “ipotekli konut kredisi” hem de “ipotekli ticari kredi” olarak kabul edilebilecek alacak hakları netleşebilecektir. Bu ayırımı netleştirmenin uygulamadaki önemi, ipotekli kredilerin bu iki alt grubunun, teminat havuzunda farklı oranlarda yer almasından kaynaklanmaktadır⁶⁴.

⁶³ “İpotekli ticari kredi” teriminin, teknik anlamda isabetsiz olarak kullanılmış olduğuna ilişkin olarak bkz. Bölüm III / III / B / 1 kısmında yer alan açıklamalarımız.

⁶⁴ SerPK md. 13/A f. 5, “Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ve ikame varlıkların payı ayrı ayrı % 15’i aşamaz” hükmünü getirmektedir. SerPK’nun, türev sözleşmelerin ve kanunun lafzı ile “konutlar üzerine ipotek tesis edilerek teminat altına alınacak alacakların” havuzda yer alma oranlarını belirlemediği görülmektedir. SerPK’ndaki bu düzenleme, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 18 ve 19 hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun tarafından belirlenen her üç varlık grubunun da, havuzda yer alma oranları saptanabilmektedir. Buna göre; (SerPK ve Tebliğ’in lafzı uyarınca) - Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde, yapı kullanma izni almış konutlar dışındaki taşınmazlar üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış olan kredi alacaklarının (ipotekli ticari krediler) payı, %15’i aşamayacaktır. - Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde, ikame varlıkların payı, %15’i aşamayacaktır. - Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde, türev sözleşmelerden doğan hakların payı, %15’i aşamayacaktır. O halde, teminat havuzunun en az %55’i SerPK tarafından “yapı kullanma izni almış konutlar üzerine ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış kredi ve sair alacaklardan, en fazla %15’i “konutlar dışındaki taşınmazlar üzerine ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış kredi ve sair alacaklardan”; en fazla %15’i “ikame varlıklardan” kaynaklanan haklardan ve en fazla %15’i de “türev sözleşmelerden” kaynaklanan haklardan teşekkül edebilecektir. Görüldüğü üzere, ihraç edilecek İTMK’lerin karşılığı olarak teminat havuzunun % 70’ini, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 3 (ç) hükmünün ifadesi ile “ipotekli krediler” oluşturmaktadır. Doğru, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md.

b. Alacağın İpotek ile Teminat Altına Alınması Gereği

Teminatlı borçlanma senetlerinin karşılığı olarak gösterilecek alacakların, teminat altına alınmış olmaları gerektiği, bu teminatın senedin türüne bağlı olarak, çoğunlukla taşınmaz rehni tesisi suretiyle sağlandığı ve tesis edilen taşınmaz rehin haklarının da dolaylı olarak yatırımcıların güvencesini teşkil ettiği, çalışmamızın ilk bölümünde vurgulanmış idi⁶⁵.

Bu çerçevede, İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat havuzunda yer alacak ipotekli konut kredilerinden kaynaklanan alacakların, TMK md. 850 hükmünde ipotek, ipotekli borç senedi ve irad senedi olarak sayılan taşınmaz rehni türlerinden birinin tesisi suretiyle teminat altına alınması mümkün görünmektedir.

Ancak, SerPK (md. 3 (k) – md. 13/A f. 3) ve SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'in (md. 9) ilgili düzenlemelerinde, ihraç edilecek İTMK'lerin karşılığını teşkil edebilecek kredi alacaklarının, anapara ve faiz geri ödemelerinin “ipotek” ile teminat altına alınmış olması gerektiği açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Böylelikle, mevcut hukuki düzenleme çerçevesinde taşınmaz rehni türlerinden sadece ipotek ile teminat altına alınmış olan alacak hakları, İTMK'lerin karşılığını teşkil edecek varlıklar olarak teminat havuzuna dahil edilebilecektir.

c. İpoteğe Konu Olabilecek Taşınmazların Özellikleri

(1) Genel Bakış

TMK md. 853 hükmü, rehin hakkının ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabileceğini düzenlemiştir⁶⁶. TMK md. 998 / f. 1 hükmü arazi, taşınmazlar

19'da düzenlenmiş olan, türev sözleşmelerden doğan hakların teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisindeki payının %15'i aşamayacağına ilişkin sınırlamayı göz ardı ederek; konut niteliğindeki taşınmazlar üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların, teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisindeki payının asgari %70 olması şartının arandığını belirtmiştir. Bkz. Doğru, s. 316.

⁶⁵ Bkz. Bölüm I / II / C.

⁶⁶ Taşınmazın henüz kadastrounun yapılmamış olduğu hallerde, taşınmaz TST Geçici md. 1'in ilk cümlesi uyarınca zabıt defterine kaydedilecektir. Zabıt defterine kayıtlı taşınmaz da tapuya kayıtlı taşınmaz olduğundan, bu taşınmazlar üzerinde de ipotek tesisi mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz.

üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümlerin, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebileceğini belirlemektedir.

Bu üç grup taşınmaz malvarlığı değeri üzerinde ipotek tesisi mümkün olmakla birlikte, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9 hükmünün, konut finansmanı sistemine hizmet edecek alacakların teminatını teşkil edecek taşınmazların, birtakım özellikleri haiz olmasını aradığı görülmektedir.

(2) Yapı Kullanma İzni Bulunması

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ öncelikle, ipoteğe konu edilecek taşınmazın yapı kullanma izni bulunması şartını aramaktadır. Bu şart açısından, ipotekli konut kredisi ile ipotekli ticari krediler arasında bir ayırım gözetilmediği gibi, hükmün lafzı, TOKİ’nden devralınacak alacaklar bakımından da bu şartın aranması gerektiğini göstermektedir⁶⁷.

Tebliğ’in 9 madde hükmü doğrultusunda, TMK’da düzenlenmiş olan taşınmaz türlerinden hangisi/leri üzerinde ipotek tesisinin söz konusu olabileceğinin tespiti için öncelikle yapı kullanma izni kavramı açıklığa kavuşturulmalıdır.

TMK’nun taşınmaz mülkiyetinin kapsamının belirlenmesine ilişkin 718. maddesinin 2. fıkrasında kullanılmış olan “yapı” kavramı, tekniğin yardımı ile yerin altında veya üstünde olmak üzere toprağa devamlı olarak bağlanan herşeyi karşılamak üzere kullanılmıştır⁶⁸. Bu bağlamda, yapı kavramına özellikle binalar girecektir. 3194

İlhan Helvacı, **Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 31-32.

⁶⁷ Teminat gösterilecek taşınmazlarda yapı kullanma izni bulunması şartı aranmasının, 5582 sayılı Kanun henüz tasarı aşamasındayken eleştirildiği görülmektedir. “Yapıların, %68’i kaçak olan bir ülkede bu unsurun (*yapı kullanma izni bulunması şartı*) varlığı sistemin önünü tıkamaktan ileri gitmeyecektir.” Özmen, s. 507.

⁶⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Eşya Hukuku**, s. 797. TMK md. 718 / f. 2 hükmünün, o arazide kalıcı olmak koşuluyla (temelli kalması amacıyla) yapılan şeyleri kapsadığı hususunda bkz. Yrg. 14. HD., 11.03.2008 T. / 2008-1416 E. / 2008-3052 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 22.09.2008); Yrg. 14. HD., 24.01.2006 T. / 2006-10155 E. / 2006-129 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 22.09.2008); Yrg. 14. HD., 24.05.2005 T. / 2005-1025 E. / 2005-4793 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 22.09.2008)

sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesinde ise yapı, “karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler” olarak tanımlanmıştır.

İmar mevzuatına uygun olarak yapılmış bir yapı hakkında, idarenin, yapının mevzuat ve yapı iznine (ruhsat) uygun olarak tamamlanmış ve kullanılabilir olduğu durumunu belirleyen irade açıklaması “yapı kullanma izni”ni teşkil etmektedir. İdari işlem niteliğindeki yapı kullanma izninin verilmesine ilişkin esas ve usuller, İmar Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, yapı tamamen bittiği takdirde, hükmün öngördüğü merciilerden⁶⁹ izin alınması, yapının kullanılabilmesi için bir önşarttır.

İzin verilmesi için, mal sahibinin müraacatını takiben, yapının ruhsat ve eklentilerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediği başvuru makamınca tespit edilecektir⁷⁰. İmar Kanunu md. 31 hükmüne göre, yapı kullanma izninin verildiği tarih, inşaatın bitme tarihidir⁷¹. Yapılan tespit neticesinde, yapı kullanma izni alan yapı ve bağımsız bölümler bu tarihten itibaren elektrik, su,

⁶⁹ İmar Kanunu 30. madde hükmünde, yapının tamamının ya da kısmen tamamlanması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için, inşaat ruhsatını veren belediye, valilik veya yeminli serbest mimarlık ya da mühendislik bürolarından; (İmar Kanunu'nun) 27. maddeye göre ruhsata tâbi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

⁷⁰ İmar Kanunu 30. madde hükmü; belediyeler ve valiliklerin, mal sahiplerinin müracaatlarını en geç 30 gün içinde neticelendirmek zorunda olduğunu; aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının ya da biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılacağını düzenlemiştir. Bu düzenleme, İmar Kanunu ile öngörülmüş bir zımni kabul halidir. Bu durumda, kanunun belirlediği çerçevede idarenin susması halinde, yapı kullanma iznine ilişkin talebin idarece kabul edilmiş olduğu varsayılacaktır. Zımni kabule ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 280. Danıştay 6. Dairesi, 7.11.2002 T. / 2001-5448 E. / 2002-4886 sayılı kararında, yapı kullanma izni alınması için idareye başvurulmasından itibaren 30 gün sonra yapı kullanma izni verilmiş sayılacağına dayanarak, yapı kullanma izni verilmemesi sebebiyle bir zararın doğduğundan söz edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Karşı oy yazısında ise, somut olayda davacının yapı kullanma izni verilebilmesi için gerekli eksiklikleri gidermemiş olduğundan, yapı kullanma izni verilmemesinde bir hukuka aykırılık bulunmadığı görüşü bildirilmiştir. Bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 08.06.2008.

⁷¹ Yapı kullanma izin belgesinin, binanın hukuken en son bittiği tarihi gösteren belge olduğu, bu esası düzenleyen İmar Kanunu md. 31 hükmünün, yapı kullanma izni alınmasından sonra hukuki sorumluluğun ve hakların doğacağını belirleyen bir düzenleme olduğuna ilişkin olarak bkz. Danıştay 6. Dairesi'nin, 19.06.2006 T. / 2004-2644 E. / 2006-3240 K. Sayılı kararı. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 22.09.2008.

kanalizasyon gibi kent hizmetlerinden yararlanmaya hak kazanmış olurlar⁷². Aynı zamanda artık bu yapılardan faydalanılmasına da izin verilmiş olmaktadır⁷³.

Teminat havuzuna dahil edilecek alacak haklarının teminatını teşkil edebilecek taşınmazın, İmar Kanunu çerçevesinde yapı kullanma izni bulunması gereği, bu taşınmazın tamamlanmış bir yapı olmasını gerektirecektir⁷⁴. Bu anlamda, TMK md. 704 hükmünde belirtilen taşınmaz türleri içinden, sadece kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı tamamlanmış bağımsız bölümlerin yapı kullanma iznine sahip olup, taşınmaz rehnine konu edilmesinden bahsedilebilir.

O halde yapı kullanma iznini haiz olan kat mülkiyetine tâbi bir bağımsız bölümün, teminat havuzuna dahil edilecek alacağın teminatı olabilmesi mümkündür. Kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümünün paylı mülkiyete konu olması hali de değerlendirilmelidir. Konut finansmanı işlemi olarak nitelendirilebilecek bir kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağın, yapı kullanma izni bulunan, kat mülkiyetine tâbi bir bağımsız bölümün, paydaşlarından birinin paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış olduğu durumlarda; bu alacak hakkının da teminat havuzuna dahil edilebilmesi gerekir⁷⁵. Borcun gereği gibi ifa

⁷² 03.07.1999 T. ve 23754 Sayılı RG’de Yayımlanan Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde, bina ve tesislere elektrik verilebilmesi için yapı kullanma izninin bulunması gerektiği belirtildiği halde, bu düzenlemeye ve İmar Kanunu md. 31 hükmüne aykırı olarak gecekondulara bile elektrik verilmesi, yine aynı şekilde yapı kullanma izni aranmaksızın yapı ve binalara su bağlanması, yapı ve binaların kanalizasyon hizmetlerinden yararlandırılması sebepleriyle, uygulamada yapı kullanma izninin öneminin ortadan kalktığı yönündeki belirlemeler için bkz. Sadettin Yaman, **Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı İmar Kanunu ve İlgili Mevzuat**, C. III, Ankara, 2004, s. 3599-3600.

⁷³ Yapı kullanma izni ve yapı kullanma izninin sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Halil Kalabalık, **İmar Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 359 vd.

⁷⁴ Kaba inşaatının bitmiş, çatısı yapılmış ancak boya badana, doğrama işleri, ince inşaat işi ve elektrik tesisatının tamamlanmamış olduğu durumdaki yapının tamamlanmamış kabul edileceği, bu aşamada olup henüz bitmemiş ve inşasına devam edilen yapıya kullanım izni verilmesinin usulsüz olduğu yönünde bkz. Danıştay 6. Dairesi’nin, 10.11.1999 T. / 1998-3020 E. / 1999-5481 K. Sayılı Kararı. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 16.06.2008.

⁷⁵ Tüketicinin paylı mülkiyete sahip olduğu “konut” niteliğindeki taşınmazda, kendi hissesini ipotek ettirmesini, konut finansman sistemine dahil bir teminatlandırma işlemi olarak kabul eden görüş için bkz. Reisoğlu, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, s. 78; Aydoğdu, s. 31.

edilmediği hallerde, icraen satılarak paraya çevrilecek değer, ipoteğe konu olan paylı mülkiyet payı olacaktır⁷⁶.

Diğer taraftan, KMK md. 1 / f. 2 hükmü çerçevesinde, yapılmakta olan bir yapının, KMK md. 1 / f. 1’de ifade edilen nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, kat irtifakı kurulmuş olan durumlar da değerlendirilmelidir. Kat irtifakı, paylı mülkiyete tâbi bir arazide, KMK hükümleri çerçevesinde paylı mülkiyet paylarına, inşaat yapma ve kat mülkiyeti kurma borcunun bağlanmasına ilişkin paya bağlı bir talep hakkı olup, eşyaya bağlı borç niteliği arz etmektedir⁷⁷. KMK md. 1 /f. 2 uyarınca, kat irtifakının ancak inşaatı başlamamış ya da başlamakla birlikte tamamlanmamış bir ya da birden fazla yapı hakkında, bu binalarda kat mülkiyetine konu olabilecek bağımsız bölümler için, tapuda resmi senedin tanzimi ve tapuya yapılacak tescil ile tesis edilmiş olacaktır. Kat irtifakına tâbi bir yapının inşaatı tamamlandığında, yapının ruhsat ve eklentilerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediği başvuru makamınca tespit edilerek, yapı kullanma izni verilmesi mümkündür⁷⁸.

Kat mülkiyetine geçilmesinden önce yapı kullanma izninin bulunması halinde, kat irtifakı tapusuna istinaden, kat irtifakından kaynaklanan hakkın bağlı olduğu paylı

⁷⁶ Paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek kurulmasına ilişkin olarak bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 95 vd. Bankaların uygulamasında, konut finansmanı alacaklarının, paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmasının tercih edilmediği görülmektedir. Ancak, bağımsız bölümün paylı mülkiyete tâbi bir aile konutu olduğu ve paydaşların eşler olduğu durumlar ayrı tutulmaktadır. Bu gibi durumlarda, konut kredisi eşlerden birinin adına tahsis edilse de, kredi alacağı her iki eşin de paylı mülkiyet hissesi üzerinde kurulmak suretiyle teminat altına alınmaktadır. Örnek olarak Akbank, paylı mülkiyete tâbi “konut” niteliğindeki taşınmazların alımlarını, konut finansmanı sistemi çerçevesinde kullandığı kredilerde finanse etmemekte, sadece karı-koca adına alınacak konutlara istisna uygulamaktadır. Bkz. “Kredi Kullanabilecek Konutlar ve Özellikleri”, Çevrimiçi: www.buyukkirmiziev.com, Erişim: 15.10.2008.

⁷⁷ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 495-496; Selahattin Sulhi Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, İstanbul, 1991, s. 23.

⁷⁸ Kat irtifakı kurulmuş yapılarda, 2981 Sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’a (08.03.1984 T. ve 18335 S. RG) göre kazanılmış ve arsa payına bağlanmamış bağımsız bölümlere dahi ruhsat ve kullanma izni verilebilmektedir. Bu işlemler için sadece 2981 Sayılı Kanun’un madde 8 hükmünde belirtilen belgelerin hazırlanmasının yeterli olduğu; ayrıca diğer kat maliklerinin ittifakının aranmasına ya da mahkeme kararına gerek olmadığı hakkında bkz. Danıştay 1. Daire 08.01.1993 K. / 1992-346 E. / 1993-1 K. Sayılı Kararı, **D.D.**, Y. 1994, S. 88, s. 23 vd.

mülkiyete tâbi arsa payı üzerinde ipotek tesisi suretiyle⁷⁹ teminat altına alınan bir konut finansmanı alacağının da teminat havuzuna dahil edilebileceği kabul edilmelidir.

SerPK md. 38/A, konut finansmanı işlemlerini tanımlarken, konut edinmeleri amacıyla, tüketicilere kredi kullandırılmasına yönelik kredi sözleşmelerini de konut finansmanı olarak kabul etmiştir. Bu hüküm tüketicilerin, yapımına hiç başlanmamış ya da başlanmakla birlikte tamamlanmamış inşaat projelerinden “konut” edinmelerine ilişkin kredi sözleşmelerinden kaynaklanan alacak haklarının da teminat havuzuna dahil edilebilmesini mümkün kılmaktadır. Gerçekten de, kredi kuruluşları, belirli bir projeden konut edinilmesi için satıcı ile sözleşme yapılması şartıyla “bağlı kredi” olarak anılan krediler kullandırmaktadırlar. Ancak bu kredi alacaklarının, teminat havuzuna dahil edilebilmesi, Tebliğ’in 9. maddesi çerçevesinde teminatlandırılmış olmalarına bağlıdır. O halde teminatlandırmanın niteliği üzerinde durulmalıdır.

Konut projelerinde, kat irtifakına geçilmiş, yapım sürecindeki konutlar satılmaktadır. Kat irtifakına geçilmiş yapım sürecindeki bir projeden yapılan alımları finanse etmek üzere bağlı kredi kullandıran kredi kuruluşunun, bu kredi ilişkisinden doğan alacak hakkını, tüketicinin kat irtifakından kaynaklanan hakkına bağlı paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek tesis ederek teminat altına alabilir. Bu teminatı, çeşitli kişisel teminatlar ile de destekleyebilir. Bu durumda, Tebliğ’in 9. maddesi hükmünde aranan yapı kullanma izni bulunan bir taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmiş olması şartı karşılanamamış olacağından, bu alacak haklarının teminat havuzuna dahil edilebilmeleri de mümkün olamayacaktır. Kanun koyucunun, Tebliğ’in 9. maddesi hükmünde aranan yapı kullanma izni şartını, bu tür konut finansmanı işlemleri açısından da zorunlu kılmış olması engelleyici niteliktedir. Ancak, İmar Kanunu md. 30 hükmü çerçevesinde, yapının bitirilen kısımlarında, oturulma, yerleşme imkanı bulunmakta ise bu kısımlara münhasır olmak üzere, sadece bitirilen kısımların kullanılması amacıyla “kısmi yapı kullanma izni” verilmesi de söz konusu

⁷⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 499. Paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek tesisine ilişkin olarak bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 95 vd.

olabilmektedir⁸⁰. Bu çerçevede, konut projelerinde, ancak tamamlanmış bağımsız bölümler açısından yapı kullanma izni alınmış olması halinde, kat irtifakı tapulu ilgili bağımsız bölümlere karşılık gelen, kat irtifakından kaynaklanan hakkın bağlı olduğu arsa payı üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmış olan konut finansmanı alacağının da teminat havuzuna girebileceği kabul edilmelidir⁸¹. Kooperatiflerden yapılacak alımlarda; kat irtifakı tapusu henüz oluşmamış ise, bu alımın finansmanı için talep edilecek krediden kaynaklanan alacak hakkının teminat havuzuna dahil edilebilmesi mümkün görünmemektedir.

Diğer taraftan, teminat havuzuna dahil edilmek istenilen alacağın, tapu siciline kayıtlı bir arazi üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınıp alınamayacağı değerlendirilmelidir. Arazi bakımından yapı kullanma izni söz konusu olamayacağına göre, üzerinde yapı bulunmayan bir arazinin, teminat havuzuna girecek bir alacağın teminatlandırılmasına konu teşkil etmesi mümkün olamayacaktır. Ancak, arazi üzerinde yapı kullanma izni olan bir yapının bulunması halinde durum farklı değerlendirilmelidir.

Taşınmaz rehni arazi üzerinde kurulacaktır ve arazi bakımından yapı kullanma izni bulunması söz konusu olamaz. Diğer taraftan, TMK md. 718 / f. 2 uyarınca yapılar⁸², TMK md. 684 hükmünde öngörülen şartların⁸³ varlığı aranmaksızın, üzerinde bulunduğu arazinin bütünleyici parçası sayılacaklardır. TMK md. 862 / f. 1 hükmü

⁸⁰ Kısmi yapı kullanma iznine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yaman, s. 3596.

⁸¹ Ekim 2008 itibariyle uygulamada, projelerin en az % 80'inin bitirilmiş olması şartının da aradığı görülmektedir. Örnek olarak Akbank'ın uygulaması için bkz. Çevrimiçi: www.buyukkirmiziev.com, Erişim Tarihi: 17.10.2008.

⁸² Taşınır yapı adı verilen kulübe, baraka gibi hafif binaların TMK 728/2 hükmü uyarınca taşınır mal hükümlerine tâbi olacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan bunlar arazinin bütünleyici parçası olarak tapu sicilinde gösterilmezler. Bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 240.

⁸³ TMK md. 684 / f. 2 hükmü uyarınca, bütünleyici parça, yerel adetlere göre, asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılması olanağı bulunmayan parçalardır.

uyarınca rehin hakkı, taşınmazı bütünleyici parçası ile birlikte yükümlü kılacaktır⁸⁴. Taşınmaz rehninde egemen olan belirlilik ilkesi çerçevesinde, arazinin bütünleyici parçasının da belirli olması gerekmektedir⁸⁵. Bir başka deyişle taşınmaz üzerinde bir yapı bulunuyor ise, yapının da belirli olması gerekir. Tapu sicilinde araziye ait sayfadaki “taşınmazı teşhise yarayacak bilgiler” kısmında yer alacak kayıtlar, bu gerekliliği karşılamaktadır⁸⁶. Bu çerçevede, taşınmaz rehnine konu olacak arazi üzerinde bütünleyici parçası niteliğinde bir yapı bulunuyor ve bu yapı tapu sicilinde belirli ise⁸⁷; yapının yapı kullanma izni bulunması şartı ile bu tür arazilerin üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmış alacakların da teminat havuzuna dahil edilebileceği kabul edilmelidir. Özellikle, arazinin bütünleyici parçası niteliğindeki belirtilen özellikleri haiz yapıları konut olarak kullanmakta olan tüketicilerin, konut finansmanı sisteminden faydalandırılabilmesinin sağlanabilmesi, bu yorumu gerekli kılmaktadır. Üzerinde yapı kullanma izni olan, aile konutu niteliğinde bir yapı bulunan, eşlerin paylı olarak malik oldukları bir arazinin ipotek konusuna edilmesi halinde de, eşlerden her ikisinin de paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek tesisi edilir ise⁸⁸, usulüne uygun teminatlandırma gerçekleşmiş varsayılmalıdır.

Belirli şartların gerçekleşmesi halinde, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli bir hak üzerinde de ipotek tesisi mümkündür. Buna göre, belirli nitelikleri haiz bir irtifak

⁸⁴ Rehın hakkının bütünleyici parçayı da kapsaması için, bütünleyici parçanın tapuda gösterilme zorunluluğu bulunmadığına ilişkin olarak bkz. Yrg. 12. HD. 23.11.2000 T / 8182 E. /8395 K. Sayılı Kararı, **YKD**, Y. 2001 / S. 8, s. 1249. Ayrıca bkz. Faruk Acar, **Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s. 267.

⁸⁵ Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 726; Acar, s. 268;

⁸⁶ Örneğin, üzerinde yapı olan arazinin tapu sicilindeki sayfasında yer alan, taşınmazı teşhise yarayacak bilgiler kısmına “binalı” olarak yazılması mümkündür. Örnek ve ayrıntılı bilgi için bkz. Acar, s. 268.

⁸⁷ Belirliliğin nasıl sağlanacağına ilişkin olarak bkz. tapu sicilinde, bir taşınmaza ait sayfada, taşınmazın niteliğinin (evsafı) tespitini mümkün kılacak kayıtlara ilişkin Bölüm III / III / B / 3 / c / (6) / I kısmında yer alan açıklamalarımız.

⁸⁸ Aile konutu, eşlerin paylı mülkiyetinde ise, eşlerden biri, TMK md. 223 / f. 2 hükmü uyarınca, diğerinin rızası olmaksızın paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır. Ancak hüküm emredici nitelikte olmayıp aksinin kararlaştırılması mümkündür.

hakkı için tapuda ayrı bir sayfa açılmışsa, bu irtifak hakkı üzerinde ipotek tesis edilebilecektir⁸⁹.

Düzensiz kişisel irtifaklardan biri olan üst hakkı, hak sahibine, başkasının arazisi üzerinde inşaat yaparak veya arazide hakkın kurulması öncesinde bulunan inşaatı muhafaza ederek, ona malik olma yetkisi vermektedir⁹⁰. Üst hakkının bağımsız ve sürekli hak niteliği arzemesi ve tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmiş olması halinde, hakkın konusu inşaat mevcut olsa da, olmasa da hak, TMK md. 726 hükmü çerçevesinde taşınmaz olarak işlem görecektir. Eğer üst hakkının konusu olan inşaat mevcut ise, bu inşaat üzerindeki mülkiyet hakkının da, tâbi olduğu üst hakkının ayrı sayfaya kaydedilmiş olması ve taşınmaz gibi işlem görmesi dolayısıyla rehnedilebilmesi mümkündür. Üst hakkının konusu olan tamamlanmış inşaatın (yapı) yapı kullanma izni bulunması durumunda, üst hakkı üzerinde kurulmuş olan ipotek ile teminat altına alınmış alacağın teminat havuzuna dahil edilebileceği kabul edilmelidir. Borcun ifa edilmemesi halinde, ipotek hakkına dayanılarak paraya çevrilecek olan malvarlığı değerini, tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilerek “taşınmaz” niteliği kazanan üst hakkı teşkil edecektir⁹¹.

Tüm bu belirlemeler ışığında vardığımız sonuç şudur: Bir alacağın teminat havuzuna dahil edilebilmesi için alacağın teminat altına alınmasına ilişkin ön şart, alacağın teminatını teşkil eden taşınmazın yapı kullanma izni bulunmasıdır. Yapı kullanma izni, İmar Kanunu anlamında tamamlanmış yapılar bakımından söz konusu olabilecektir.

⁸⁹ Bağımsız ve sürekli bir hak üzerinde ipotek tesis edilebilmesi için, özel mülkiyete tâbi ya da kamu malı niteliğinde bir taşınmaz üzerinde, bir gerçek ya da tüzel kişi lehine süresiz ya da asgari 30 yıl süreli, devredilebilir nitelikte, kişiye bağlı bir irtifak hakkının kurulmuş olması gerektiği hakkında bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 34.

⁹⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 671-672.

⁹¹ İpotekle teminat altına alınan borç ifa edilmediği takdirde, cebri icra yoluyla paraya çevrilecek olan malvarlığı değerinin, bağımsız ve sürekli nitelikteki irtifak hakkı olduğuna ilişkin olarak bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 35.

O halde;

- Yapı kullanma izni bulunan kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölümler üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların (kanun ve tebliğin aradığı diğer şartları da haiz olmak koşuluyla) teminat havuzuna dahil edilmesi mümkün olacağı tartışmasızdır.
- Kat mülkiyetine geçilmemiş, ancak yapı kullanma izni bulunan bağımsız bölümlerin kat irtifakı tapusuna istinaden, kat irtifakından kaynaklanan hakkın bağlı olduğu paylı mülkiyete tâbi arsa payı üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınan alacak hakları da teminat havuzuna dahil edilebilmelidir.
- Projelerden yapılan alımlarda, projenin tamamı bitmemiş olmakla birlikte, tamamlanmış olan kat irtifakı tapulu ilgili bağımsız bölümün bulunduğu yapı açısından kısmi yapı kullanma izni alınmış olabilir. Bu alımların finanse edilmesi için kredi kullandırılan hallerde, ilgili bağımsız bölümlere karşılık gelen, kat irtifakından kaynaklanan hakkın bağlı olduğu arsa payı üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmış olan konut finansmanı alacağının da teminat havuzuna girebileceği kabul edilmelidir.
- Kat irtifakı tapusunun henüz oluşmadığı kooperatif hissesi alımlarının finansmanı için talep edilecek krediden kaynaklanan alacak hakları ise teminat havuzuna dahil edilmemelidir.
- Arazi bakımından, yapı kullanma izni söz konusu olamayacağından, sadece lafzi yorum yapılması halinde, arazi üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınan alacak haklarının teminat havuzunda yer alamaması gerekir.
- Ancak, konut finansmanı sisteminin amacı gözönünde bulundurularak, üzerinde yapı kullanma izni olan yapı bulunan bir araziler açısından farklılık bulunduğu kabul edilmelidir. Bu tür bir arazi üzerinde ipotek tesis edilmiş ise, rehin hakkı hem arazinin kendisini hem de bütünleyici parçası olan yapıyı kapsayacaktır. O halde, arazinin tapu sicilinde yer alan sayfasındaki, taşınmazı teşhise yarayacak bilgilerle belirli kılınmış bütünleyici parçanın yapı kullanma izninin bulunması, önşartı karşılar nitelikte kabul edilmelidir.

- Tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilerek, taşınmaz gibi işlem gören üst hakkının konusu olan tamamlanmış inşaatın (yapı), yapı kullanma izni bulunması durumunda; üst hakkı üzerinde kurulmuş olan ipotek ile teminat altına alınmış alacağın da teminat havuzuna dahil edilebileceği kabul edilmelidir.
- Yapı kullanma izni bulunan, kat mülkiyetine tâbi olan ya da kat irtifakı tapulu bir bağımsız bölümün, paydaşlarından birinin paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış alacak hakkının da teminat havuzuna dahil edilebilmesi gerekir. Aynı prensip, üzerinde yapı kullanma izni olan yapı bulunan müşterek mülkiyete tâbi araziler açısından da uygulanmalıdır.

(3) T.C. Sınırları İçinde Bulunması

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9 / f. 1 (ç) hükmü, “Kredinin teminatı olan taşınmazın Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde olması ...” şartını düzenlemektedir. Buna göre, ipotek ile teminat altına alınmış bir kredi alacağının, ipotekli konut kredisinden kaynaklanan bir alacak olarak teminat havuzunda yer alabilmesi için, ipotegın konusunu teşkil etmek üzere belirli kılınan taşınmazın, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde olması gerekmektedir.

Taşınmazın bulunduğu yere ilişkin olarak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler incelendiğinde, ülkesellik kriteri açısından farklı düzenlemelerle karşılaşılmaktadır. İsviçre Rehinli Tahvil Kanunu, ülkesellik kriterine bağlı kalan bir düzenleme örneğidir. Sadece İsviçre dahilinde faaliyet göstermekte olan İsviçre Rehinli Tahvil Merkezleri; PfG md. 5 / f. 3 uyarınca, yabancı ülkelerdeki taşınmazlar üzerinde rehin tesis edilerek teminatlandırılmış alacakları karşılık göstererek rehinli tahvil ihraç edememektedir. Bir başka deyişle, teminat konusu varlık olarak kullanılacak taşınmaz rehni teminatlı alacakların, PfG md. 19 / f. 2 hükmü uyarınca, İsviçre’de yer alan taşınmazlar üzerinde rehin tesis edilmesi suretiyle güvence altına alınmış

olması şarttır⁹².

Alman Rehinli Tahvil Kanunu'nun ülkesellik kriteri ile bağlı kalmadığı görülmektedir. Teminat havuzunda yer alabilecek kredi alacaklarının teminatını teşkil edecek taşınmazların bulunabileceği yere ilişkin bu farklı düzenleme, muhtemel hukuki sorunlara kaynak teşkil etmesi bakımından ilginçtir. Türk hukuku açısından, İTMK'lere ilişkin yabancılik unsuru taşımayan mevcut düzenlemeler çerçevesinde karşılaşılmaması söz konusu olmayacak olan bu hukuki sorunlar, detaya girilmeksizin aşağıdaki paragrafta sadece belirtilecektir.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu md. 13 uyarınca, Alman hukuku'ndaki taşınmaz rehni ile aynı hukuki işlevi haiz yabancı hukuklardaki teminatlar ile güvence altına alınmış kredi alacakları da; teminatın konusunu teşkil edecek taşınmazın, bir Avrupa Birliği Ülkesi, Avrupa Ekonomik Alanı Sözleşmesine taraf bir ülke, İsviçre, ABD, Kanada ve Japonya'da bulunması halinde, belli sınırlamalar çerçevesinde teminat havuzuna dahil edilebileceklerdir. Rehinli tahvillerin teminatını teşkil edecek alacakların, yabancı bir hukuk çerçevesinde teminatlandırıldıkları ve teminatların konusunu teşkil eden taşınmazların da, lokasyon olarak yabancı bir ülkede bulundukları hallerde, “ihraççının iflası söz konusu olduğunda, rehinli tahvil (pfandbrief) alacaklılarının kanundan (Alman Rehinli Tahvil Kanunu) kaynaklanan hakları (iflastan etkilenmeme ve öncelikli olarak tatmin hakkı), bu yabancılik unsuru taşıyan teminatlar aracılığıyla da karşılanabilecek midir?” sorusu gündeme gelmektedir⁹³. Alman rehinli tahvil alacaklılarının korunması için, teminat konusu varlıkların teminatını teşkil eden taşınmazların bulunduğu ülke hukukunda, Alman hukukundaki rehinli tahvil sahiplerine ilişkin olarak düzenlenmiş hukuki korumanın tanınıp tanınmayacağına ya da başka ne tür tedbirler alınmak suretiyle rehinli tahvil

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Hunziger, s. 141 vd.

⁹³ Otmar M. Stöcker, “Ausländische Deckungswerte und Insolvenzvorrecht der Pfandbrief”, **Immobilien & Finanzierung**, S. 16, Y. 2003, s. 574.

alacaklılarının haklarının korunabileceği hususları, çeşitli ülkeler açısından tartışılmaktadır⁹⁴.

(4) Öngörülen Risklere Karşı Sigortalanmış Olması

İpotek ile teminat altına alınmış bir kredi alacağının, teminat havuzunda yer alabilmesi için, SPK Seri III / 33 no'lu tebliği md. 9 (1) (d) bendi uyarınca teminat konusu taşınmaz için⁹⁵, 587 Sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına Dair KHK⁹⁶ çerçevesinde zorunluluk öngörülmüş ise⁹⁷, kredi sözleşmesi süresince zorunlu deprem sigortası yaptırılması gerekmektedir.

Ayrıca ipotek konusu taşınmazın, konut finansmanı sisteminin özellikleri çerçevesinde belirlenen diğer risklere karşı da sigortalanması, sistemin güvenilirliğini arttıracaktır⁹⁸. Bu bağlamda, zorunlu deprem sigortası dışında, yasadan kaynaklanan

⁹⁴ Rehinli tahvillerin teminatını teşkil eden varlıkların İsviçre’de bulunmasına ilişkin olarak bkz. Rolf Stürner / Astrid Stadler, **Hypothekpfandbrief und Deckungswerte in der Schweiz**, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Berlin 2007; teminat varlıkların ABD’de bulunmasına ilişkin olarak bkz. Rolf Stürner / Christopher Kern, **Deutsche Hypothekpfandbrief und US-amerikanische Deckungswerte**, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Berlin 2007; teminat varlıkların İspanya’da bulunmasına ilişkin olarak bkz. Rolf Stürner / Astrid Stadler : **Pfandbrief und Beleihung in Spanien**, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Frankfurt am Main, 2002. Kamusal rehinli tahvillerin (öffentliche Pfandbrief) teminatını teşkil eden varlıkların Japonya’da bulunmasına ilişkin olarak bkz. Rolf Stürner / Christopher Kern, **Deutsche öffentliche Pfandbrief und japanische Deckungswerte**, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Berlin, 2006.

⁹⁵ Üzerinde konut niteliğini haiz yapı bulunan arazi üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar bakımından bu zorunluluk, “ipotek konusu arazinin üzerinde yer alan yapı”ya ilişkin bir zorunluluk olarak anlaşılmalıdır.

⁹⁶ Zorunlu deprem sigortasına ilişkin yasal düzenleme, 4484 sayılı Kanun ile değişik 27.8.1999 tarihli ve 4452 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanarak, Bakanlar Kurulu’nca 27.12.1999 tarihinde 587 sayılı KHK ile yapılmış bulunmaktadır. KHK 23919 sayılı ve 27.12.1999 tarihli RG’de yayımlanmıştır.

⁹⁷ 587 sayılı KHK’nin 2. maddesi, “KMK kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşaa edilmiş binalar, bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle Devlet tarafından yaptırılan veya verilen kredi ile yapılan meskenler” bakımından zorunlu deprem sigortası yaptırma yükümlülüğü getirmektedir.

⁹⁸ Konut finansmanı sistemi çerçevesinde kullanılacak başlıca sigorta ürünleri, hem tüketici hem de kredi kuruluşu için ortadan kaldırmayı hedeflediği riskler dört gruptur. Bu riskler; kredilerin geri ödenmeme riski, kredi taksitlerinin geçici olarak ödenmemesi riski, konutun değerinde meydana gelebilecek düşüşlerden dolayı, konutun satılması durumunda kredi kuruluşunun zarar etme ve konut

bir sigorta ettirme yükümlülüğünden söz edilebilmesi mümkün değildir. Ancak, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9 teminat konusu taşınmazın, kredi sözleşmesi boyunca, ihraççıya tazminatı rehin alma hakkı verecek şekilde⁹⁹, deprem, yangın ve diğer doğal afetlere karşı sigortalanmış olması gerekliliğini de düzenlemiştir¹⁰⁰. Kredi kuruluşları bu gerekliliği, konut finansmanı sözleşmesine ekleyecekleri, belirlenen risklere karşı sigorta yaptırılması yükümlülükleri ile sağlayacaklardır¹⁰¹.

(5) Piyasa Değerinin Hesaplanmış Olması

İpotek ile teminat altına alınmış bir kredi alacağının, teminat havuzunda yer alabilmesi için, alacağın teminat defterine kaydedildiği tarihten önceki iki yıl içinde, kredinin teminatı olan taşınmazın piyasa değerinin hesaplanmış olması gerekmektedir. Değerlemenin, SPK Seri VIII / 53 No’lu “Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Değerleme Hizmeti Verecek Şirketlere ve Bu Şirketlerin Kurulca Listeye Alınmalarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”¹⁰² hükümleri çerçevesinde, SPK’nca listeye alınacak değerlendirme şirketleri tarafından gerçekleştirilmesi zorunludur.

sahibinin borçlu kalma riski, konutun tapu kayıtlarında mevcut olan ama bilinmeyen sorunlardan dolayı oluşabilecek madde kayıplara ilişkin riskler olarak belirtilmektedir. Bkz. Suna Oskay, “Konut Finansmanı Sisteminde Sigortanın Yeri”, Türkiye Bankalar Birliğinde 04.04.2006 tarihinde yapılan sunum; Çevrimiçi: www.tbb.org.tr/turkce/konutfinansmani/mortgageABTsunum, Erişim: 06.10.2008.

⁹⁹ İTMK ihraççısının dain ve mürtehin olarak poliçede yer alması halinde, ihraççının muvafakati bulunmaksızın sigorta tazminatının ödenmesi mümkün olmayacaktır. Yrg. 11. HD.’nin, poliçede dain ve mürtehin olarak gösterilen dava dışı bankanın muvafakati olmaksızın, sigortalının talep ettiği tazminatın ödenemeyeceğine ilişkin 19.02.2004 T. / 2003-6685 E. / 2004-1513 K. Sayılı Kararı için bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 22.09.2008.

¹⁰⁰ Ev sahibinin sigortası (homeowners insurance) olarak adlandırılan sigorta, yangın başta olmak üzere ev sahiplerinin maruz kalabilecekleri bir takım riskleri teminat altına almakta olup, bu poliçelerde deprem, sel gibi doğal afetlerden kaynaklanan zararların kapsam dışında bırakıldığı görülmektedir. Bu itibarla, doğal afet riskleri teminatı (catastrophic risk coverage) çerçevesinde deprem riskine ilişkin teminat da ek ücret ödenmek suretiyle sağlanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, **Mortgage ve Mortgage Sigortaları**, Editör: Suna Oskay, İstanbul, 2006, ss. 73-76. Konut finansmanı sistemine ilişkin olarak Avrupa ve Amerika’da uygulanan temel sigorta ürünleri ve bunlara ilişkin bilgi için bkz. Suna Oskay, “İpoteğe Dayalı Konut Kredileri”, **Birlik’ten / Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını**, S. 4, Nisan-Haziran 2006, s. 26 vd.

¹⁰¹ Aynı görüşte bkz. Aydoğdu, s. 21.

¹⁰² Tebliğ, 02.08.2007 T. ve 26601 Sayılı RG’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

(6) Taşınmazın Tahsis Amacı

i. Tahsis Amacının Belirlenmesi

SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'in 9. maddesi hükmünde, ipoteğe konu olacak taşınmazın niteliği ya da kullanım amacına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. SerPK md. 13/A f. 6 hükmü doğrultusunda kanunkoyucunun, ipoteğe konu taşınmazları, tahsis amaçlarına bağlı olarak ayırma tâbi tuttuğu açıktır. Bu ayırım, teminat altına alınan alacağın teminat havuzundaki payının ne olacağı belirlemenin yanı sıra, kredi alacağının teminat değerinin hesaplanmasında ne oranda dikkate alınacağı hususunda da belirleyici olacaktır. İpotek konusu taşınmazın tahsis amacına bağlı bu sonuçların incelenmesinden önce, tahsis amacının nasıl belirlenebileceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Tapu sicilinde, bir taşınmaza ait sayfada, taşınmazın niteliğinin (evsafı) tespitini mümkün kılacak kayıtlar yer almaktadır¹⁰³. Taşınmazın bir arazi olduğu durumlarda, tarla mı, arsa mı olduğu, üzerinde bina bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise kargir (betonarme) olup olmadığına ilişkin kayıtlar bu amaca hizmet etmektedir. Taşınmazın kat mülkiyetine tâbi bir bağımsız bölüm olduğu durumlarda, KMK md. 12/d uyarınca, kat mülkiyeti kütüğünde her bağımsız bölümün kat, daire, iş bürosu, dükkan gibi tahsis amacının gösterilmesi gerekir. Bağımsız bölümlerin tahsis amacına uygun kullanılması KMK md. 24 hükmünden kaynaklanan bir yükümlülüktür.

Kat irtifakının söz konusu olduğu hallerdeki durum da benzerdir. Kat irtifakının tesisi aşamasında, ileride kat mülkiyetine konu olabilecek bağımsız bölümlere tahsis olunacak arsa payları belirlenmelidir¹⁰⁴. Kat irtifakının kurulmasını sağlayacak resmi senedin tanzimi için tapu müdürlüğüne yapılacak başvuruda; (KMK tarafından öngörülmüş olan diğer hususlarla beraber) KMK md. 12 (c) hükmü uyarınca, her

¹⁰³ Tapu sicilinde taşınmazı teşhise yarayacak bilgi olarak yer alan kayıtlardan, sadece yüzölçümüne ilişkin kaydın hukuki değer taşıdığı, bu anlamda iyiniyetle kazanıma yol açabileceği, diğer kayıtların basit bilgi niteliğinde olduğu hakkında bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 168.

¹⁰⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 496.

bağımsız bölümün arsa payları ile kat, daire, iş bürosu gibi türü de gösterilmiş olmalıdır. Bu çerçevede, kat irtifakı sahibinin hangi amaca tahsis edilmiş bir bağımsız bölüm sahibi olacağı belirlenebilir niteliktedir¹⁰⁵.

Yargıtay'ın çeşitli daire kararlarında da, dava konusu taşınmazın tahsis amacının önem arzettiği hallerde, mesken¹⁰⁶, daire¹⁰⁷, kargir yapı¹⁰⁸, kargir ev¹⁰⁹ gibi nitelermelere yer verildiği görülmektedir.

Yapı kullanma izni bulunan kat mülkiyeti ya da kat irtifakı tapulu bir bağımsız bölüm, tapuda mesken, konut, daire gibi ifadeler kullanılarak konut olarak kullanılma amacına tahsis edilmiş olabilir. Bu durumdaki kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölüm ya da kat irtifakı hakkının bağlı olduğu arsa payı üzerinde ipotek tesis edilerek teminat altına alınmış konut finansmanı alacakları, “ipotekli konut kredisi” niteliğinde birer varlık olarak teminat havuzuna dahil edilebilecektir. Aynı şekilde, üzerinde yapı kullanma izni olan bir yapının bulunduğu arazinin tapu sicilinde kayıtlı olduğu sayfada, taşınmazın niteliğini belirlemeye ilişkin olarak kargir (betonarme) ev, avlulu ev, dubleks mesken, tripleks mesken gibi kayıtlar bulunması halinde de, bu özellikleri haiz ve yapı kullanma izni bulunan yapının bulunduğu arazinin üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınan konut finansmanı alacaklarının da, “ipotekli konut kredisi” niteliğinde birer varlık olarak teminat havuzuna dahil edilebilecekleri kabul edilmelidir.

¹⁰⁵ Böylelikle, kredi kullanıcısının arsa payına isabet etmek üzere belirlenen bağımsız bölümü türünden, SerPK md. 38/A hükmündeki “tüketicilere konut edinmeleri amacıyla kredi kullandırılması” tanımına uyulup uyulmadığı saptanabilecektir.

¹⁰⁶ Yrg. 14. HD., 06.10.2005 T. / 2005-5944 E. / 2005-8709 K.; Yrg. 12. HD., 04.05.2007 T. / 2007-5355 E. / 2007-8962 K.; Yrg. 18. HD., 09.05.2005 T. / 2005-2330 E. / 2005-4786 K.; Yrg. 14. HD., 06.10.2005 T. / 2005-5944 E. / 2005-8709 K.; Yrg. 18. HD., 28.04.2005 T. / 2005-1700 E. / 2005-4368 K. Bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 14.07.2008

¹⁰⁷ Yrg. 11. HD., 22.02.1999 T. / 1998-9571 E. / 1999-1412 K.; Yrg. 13. HD., 25.01.2005 T. / 2004-11393 E. / 2005-790 K. Bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 22.09.2008.

¹⁰⁸ Yrg. 18. HD., 07.11.1994 T. / 1994-12097 E. / 1994-13779 K.; Yrg. 18. HD., 16.12.2003 T. / 2003-8047 E. / 2003-10024 K. Bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 22.09.2008.

¹⁰⁹ Yrg. 14. HD., 15.03.2005 T. / 2005-1059 E. / 2005-2006 K. Bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 20.10.2008 .

Yapı kullanma izni bulunan kat mülkiyeti ya da kat irtifakı tapulu bir bağımsız bölümün konut olarak kullanıma tahsis edilmediği, tapuda iş bürosu, dükkan, depo, mağaza gibi kayıtların yer aldığı hallerde ise, diğer şartların varlığına bağlı olarak alacak, ancak “ipotekli ticari kredi” kategorisinde bir hak olarak teminat havuzuna dahil edilebilecektir.

Her iki tespit açısından da, alacak hakkının kaynaklandığı hukuki işlemin, konut finansmanı işlemi niteliğinde bir tüketici kredisi sözleşmesi ya da aynı nitelikte bir finansal kiralama işlemi olması gerektiği tekrar hatırlatılmalıdır.

Konut niteliğindeki bağımsız bölümün ya da ipotek konusu arazinin bütünleyici parçasının, malikin kendi kullanımında mı bulunması gerektiği, yoksa kira geliri elde etme amaçlı olarak elde tutulmasının mümkün olup olmadığı da saptanmalıdır. Kanun koyucunun, ipotek konusunun kiraya verme amacıyla elde tutulması halinde, bu surette teminat altına alınmış alacakların, konut ipotekli kredi alacağı olarak kabul etmeyi amaçlamadığı ileri sürülmüştür¹¹⁰. Bu görüş, kiraya verilmek üzere taşınmaz edinilmesi için alınan kredilerin, tüketici kredisi sayılmasında problemlerle karşılaşılacağı ileri sürülerek desteklenebilir. TKHK md. 3 hükmünde, bir malı ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi, uyarınca tüketici olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, kiralama amacı, ticari amaçlı bir kullanımdır. Bu amaca hizmet eden bir kredi ilişkisinden doğan alacağın, SerPK md. 38/A bağlamında bir konut finansmanı alacağı olarak nitelendirilemeyeceğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır¹¹¹. Diğer taraftan, Yargıtay HGK’nun 09.04.2008 tarih ve 2008 - 14-322 E. 2008-311 K. Sayılı kararında¹¹² da bir kez daha ortaya koyduğu, kiraya verme amacının uyumsuzluğun niteliğini etkilemeyeceği görüşü¹¹³, bu konuda bir sonuca varılması hususunda

¹¹⁰ Seda Önen, “Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması ve İpotekli Sermaye Piyasası Araçları”, **Konut Finansmanı Çalıştayı**, İstanbul, 29-30.06.2006, Çevrimiçi: www.spk.gov.tr, power point sunum, s. 19, Erişim: 20.02.2008.

¹¹¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Reisoğlu, **Konut Finansmanı Sözleşmeleri**, s. 79.

¹¹² Yrg. HGK 09.04.2008 T. / 2008 - 14-322 E. / 2008-311 K. Sayılı kararı için bkz. (Kazancı Bilişim Çevrimiçi: www.kazanci.com) Erişim: 23.10.2008.

gözden kaçırılmamalıdır. HGK, 09.04.2008 tarih ve 2008 - 14-322 E. 2008-311 K. Sayılı kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “Somut uyuşmazlıkta, alışverişe konu olan konut amaçlı taşınmaz, satın alan davacı tüketici kavramına uyan gerçek kişi olup, tarafların sıfatlarına, alışverişe konu bağımsız bölümün konut olmasına göre açılmış bulunan davanın, tüketici mahkemesinin görev alanına gireceğinde hiçbir duraksama olmamalıdır. Üzerinde uyuşmazlık çıkan satın alınan taşınmazın, tüketici tarafından doğrudan konut olarak kullanılmaması ve fakat konut amacıyla kullanılmak üzere üçüncü kişiye kiralanmış olması bir tasarruf biçimi olup, alışverişe konu malın konut niteliğini etkilemez. Bu nedenle kiraya verilmiş olsa da, konut amacıyla taşınmaz alımından kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir.”

Bu çerçevede, Yargıtay’ın uygulamasını da dikkate alarak; konut olarak kullanıma tahsis edilmiş bir taşınmazın, tüketici olarak nitelendirilebilecek kişi tarafından satın alınması halinde, taşınmazı kiraya verme amacının bulunmasının, alacak hakkının kaynaklandığı ilişkinin tüketici işlemi olarak nitelenmesi ve böylelikle de bu alacağın teminat havuzuna dahil edilmesi önünde engel teşkil etmeyeceği kabul edilmelidir.

Kaldı ki, bu amaç açıkça beyan edilmediği durumlarda, tüketici kredisi sözleşmesi kurulmuş ise, alacak hakkının kaynaklandığı hukuki ilişki bakımından önşart sağlanmış olacaktır.

ii. Tahsis Amacına Bağlanan Sonuçlar

“Konut” olarak kullanıma tahsis edilmiş olan ve Tebliğ’in öngördüğü diğer şartları da haiz olan bir taşınmaz tarafından teminat altına alınan alacak hakkı, teminat havuzuna “ipotekli konut kredisi” olarak dahil edilebilecektir. SerPK md. 38/A çerçevesinde, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılmasına ve konut niteliğindeki taşınmazların tüketicilere finansal kiralanmasına ilişkin konut finansmanı sözleşmeleri teminat havuzuna her zaman

¹¹³ Konut amaçlı taşınmaz satın alınmasından doğan her tür uyuşmazlıkta tüketici mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki HGK kararlarına örnek olarak bkz. Yrg. HGK 27.09.2006 T. / 2006 - 14-556 E. / 2006-604 K. ve Yrg. HGK 05.10.2005 T. / 2005 - 14-490 E. / 2005-563 K. Sayılı Sayılı Kararlar. (Kazancı Bilişim Çevrimiçi: www.kazanci.com) Erişim: 23.10.2008.

“ipoteekli konut kredisi” olarak dahil edileceklerdir. Diğer taraftan, tüketicilere konut edinmeleri amacıyla kredi kullandırılan hallerde, bu işlemlerden kaynaklanan alacakları teminatlandırarak ipoteğe konu taşınmazların tahsis amacı sınırlandırılmış değildir. O halde bu alacaklar, yapı kullanma izni bulunan, konut olarak tahsis edilmiş kat mülkiyetine veya kat irtifakına tâbi bir bağımsız bölüm ya da üzerinde yapı kullanma izni olan, konut olarak tahsis edilmiş bir yapı bulunan arazi üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınırlarsa, teminat havuzuna “ipoteekli konut kredisi” olarak dahil edileceklerdir. İpotek konusu taşınmazın konut dışında bir tahsis amacı bulunuyor ise, alacakların “ipoteekli ticari kredi” olarak teminat havuzuna dahil edilmeleri söz konusu olacaktır. Bu çerçevede, teknik anlamda ticari kredi ilişkilerinden kaynaklanan alacak haklarından söz edilmediği tekrar ifade edilmelidir¹¹⁴.

Teminat havuzunda yer alacak her üç grup varlığın (ipoteekli krediler / ikame varlıklar / türev sözleşmeler), teminat havuzunda yer alan tüm varlıklara oranının ne olması gerektiği SerPK ve ilgili tebliğ ile saptanmıştır. İpotek teminatlı menkul kıymetlerin teminatını teşkil edecek varlık türleri olarak belirlenen bu üç varlık kategorisinin, teminat havuzunda yer alma oranlarına¹¹⁵ ilişkin kanuni sınırlamalar da belirlenmelidir. 5582 sayılı Kanun ile değiştirilen SerPK md. 13/ f. 6 ve SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 18 uyarınca: Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde, ipoteekli ticari kredilerin payı %15’i aşamayacaktır. Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde, ikame varlıkların payı %15’i aşamayacaktır. SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 19 uyarınca: Teminat havuzundaki tüm varlıklar içerisinde, türev sözleşmelerden doğan hakların payı %15’i aşamayacaktır. Bu düzenlemeler doğrultusunda; teminat havuzunun en az %55’ini “ipoteekli konut kredisi” kategorisindeki varlıkların oluşturacağı ortaya çıkmaktadır.

¹¹⁴ Karş. Bölüm III / III / B / 1 ve dipnot 63 ile ilgili metinde yer alan açıklamalarımız.

¹¹⁵ Oransal hesaplamaların “net bugünkü değer” üzerinden yapılacağına ilişkin olarak bkz. SerPK md. 13/A f 8 (d), SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 18-19. Net bugünkü değer nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak bkz. SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 17.

Üzerinde ipotek tesis edilen yapı kullanma iznini haiz bağımsız bölümün ya da ipotek konusu arazinin üzerindeki yapı kullanma iznini haiz yapının kullanım amacı; alacağın “ipotekli konut kredisi” olarak mı, yoksa “ipotekli ticari kredi” olarak mı sınıflandırılabilceğini belirleyecektir. Bu varlık kategorileri, teminat havuzunda belirli oranlarda yer alabileceklerinden, ayırımın yapılması önemlidir. Bunun yanı sıra, kredi alacağının teminat değerinin hesaplanmasında ne oranda dikkate alınacağı da yine belirlenen tahsis amacına ilişkin olarak farklılık arzedecektir.

“Konut” niteliğini haiz bağımsız bölüm ya da üzerinde konut niteliğini haiz yapı bulunan arazi üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ilgili “konutun”¹¹⁶ değerinin¹¹⁷ % 75’ini¹¹⁸ aşan kısmı, teminat değerinin

¹¹⁶ Üzerinde konut niteliğini haiz yapı bulunan arazi üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar bakımından bu ifade, “ipotek konusu arazinin” olarak anlaşılmalıdır.

¹¹⁷ Sermaye Piyasası Kanunu md.13/A f.4 hükmü, ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış bir alacağın teminat havuzuna dahil edilmesi aşamasında, sözkonusu alacağın teminatını teşkil eden taşınmazın değerinin ancak belli bir yüzdesinin teminat değeri olarak kabul edilebileceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Sözü edilen oran belirlenirken, taşınmazın konut niteliğini haiz bir taşınmaz olup olmaması bakımından ikili bir ayırma gidilmiştir. Buna göre, yapı kullanma izni alınmış konutlar üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ilgili konutun değerinin %75’ini; yapı kullanma izni alınmış diğer taşınmazlar üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ise ilgili taşınmazın değerinin %50’sini aşan kısmı teminat değerinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Ancak hükümde sadece “ilgili taşınmazın değeri” ifadesi kullanılmakla yetinilmiş olup, bu değerin hangi değer olduğu ve nasıl hesaplanacağına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Diğer taraftan SPK uzmanlarınca, alacağın teminat havuzuna dahil edildiği tarihten önceki iki yıl içinde, alacağın teminatı olan konut veya taşınmazın, bağımsız değerlendirme uzmanları tarafından değerlemeye tâbi tutularak, “piyasa değerinin” hesaplanması gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir. Bkz. Önen, **Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması**, s. 24. Bir kredi kuruluşu, kendisine yöneltilen kredi talebini değerlendirirken, öncelikle kullandıracağı ödücün teminatını teşkil edecek taşınmazı değerlemeye tâbi tutacak; bu doğrultuda ödücün miktarını ve bağlantılı olarak da taşınmaz üzerinde tesis edilecek rehlin yükü tespit edilmiş olacaktır. Taşınmazların teminat olarak gösterilmesi halinde, değerlerinin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak bkz. Ercan Alptürk, **Gayrimenkul Değerleme Rehberi**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 105 vd.

¹¹⁸ Konut finansmanından kaynaklanan alacakların İTMK’lerin karşılığı olarak kullanılmasında, alacağın teminatı olan taşınmazın değerinin % 75’inin teminat değerinin hesaplanmasında dikkate alınıyor olması, kanaatimizce İTMK’lerin güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte yüksek bir orandır. 2008 yılı itibarıyla Amerika’daki mortgage piyasasında ortaya çıkan ekonomik krizin sebepleri arasında, kullanılan mortgage kredilerinin geri ödemelerinde aksamalar olması ve kredileri geri çağıran kredi kuruluşlarının ise taşınmazların piyasa değerlerinin düşmesi sebebiyle icraen satış yapılsa bile teminat değerinin çok altında nakit akışına kavuşabilmesi yer almaktadır. Bu anlamda, teminat değerinin hesaplanmasında, taşınmazın değerinin daha düşük bir oranının dikkate alınması, taşınmazların piyasa değerlerinde karşılaşılabilecek düşüşler karşısında İTMK’ler açısından daha güvenli bir ortam tesis edebilecektir.

hesaplanmasında dikkate alınamayacaktır. İlgili konutun¹¹⁹ değerinin yüzde yetmişbeşini aşan kısmı da esasen, teminat havuzuna dahildir ve bunlar ile teminatlandırılan alacaklardan sağlanacak nakit akışının tamamı İTMK alacaklılarına yapılacak ödemelerde kullanılabilir¹²⁰. Ancak belirtilen sınırlamaları aşan kısımlar, teminat değerinin hesaplanmasında ve SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 16 vd. uyarınca yapılacak hesaplamlarda dikkate alınamayacaktır¹²¹.

¹¹⁹ Üzerinde konut niteliğini haiz yapı bulunan arazi üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacaklar bakımından “ilgili arazinin” olarak anlaşılmalıdır.

¹²⁰ Aynı yöndeki belirleme için bkz. Önen, **Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması**, s. 18.

¹²¹ Kanun koyucunun bu tercihi, Alman PfandBG düzenlemesi ile örtüşmemektedir. PfandBG md. 14 uyarınca, taşınmaz rehni tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların rehin konusu taşınmazın değerinin %60’ını aşan kısmı teminat havuzuna dahil değildir. Yasal düzenlemeler ile belirlenenden daha yüksek bir kredi / taşınmaz değeri oranına sahip olduğu için teminat defterine kısmi olarak kaydedilmiş olan kredi alacaklarından kaynaklanacak nakit akışlarının akıbetinin ne olacağı Alman PfandBG §30 III – 2 hükmünde belirlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, belirlenen kredi / taşınmaz değeri oranından daha yüksek bir oranda kullanıldığı için ancak kanuni orana uygun kısmı teminat teşkil eden kredi alacaklarının, rehinli tahvillere (pfandbrief) teminat teşkil etmeyen kısmından kaynak nakit akışları da iflas halinde atanan idareci tarafından toplanacaktır. Ancak, nakit akışlarının teminat teşkil etmeyen kısmı, idareci tarafından uygun idari masrafların düşülmesinin ardından, iflas idaresine ödenecektir. Diğer taraftan, Alman Rehinli Tahvil Kanunu 16. madde hükmünde rehinli tahvillere karşılık teşkil edecek alacağın teminatı olan taşınmazın “ödünç değeri”nin (lending value) (beleihungswert) esas alınacağı da açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Ödünç Değeri Tüzüğü (Beleihungswerter mittlungsverordnung) §3 hükmünde ise, “ödünç değeri” kavramından ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre taşınmazın ödünç değeri, taşınmazın, ödünçün süresi boyunca satılması halinde elde edilmesi beklenen ve piyasadaki muhtemel geçici, düzensiz değişimlerden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken değeridir. Taşınmaz teminatlı ödünçlerde, teminat teşkil eden taşınmazın değerlemesinin doğru olması iki açıdan önem arz etmektedir;

1. Teminatlı tahvillerin teminatını teşkil eden teminat havuzunun güvenliği bu değerlemeye dayanmaktadır.
2. Ödünç (kredi) alanlar, yüksek bir ödünç-değer oranı (LTV) istemektedir.

Taşınmaz, üzerinde rehin tesis edilmek suretiyle teminatlandırılmış kredinin vadesi boyunca, krediyi sağlayan kredi kuruluşuna yeterli güvenceyi sağlayabilmelidir. Bu itibarla belirlenen değer belirli bir döneme ait olmamalı, taşınmazın özelliklerinin uzun dönemli olarak değerlendirilmesine dayanmalıdır. Bu sebeple taşınmaz rehni ile teminatlandırılan ödünçün değeri çok büyük bir çoğunlukla taşınmazın piyasa değerinin altında olacaktır. Taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış ödünçün değeri belirlendikten sonra, teminatlı tahvilleri güvenli kılabilmek için genellikle bir tedbir daha alınmakta ve ödünçün değerinin (mortgage lending value) sadece belirli bir oranı teminatlı tahvillerin teminatını teşkil edecek havuzda yer alabilmektedir. Kredi kuruluşlarının, kredi kullanıcılarına hesaplanan ödünçün değerinin (mortgage lending value) teminatlı tahvillerin teminatı olarak teminat havuzunda yer alabilecek belirli yüzdelik değer üzerinde de kredi kullandırması mümkündür. Ancak bu kez kredi kuruluşu, aradaki farkı teminatlı tahviller aracılığıyla finanse edemeyecek, başka yollarla bu miktarı finanse etmesi gerekecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. “Mortgage Lending Value”, Çevrimiçi: www.pfandbrief.de/internet.nsf/tindex/en_real_estate.htm , Erişim: 02.10.2008.

iii. Aile Konutuna İlişkin Özellikler

“Konut” olarak kullanıma tahsis edilmiş bağımsız bölüm ya da üzerinde konut niteliğini haiz yapı bulunan arazi üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların teminat havuzuna dahil edilmeleri, konutun “aile konutu” olması halinde belirli özellikler arzedecektir.

Aile konutu, eşlerin iradeleri ile belirlenen ya da onların sürekli yerleşim yeri olarak üçüncü kişilerce anlaşılabilen, aile fertlerinin yerleşerek, sürekli tarzda yaşamlarını idame ettirdikleri yer olarak tanımlanmaktadır¹²². Taşınmaz mülkiyetinin özel hukuktan doğan bir kısıtlaması olarak karşımıza çıkan TMK md. 194 hükmünün ilk fıkrasında, eşlerden birinin, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı düzenlenmiştir. Hükmün getirmiş olduğu sınırlamanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu görülmektedir¹²³. Katıldığımız görüşe göre, somut olayın özellikleri doğrultusunda, tapu kütüğünde aile konutu şerhinin bulunmaması, eşlerin tasarruf yetkisine ilişkin bu sınırlamanın varlığı üzerinde etkili olmayıp, sınırlama şerhten önce de mevcuttur. Bu anlamda, şerh kurucu değil, açıklayıcı rol oynamaktadır¹²⁴.

¹²² Şükran Şıpka, **Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 81; Acar, s. 71; Suat Sarı, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul, 2007, s. 283.

¹²³ Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 46-47. Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002, s. 5 vd. Ahmet Kılıçoğlu, **Türk Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003, s. 51 vd.

¹²⁴ Bu görüşte olan yazarlar olarak bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 214-215; Helvacı, **İpotek**, s. 91-92; Şıpka, s. 159; Mustafa Dural / Tufan Öğüz / Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III - Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008, ss. 162-165.; Nami Barlas, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, **Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, 2004, s. 126; Murat Doğan, **Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 97. Aksi görüş için bkz. Kılıçoğlu, **Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler**, s.20-21; Şeref Ertaş, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 203 vd. Aksi görüşü destekler nitelikteki, Yrg. HGK’nun 04.10.2006 T. / 2006 - 2-591 E. / 2006-624 K. Sayılı Kararı için bkz. YKD, Y. 2006, S. 12, s. 1889 vd.

Bu çerçevede, teminat havuzunda bulunacak bir alacağın aile konutu niteliğindeki bir taşınmaz üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmasının söz konusu olduğu hallerde, mülkiyet hakkını haiz olan eşin diğer eşin açık rızasını¹²⁵ almış olması gerekmektedir¹²⁶. Aksi halde işlem askıda hükümsüz olacaktır¹²⁷. Bir başka ifade ile, eşin rızasının baştan alınmadığı hallerde, diğer eş, ipotek tesisi işlemine onay verirse, işlem yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelecek, onay verilmediği ya da vermeyeceğinin kesin olarak anlaşıldığı hallerde ise, işlem kesin olarak hükümsüzleşecektir¹²⁸. Diğer eşin rızasının haklı sebep olmaksızın elde edilemediği ya da rızanın elde edilmesinin fiilen mümkün olmadığı hallerde, TMK md. 194/ f. 2 uyarınca, hakimin müdahalesinin talep edilebileceği hatırlatılmalıdır. Eşin izni ya da hakimin yetkilendirmesi olmaksızın aile konutuna etki eden sınırlı aynî hakların tescili yolsuz bir tescil niteliğindedir¹²⁹. Bu çerçevede, lehine yolsuz olarak ipotek hakkı tescil edilen üçüncü kişiye karşı, diğer eş tarafından, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılması suretiyle, yolsuz tescilin düzeltilmesi sağlanabilecektir. İpotekli alacaklının, ipoteğe konu edilen taşınmazın aile konutu niteliğine sahip olduğunu bilmemesinin veya bilmesinin gerekmemesinin, yapılan ipotek tesisi işlemini geçerli kılmayacağı vurgulanmalıdır¹³⁰.

¹²⁵ Rızanın şekli konusunda kanunda hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde rızanın yazılı ya da sözlü olabileceği belirtilmiştir. Bkz. Doğan, s. 92; Gümüş, **Yeni Şerhler**, s. 53. Bankalar Birliği'nin 10.01.2002 tarihli ve 67957 sayılı Genelgesi'nde, malik eş tarafından aile konutunun teminat gösterilmesi halinde, diğer eşin noterden muvafakatının aranması gerektiği düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹²⁶ Aile konutu olarak kullanılan taşınmazını kendisinin veya üçüncü kişinin borcu için ipoteğe konu etmek isteyen eşin, işlemin geçerliliği için eşinin açık rızasına muhtaç olduğu hakkında bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 89; Şipka, s. 127.

¹²⁷ Aile konutu olarak kullanılan taşınmazını, kendisinin veya üçüncü kişinin borcu için, eşinin açık rızasını almaksızın ipoteğe konu eden eşin yaptığı işlemin askıda hükümsüz olduğu hakkında bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 89; Barlas, **Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü**, s. 128; Doğan, s. 92.

¹²⁸ Oğuzman / Barlas, s. 174; Yetkisiz temsilde, sözde temsil olunan kimse işleme onay verirse işlem baştan itibaren hüküm ifade eder. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 201; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 189; von Tuhr, s. 356; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 412. Yetkisiz olarak temsil olunanın onay vermemesi, işlemi kesin olarak hükümsüzleştirir. Oğuzman / Barlas, s. 174; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 190; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 414.

¹²⁹ Dural / Ögüz / Gümüş, s. 164.

¹³⁰ Helvacı, **İpotek**, s. 92.

O halde, kredi alacağının güvencesi olarak konut niteliğinde bir taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesini isteyen kredi kuruluşunun; konutun aile konutu olup olmadığı hususunu irdelemesi ve mutlak surette eş rızasını araması yararına olacaktır. Aksi taktirde alacağının teminatsız kalma riski söz konusu olacaktır. Kredi kuruluşunun İTMK ihraç etme yetkisi bulunduğu hallerde de, bu alacak hakkının İTMK'lerin karşılığı olarak teminat havuzuna alınması mümkün olamayacaktır.

Diğer taraftan, lehine yolsuz olarak ipotek tesis edilen alacaklı, bu alacağını iyiniyetli üçüncü bir kişiye devrederse, bu yolsuz tescile iyiniyetle güvenen kişi, alacağın fer'i niteliğindeki ipotek hakkını da TMK md. 1023 hükmü çerçevesinde kazanmış olacaktır¹³¹. Ancak, aile konutu üzerinde rızası dışında ve hilafına ipotek tesis edildiğini öğrenen diğer eş, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açtığı anda, işlem yapan eşin tasarruf yetkisinin kaldırılmasını talep eder ise, hakim tasarruf yetkisinin kaldırılmasına ilişkin kararının, TMK md. 199 / f. 3 uyarınca tapu kütüğüne şerh edilmesine de karar verebilecektir. Bu şerh, evlilik birliğini koruma amacıyla getirilmiş olan tasarruf yetkisinin kısıtlamalarına ait bir şerh olup, yetki kısıtlaması kararının verilmesi ile şerhten önce etkili olacaktır¹³². Bu bağlamda hakimin karar vererek, re'sen ve derhal tapu kütüğünü kilitleyici şerhi sağlaması, işlem tarafı olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler için sağlanan iyiniyete bağlı hak iktisabı ihtimalini, taşınmazlar açısından ortadan kaldıracaktır¹³³.

Bu belirlemeler çerçevesinde, kredi alacağı, aile konutu niteliğindeki bir taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilerek güvence altına alınmak istenen, ancak diğer eşin rızasının alınmaması sebebiyle ipotek hakkını kazanamayan bir bankanın, teminatsız kalan bu alacağını bir başka bankaya devretmesi ihtimali değerlendirilmelidir.

Alacak kendisine devredilen banka, hakim tarafından tapu siciline şerh ile tasarruf yetkisinin kaldırılması yönünde bir karar verilmesinden önce, devraldığı alacağın fer'i niteliğindeki ipotek hakkını da TMK 1023 hükmü çerçevesinde tapu siciline

¹³¹ Helvacı, **İpotek**, s. 92. Ayrıca bkz. Dural / Ögüz / Gümüş, s. 164.

¹³² Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 215.

¹³³ Gümüş, **Yeni Şerhler**, s. 97.

iyiniyetle güvenerek kazanmış olacaktır. Alacak kendisine devredilen bankanın İTMK ihraç etme yetkisi bulunan hallerde, devralınan bu alacağın da, konut niteliğinde bir taşınmaz üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmış ipotekli konut kredisi kategorisinde teminat havuzuna dahil edilmesi, teorik olarak mümkün görünmektedir.

d. İpoteğin Derecesi

Teminat konusu taşınmaza ilişkin özellikler belirlendikten sonra, kredi alacağının, ipotekli konut kredisinden kaynaklan bir alacak kategorisinde teminat havuzunda yer alabilmesi için, ipoteğin derecesinin önem arz edip arzetmediği hususu da değerlendirilmelidir.

Alman hukukunda, rehinli tahviller¹³⁴, konutlar ya da ticari taşınmazlar üzerinde birinci derece birinci sırada kurulmuş olan taşınmaz rehinleri ile teminat altına alınmış kredi alacakları ile teminatlandırılırlar. İhraç edilen tahvillerin değeri, bunları teminat altına alan ödünç verilen toplam tutarın (kredi alacağının) %60'ı ile sınırlı olmak zorundadır¹³⁵.

SerPK düzenlemelerinde ise, teminat havuzunda bulunacak alacağın teminatı olan konut ya da diğer taşınmazlar üzerine ihraççı lehine (kanunun lafzı ile) ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınacağı belirtilmiş, ancak ne SerPK, ne de SPK seri III / 33 no'lu Tebliğ'de, taşınmaz rehninin derecesiyle ilgili bir belirlemeye yer verilmemiştir.

TMK md. 870 uyarınca, derece, taşınmaz rehninin sırasını ve teminatın miktarını tayin etmektedir. Taşınmaz rehninin sıra ve miktarının kurulduğu dereceye bağlı olması, taşınmazın paraya çevrilmesi halinde önem arzetmektedir¹³⁶. Buna göre,

¹³⁴ Kamu otoriteleri tarafından garanti edilmiş kredi ya da tahviller ile teminatlandırılarak, diğer rehinli tahvillerden ayrı olarak oluşturulan bu teminat havuzları ile güvence altına alınan kamusal rehinli tahviller burada ele alınmamışlardır.

¹³⁵ **Mortgage Banks and The Mortgage Bond**, s. 9.

rehnin paraya çevrilmesi suretiyle elde edilen meblağdan, önce birinci derecedeki rehinli alacaklı, o derecede yazılı teminat miktarı ile sınırlı olarak yararlanacaktır¹³⁷. O halde, birinci dereceden sonraki derecelerde yer alanlar, ancak paraya çevirme bedelinden geriye kalan üzerinden, sıra ile ve kendi derecelerindeki teminat miktarı ile sınırlı olarak tatmin edilebileceklerdir. Kanun ya da Tebliğ’de açık hüküm olmamasına rağmen, kredi kullandıran kuruluşun, birinci derecedeki rehinli alacaklı olmayı tercih etmesi yararınadır.

e. Anapara İpoteği – Üst Sınır İpoteği Ayırımı

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9, teminat havuzuna dahil edilecek bir alacağın, anapara ve faiz ödemelerinin, ihraççı tarafından ipotekle teminat altına alınması gerektiğini düzenlemiştir. Teminat havuzuna dahil edilmek üzere, ipotekle teminat altına alınacak olan konut finansmanı alacağı, bir para alacağıdır. TKHK md. 10/B f. 12 uyarınca, bu alacak hakkının, kaynaklandığı konut finansmanı sözleşmesinde, faiz oranının sabit ya da değişken olarak kararlaştırılması mümkün olacaktır. Konut finansmanı alacağının, faizin sabit ya da değişken olarak kararlaştırıldığı bir sözleşmeden kaynaklanması durumunda, ipotek tesisi suretiyle güvence altına alınmak istenilen para alacağının tutarı belirli olacaktır. O halde, konut finansmanı alacağının, tarafların iradesine göre, anapara ya da üst sınır ipoteği tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış olması mümkündür. Taşınmaz rehnindeki belirlilik ilkesi çerçevesinde tapuda gösterilecek tutarın bir anapara ipoteğine ya da üst sınır ipoteğine ilişkin olması, konut finansmanı alacağının teminat havuzuna dahil edilip edilememesi bakımından belirleyici kriter değildir. Tapuda gösterilen tutarın anapara veya üst sınır ipoteğine ilişkin olması, ipotekle teminat altına alınacak alacağın kapsamına ilişkindir. Bu bağlamda, ihraççı açısından önemli olan, teminat havuzuna dahil ettiği alacak hakkının, anapara alacağı ve yan alacakları bakımından, TMK tarafından izin verildiği ölçüde teminatın kapsamında olabilmesinin sağlanmasıdır.

¹³⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 714; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 989; Helvacı, **İpotek**, s. 349; Şafak Erel, **Gayrimenkul Rehninde Sıra**, Ankara, 1974, s. 37-38.

¹³⁷ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 714. İpotek derecelerinin, taşınmaz rehninin konusunu teşkil eden taşınmazın satış bedelinin dağıtılmasındaki sırayı nasıl belirlediğine ilişkin örnek için bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 351.

Rehnin tesisi anında belli bir tutarı olan bir alacağı teminat altına almak için “anapara ipoteği” tesis edilmektedir¹³⁸. Anapara ipoteğinde, tapu kütüğüne tescil edilen anapara tutarı, alacaklının ipotekle teminat altına alınan anapara alacağı için bir üst sınır teşkil etmekle birlikte, yan alacaklar bakımından bu etkiyi haiz olmayacaktır¹³⁹.

O halde, anapara ipoteğinin teminat altına aldığı alacaklar bakımından, teminatın kapsamına öncelikle, tapu kütüğüne tescil edilmiş rehin yükünün sınırlarını aşmamak kaydıyla¹⁴⁰, alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesini talep ettiği andaki anapara alacağı girecektir¹⁴¹. Taşınmazın paraya çevrilmesi sürecinde alacaklının yapacağı takip giderleri¹⁴² de, tapu kütüğüne ayrıca tescil edilmeleri zorunluluğu bulunmaksızın ipoteğin kapsamına girecektir¹⁴³. Borçlunun temerrüde düşmesi halinde, 3095 sayılı Kanun çerçevesinde ödemekle yükümlü olacağı temerrüt faizi

¹³⁸ Köprülü / Kaneti, s. 284; Saymen / Elbir, s. 617; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 742; Ertaş, s. 529; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 1032-1033.

¹³⁹ Bu çerçevede, taşınmazın satış bedeli karşıladığı ve TMK tarafından izin verildiği ölçüde, anapara faiz alacağı, temerrüt faiz alacağı, ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin masraflar da teminattan faydalanabilecektir. Helvacı, **İpotek**, s. 142; Haluk Burcuoğlu, **Hukuçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar**, İstanbul, 1991, s. 5. Rehlin paraya çevrilmesi sonrasında sıra cetveli düzenlenirken, aslında anapara ipoteği olarak tesis edilen ipoteğin üst sınır ipoteği olduğu, alacaklının tapu sicilinde yazan limiti aşan kısmı alamayacağı iddialarına dayanan uyuşmazlıkta Yargıtay 19. HD. ipotek akit tablosundan ipoteğin anapara ipoteği olduğunun anlaşılması dolayısıyla, ipoteğin, anaparayı, takip masrafları ile ayrıca vadeleri gelen bir kısım faizlerle, temerrüt faizlerini de teminat altına alacağını vurgulayarak, alacağın ulaştığı meblağın bilirkişi incelemesiyle belirlenmesi yönünde karar vermiştir. Yrg. 19. HD. 28.4.2005 T. / 2004-11413 E. / 2005-4772 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 22.09.2008).

¹⁴⁰ Alacaklının, anapara alacağının tapu kütüğüne tescil edilmemiş kısmının teminatın kapsamına girmesi mümkün değildir. Yeşim Gülekli, **İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 81; Helvacı, **İpotek**, s. 147. Alacağın belirliği çerçevesinde anaparanın tür ve miktar olarak değiştirilemeyeceği hakkında bkz. Yrg. 12 H.D. 30.10.2000 T. / 15575 E. / 16304 K. Sayılı kararı. Talih Uyar, **Gerekçeli İçtihatlı Türk Medeni Kanunu / Eşya Hukuku**, C. IV, Ankara, 2003, s. 3968.

¹⁴¹ Helvacı, **İpotek**, s. 142; Suat Sarı, Taşınmaz Rehlinde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 968; Gülekli, s. 81.

¹⁴² Takip giderleri kapsamında hangi kalemlerin değerlendirilebileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 148-149.

¹⁴³ Gülekli, s. 82; Helvacı, **İpotek**, s. 149; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 734.

miktarı da, tapu kütüğüne ayrıca tescil şartı aranmaksızın, teminatın kapsamından yararlanacaktır¹⁴⁴.

Anapara faizlerinin teminatın kapsamından yararlanabilmesi için, anapara faiz oranının tapu siciline kaydedilmiş olması bir zorunluluktur¹⁴⁵. Bu zorunluluk, özellikle değişken faiz kararlaştırılmış olan konut finansmanı sözleşmeleri bakımından önem arzedecektir.

TMK md. 852 hükmü doğrultusunda, sınırlayıcı hükümler saklı kalmak kaydıyla, tarafların faiz oranını diledikleri gibi kararlaştırebilmeleri mümkündür. Tarafların, kanuni faiz oranından farklı bir faiz oranı kararlaştırdıkları hallerde, TST md. 31 / f. 1 (d) bendi uyarınca, kararlaştırılan oranın tapu sicilinde faiz sütununa kaydedilmesi gerekir¹⁴⁶. O halde, taraflar değişken faiz dahi kararlaştırmış olsalar, anapara ipoteği tesis ederken, mutlaka başlangıçtaki faiz oranının tapu siciline yazılması gerekecektir.

TMK md. 875 /f. 1 3. bend hükmüne göre, ancak iflasın açıldığı veya rehlin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işlemiş faiz teminatın kapsamına girebilecektir¹⁴⁷.

Taraflar arasında kararlaştırılarak tapu siciline tescil edilen faiz oranı bazı durumlarda değişikliğe uğrayabilir. Değişken faizin kararlaştırıldığı hallerde, faiz

¹⁴⁴ Köprülü / Kaneti, s. 284; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 734; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 964; Gülekli, s. 83; Helvacı, **İpotek**, s. 150; Selahattin Sulhi Tekinay, **Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994, s. 99; Atilla Altop, 4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği ve Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayırımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları, **MHMÖHB**, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, **Aysel Çelikel'e Armağan**, İstanbul, 2001, s. 16.

¹⁴⁵ Köprülü / Kaneti, s. 285; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 735; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 965; Gülekli, s. 86; Helvacı, **İpotek**, s. 151; Tekinay, **Sınırlı Aynî Haklar**, s. 100; Sarı, **Belirlilik İlkesi**, s. 976.

¹⁴⁶ Helvacı, **İpotek**, s. 152.

¹⁴⁷ Sözleşmede, üç yıl sınırının kaldırıldığına ilişkin bir kayıt bulunması halinde dahi, alacaklı üç yıllık faizi aşan kısım itibariyle adi alacaklı durumunda olacaktır. Burcuoğlu, **İpotekle İlgili Önemli Sorunlar**, s. 5.

alacağı belirlenen endekse göre –sözleşmede belirlenen sınırlar çerçevesinde kalmak kaydıyla- değişiklik gösterecektir. Başlangıçta belirlenerek tapu siciline kaydedilen faiz oranının arttırımı, alt derecedeki ya da aynı derecedeki rehinli alacaklılara zarar vereceğinden, ancak bu alacaklıların rızasının alınması suretiyle mümkün olabilecektir¹⁴⁸.

Son olarak, taşınmazın korunması için zorunlu masraflar yapılması söz konusu olan hallerde, anapara ipoteğinin sağladığı teminatın kapsamına bunların da gireceği ifade edilmelidir.

İşin niteliğinden kaynaklanan bir zorunluluğun bulunmadığı durumlarda, rehin kurulurken miktarı belli bir alacak için anapara ipoteği kurulabileceği gibi, üst sınır ipoteği tesisi önünde de bir engel bulunmamaktadır¹⁴⁹. Üst sınır ipoteğinde, tapu siciline tescil edilecek yük miktarı, alacaklının tüm alacakları bakımından bir üst sınır teşkil edecektir¹⁵⁰. Anapara miktarı belirli bir alacak açısından üst sınır ipoteği tesis edilmesinin tercih edilmesi, üst sınır ipoteğinde TMK 875 hükmünde anapara faizleri bakımından öngörülen sınırlamanın uygulanmayacak olması açısından önem arzeder. Bir başka ifade ile üst sınır ipoteği tesis edilmesi halinde, iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin talep edildiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık

¹⁴⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 735; Gülekli, s. 89; Helvacı, **İpotek**, s. 154; Sarı, **Belirlilik İlkesi**, s. 977; Altop, **İpoteğin Kapsamı**, s. 21. Bankaların, faiz arttırımında sonraki alacaklıların rızasını alma zorunluluğunu aşmak için genellikle başlangıçta yüksek bir faiz oranı belirleme yoluna gittikleri hakkında bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 154. Konut finansmanı sözleşmeleri, tüketici işlemi niteliğinde olacağından, TKHK md. 10/B uyarınca bu uygulama konut finansmanı ilişkileri açısından söz konusu olamayacaktır. Tapu siciline, konut finansmanı sözleşmesinde başlangıçta belirlenen faiz oranını tescil ettirilecektir.

¹⁴⁹ Erden Kuntalp, **Anapara ve Üst Sınır (Maximal) İpotek Ayırımı**, Ankara, 1989, s. 19 vd.; Sarı, **Belirlilik İlkesi**, s. 968; Gülekli, s. 76.

¹⁵⁰ Köprülü / Kaneti, s. 288; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 968; Gülekli, s. 96; Helvacı, **İpotek**, s. 157; Burcuoğlu, **İpotekle İlgili Önemli Sorunlar**, s. 5. “Kredi sözleşmesinde ve ipotek akit tablosunda limit tutarı saptandıktan sonra bu tutara ek olarak faiz, icra ve yargılama giderleri gibi kimi giderlerin de teminat kapsamında olduğunun belirtilmesi, aslında üst sınır ipoteği olarak kurulan bir ipoteği anapara ipoteğine dönüştüremez. Çünkü bu durum, tapu siciline kayıtlı ipotek limitine güvenerek, aynı taşınmazda alacakları için ipotek kurdurmak isteyen üçüncü kişilerin söz konusu güvenlerinin ve çıkarlarının korunması bakımından önem taşır.” Yrg. HGK, 24.05.1989 T. / 1989-11–294 E. / 1989-378 K. Sayılı Kararı. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim: 12.07.2008).

faizi aşan faiz talepleri de, tapuya tescil edilmiş üst sınır içinde kalmak koşuluyla ipoteğin sağladığı teminattan faydalanabilecektir¹⁵¹.

4. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Kaynaklanan Alacakların Durumu

Finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak hakkının, SerPK md. 38/A hükmü doğrultusunda, konut finansmanı sözleşmesi tanımına uyan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanması¹⁵² gerekmektedir.

Buna ek olarak, konut finansmanı tanımına uyan bir finansal kiralama işleminden doğan alacak hakkının teminat havuzuna dahil edilebilmesi için, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 9 hükmü çerçevesinde, yapı kullanma izni alınmış, “konut” niteliği arzeden finansal kiralama konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış olması da gereklidir.

FKK md. 9 / f. 1 uyarınca, finansal kiralama sözleşmesi süresince, finansal kiralama konusu malın mülkiyeti, kiralayana ait olacaktır¹⁵³. Finansal kiralama şirketinin mülkiyetinde olan konut niteliğindeki bir taşınmazın, konut finansmanı sözleşmesi

¹⁵¹ Gürsoy / Eren / Cansel, s. 968; Gülekli, s. 99; Helvacı, **İpotek**, s. 158; Sarı, **Belirli İlkesi**, s. 985. “Üst sınır ipoteği, ileride vücut bulacak ya da vücut bulması muhtemel olan bir alacağı teminatı olarak tesis edildiği için, taşınmazın ... borca azami ne miktar için teminat teşkil edeceği, ipotek akit tablosunda geçecek bir limitle belirlenir. ...ileride vücut bulacak ana borç ile buna eklenecek faiz, icra takip giderleri ile diğer fer'ilerinin tarafların ipotek tesis edilirken rızaları ile tespit edilen bu limiti aşması mümkün değildir.” Yrg. 11. HD. 09.07.2007 T / 2006-8151 E. / 2007-10454 K. YKD, C. 34, S. 6, Y. 2008, s. 1113 vd. “Üst sınır ipoteğinde, taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlanmış olup; ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir.” Yrg. 12. HD. 19.03.2007 T / 2007-2286 E. / 2007-5092 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 22.09.2008). 12. HD.'nin benzer içerikli bir başka kararı olarak bkz. Yrg. 12. HD. 02.05.2005 T / 2005-5407 E. / 2005-9478 K. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 22.09.2008). Yrg. 12 HD.'nin her iki kararında da, 24.05.1989 T. / 1989- 11-294 E. / 1989-378 K. Sayılı Yrg. HGK Kararına gönderme yaptığı görülmektedir. Yrg. HGK, 24.05.1989 T. / 1989- 11-294 E. / 1989-378 K. Sayılı Kararı için bkz. (Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 22.09.2008).

¹⁵² Teminat havuzunu oluşturacak alacak haklarının kaynaklandığı hukuki işlemin özelliklerine ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm III / III / B / 2.

¹⁵³ Finansal kiralama konusu malın mülkiyetinin kiralaan şirkete ait olmadığı durumlarda da finansal kiralama işleminin söz konusu olabileceğine ilişkin görüş için bkz. Yavuz, **ÖBİ**, s. 426. FFK md. 9 ve md. 17 hükümlerinin mevcut düzenlemesi karşısında bu fikrin Kabul edilmesinin mümkün olmadığı hakkında bkz. Altop, **Finansal Kiralama**, s. 147.

çerçevesinde, tüketici olan kiracıya kullandırılmasından kaynaklanan alacak hakkı da konut finansmanı alacağı olarak nitelendirilebilecektir. Bu doğrultuda, konut finansmanı işleminden kaynaklanan bir finansal kiralama alacağının teminat havuzunda yer alabilmesi, finansal kiralama şirketinin nakit ihtiyaçlarını, İTMK ihraççısı niteliğindeki bankalar ya da SerPK md. 39/A hükmüne tâbi ipotek finansmanı kuruluşları ile yeniden finansman ilişkisine girmek suretiyle karşılıyor olması halinde söz konusu olacaktır. Finansal kiralama şirketleri, finansal kiralama sözleşmelerini, genellikle ilişkili oldukları bankanın yeniden finansman sağlamayı kabul etmesi şartına bağlı olarak kurmaktadır¹⁵⁴. Yeniden finansman, finansal kiralama şirketinin, finansal kiralama sözleşmesinden doğan taleplerini, belirli bir faiz ve kâr indirimi ile peşin olarak bankaya devretmesi anlamındadır¹⁵⁵. FKK md. 18 / f. 2 hükmünün ilk cümlesinde yer alan yasaklayıcı hüküm¹⁵⁶ uyarınca, devredilen alacakların teminatı olarak finansal kiralama konusu taşınmaz malın mülkiyet hakkının teminaten bankaya devredilmesi mümkün olamamaktadır. Bu sebeple, finansal kiralama şirketinin mülkiyetindeki finansal kiralama konusu taşınmaz üzerinde banka lehine ipotek tesis edilmesi tercih edilmektedir¹⁵⁷. O halde, finansal kiralama şirketi, malik olduğu “konut” niteliği arzeden finansal kiralama konusu taşınmazı, finansal kiralama sözleşmesi uyarınca kullandırılmasından kaynaklanan alacağını, İTMK ihracına yetkili bir ihraççıya devretmek suretiyle nakit kaynağa erişecektir. Bu alacağın teminatını ise, finansal kiralama konusu taşınmaz teşkil edecektir. Bu da, finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacağı devralan İTMK ihraççısı lehine, finansal kiralama konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesi anlamına gelmektedir. İTMK ihraççısı lehine ipotek tesisi, ipoteğin taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına tescil edilmesi ile gerçekleşecektir. Finansal kiralama alacağının İTMK ihraççısına devredildiği hususunun da, kiralama konusu

¹⁵⁴ Altop, **Finansal Kiralama**, s. 45.

¹⁵⁵ Altop, **Finansal Kiralama**, s. 46.

¹⁵⁶ FKK md. 18 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “Sözleşmede aksi öngörülmemişse kiralayan, malın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devredemez. Sözleşmede bu yetkinin tanınması halinde, devir, ancak başka bir kiralayana yapılabilir. Devralan, sözleşme hükümlerine uymak zorundadır. Devrin kiracıya karşı geçerli olması onun haberdar edilmesine bağlıdır.”

¹⁵⁷ Altop, **Finansal Kiralama**, s. 48.

taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasında beyanlar hanesine kaydedilmesi isabetli olacaktır^{158 159}.

İTMK ihraççısı, taşınmaz rehni teminatı altında devraldığı finansal kiralama alacağını, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 3 (d) hükmü uyarınca, ipotekli konut kredisi olarak teminat havuzuna dahil edebilecektir.

Konut finansmanı kapsamında yapılacak finansal kiralama sözleşmelerine ilişkin olarak, 5582 sayılı Kanun ile FKK md. 15'e eklenen 3. fıkra hükmündeki düzenleme de değerlendirilmelidir. Bu düzenlemeye göre, konut finansmanı kapsamında yapılan finansal kiralama işlemlerinde kiracı, kiralayana bilgi vermek kaydıyla, finansal kiralama konusu (taşınmaz) malın zilyetliğini bir başkasına devredebilecektir. Kiracı, devirden sonra da finansal kiralama bedellerini ödemekle yükümlü olduğundan ve finansal kiralama konusu bir taşınmaz olup, devralan üçüncü kişi tarafından bir başka yere götürülmesi ya da tamamen ortadan kaldırılması fiilen mümkün olmadığından, kiralayandan izin almaya gerek olmaksızın, sadece bildirim yapılmak suretiyle devre izin verilmesinin yerinde olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁰. Finansal kiralama alacağının İTMK ihraççısına devredilmesinden ve ihraççı lehine finansal kiralama konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesinden sonra da, konutun maliki olan finansal kiralama şirketine yapılacak bildirim yeterli olacaktır. Ayrıca, finansal kiralama şirketi ile İTMK ihraççısı arasında yapılmış olan yeniden finansman sözleşmesinde, ihraççıya da bildirim yapılması yükümlülüğü getirilebilir. Burada asıl önemli olan, finansal kiralama sözleşmesinin kiracı olarak tarafı olan tüketicinin, kanun tarafından öngörülen esaslara uygun olarak finansal kiralama konusunun zilyetliğini devretmesi

¹⁵⁸ 5582 Sayılı Kanun ile SerPK'na eklenen 38/B maddesinde, ipoteğe dayalı menkul kıymet ihracına ilişkin olarak konut finansmanı fonu düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin 7. fıkrasında, konusu taşınmaz olan bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan bir alacağın fon portföyüne alınması halinde, alacağın fona devredildiği hususunun, taşınmazın tapu siciline beyanlar hanesine kaydedilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

¹⁵⁹ Finansal kiralama sözleşmesinin bir taşınmaz satış vaadini de içerdiği durumlarda, söz konusu sözleşmenin kiralayan tarafından tapuya şerh verilmemesi halinde, sözleşmede aksine hüküm yok ise, kiracı sözleşmeyi tek taraflı beyanla tapuya şerh ettiremeyecektir. Bu sebeple, konut finansmanı alacağı doğuracak bir finansal kiralama sözleşmesinde, kira sözleşmesinin kiracı tarafından tek taraflı olarak tapu siciline şerh ettirilebilmesine yönelik bir hükme yer verilmesinin kiracı açısından uygun olacağı ileri sürülmüştür. Sanlı, s. 2.

¹⁶⁰ Altop, **Devir Yasağı**, s. 11.

halinde, alacağın hala “ipoteekli konut kredisi” olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Zira, finansal kiralama alacağı, kiracı tüketici olduğu ve kiralama konusu taşınmazı konut olarak kullanmak üzere kiraladığı için, “ipoteekli konut kredisi” kategorisinde teminat havuzuna dahil edilebilmektedir. Kiracının, kira konusu taşınmazı bir başka tüketiciye kiralaması ve zilyetliği bu çerçevede devretmesi halinde, finansal kiralama sözleşmesinin tarafı olan kişinin tüketici olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmayacağı belirlenmelidir. Burada da, taşınmazın satın alınması işlemine ilişkin değerlendirmeler sırasında vurgulanan Yargıtay HGK’nun 09.04.2008 tarih ve 2008 - 14-322 E. 2008-311 K. Sayılı Kararı doğrultusunda sonuca varılmalıdır¹⁶¹. Finansal kiralama konusu taşınmazın, finansal kiralama sözleşmesinin tarafı tüketici tarafından bir üçüncü kişi tüketiciye kiralanması, finansal kiralama sözleşmesinin konut finansmanı kapsamında tüketici işlemi olarak kabul edilmesi önünde engel teşkil etmemelidir. Bu bağlamda, ilgili finansal kiralama alacağının, “ipoteekli konut kredisi” olarak hala teminat havuzunda bulundurulabilmesi mümkündür.

5. 5582 Sayılı Kanun Öncesinde Doğan Konut Finansmanı Alacaklarının Durumu

5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un, 26454 sayılı RG’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiş olduğu tarih olan 06.03.2007 tarihinden önce düzenlenmiş olan ve konut finansmanı sözleşmesi tanımına uymak suretiyle, İTMK’lerin teminatını teşkil etmeye elverişli olan kredi ve finansal kiralama sözleşmelerinden doğan alacakların teminat havuzuna dahil edilip edilemeyeği sorunu, 5582 sayılı Kanun tarafından SerPK’na eklenen geçici madde 11 ile çözüme kavuşturulmuş bulunmaktadır.

Bu düzenleme ile söz konusu kredi sözleşmelerinin tarafı olan tüketicilere; 5582 sayılı Kanunu’nun yürürlük tarihi olan 06.03.2007 tarihinden itibaren üç ay içinde, kredi sözleşmesinin karşı tarafı olan finansman kuruluşuna başvurarak, taraf oldukları kredi ilişkisinden kaynaklanan teminatlı alacağın, konut finansmanı sistemi

¹⁶¹ HGK 09.04.2008 tarih ve 2008 - 14-322 E. 2008-311 K. Sayılı Kararı için bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com.tr .Erişim: 23.10.2008. Bu karara ilişkin açıklamalar için bkz. Bölüm III / III / B / 3 / c / (6) / i kısmında yer alan açıklamalarımız.

çerçevesinde işleme tâbi tutulmamasını talep hakkı tanınmıştır. Belirlenen bu süre içinde başvuruda bulunulmamış olması halinde ise, bu kredi ilişkilerinden doğan alacaklar da, yeterli biçimde teminat altına alınmış olmaları koşuluyla, teminat havuzunun bir parçasını teşkil edebileceklerdir.

6. T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresinden Devralınacak Alacakların Durumu

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9 (1) hükmü, T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’ndan devralınacak alacak haklarının da teminat havuzuna dahil edilebileceğini düzenlemiştir.

TOKİ tarafından, “Toplu Konut Kredileri Uygulama Yönetmeliği”¹⁶² hükümleri çerçevesinde, toplu konut yapımcısı, kooperatiflere, kooperatif birliklerine, sosyal yardımlaşma kurumlarına, belediyelere ve konut üreten gerçek ve tüzel kişilere, konut ve altyapı inşaatları için kredi desteği sağlanmaktadır. TOKİ’nin, söz konusu kredi ilişkilerinden kaynaklanan alacakları, İTMK ihraççısı tarafından devralınarak, Tebliğ md. 9 (1) hükmü çerçevesinde “ipotekli krediler” kategorisinde ve onlara ilişkin oransal sınırlamalar uygulanarak teminat havuzuna dahil edilebileceklerdir.

Tebliğ md. 9 / 2. fıkrasında, TOKİ’den devralınacak alacaklara ilişkin olarak istisna öngörülmüştür. Buna göre, bu alacaklar, 5582 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte doğmuş alacak hakları ise, borçluların SerPK’na eklenen geçici 11. maddede öngörülen konut finansmanı sistemine dahil edilme başvurusu söz konusu olmaksızın teminat havuzuna dahil edilebileceklerdir. Diğer taraftan, 5582 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte doğmuş olan TOKİ alacakları bakımından da, TKHK md. 10/B hükmünde düzenlenene bir konut finansmanı sözleşmesinden kaynaklanma şartı aranmayacaktır. Bu iki istisna dışında, TOKİ’nden devralınacak alacakların da, yapı kullanma iznine sahip, T.C. sınırları içinde bulunan taşınmazlar üzerinde ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmış olmaları ve teminata konu taşınmazların sigortalanma gereklerinin yerine

¹⁶² Yönetmelik, 14.06.1997 T. ve 23019 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

getirilmiş olması, teminat defterine kayıt tarihi itibarıyla muaccel tüm ödemelerinin yapılmış olması ve nihayet alacağın teminat defterine hangi değer üzerinden kaydedileceğinin belirlenebilmesi için, teminat konusu taşınmazın piyasa değerinin tespit edilmiş olması gerekmektedir¹⁶³.

C. Diğer Varlıklar

1. Türev Sözleşmelerden Kaynaklanan Haklar

Dalgalı kur sistemine paralel olarak gelişen değişken döviz kuru ve faiz oranı yapısının oluşturduğu finansal risklerin bertaraf edilmesi amacıyla, “türev araçlar” olarak isimlendirilen çeşitli finansal teknikler geliştirilmiştir. Hukuki açıdan iki taraf arasındaki bir sözleşme ile ortaya çıkan türev araç, “finansal risklere karşı katlanılabilir maliyetlerle korunmayı mümkün kılan ve değerini, kısmen ya da tamamen, dayalı oldukları varlık, fiyat, oran veya endeksten alan finansal araçlar” olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁴. Türev araçlar esasen iki kategoriye ayrılmaktadır. Opsiyon esaslı türevler, alıcısına, belirli bir zaman dilimi içinde, konusu olan varlığı, önceden tespit edilmiş bedel karşılığında alma hakkı vermektedir¹⁶⁵. Forward esaslı türev araçlar arasında yer alan future ve forward işlemlerinde, sözleşmenin taraflarından birine, gelecekteki belirli bir tarihte, önceden belirlenmiş fiyat üzerinden, belirli bir miktarda finansal varlığın alımı veya satımı borcu yüklenmektedir¹⁶⁶. Forward esaslı bir başka türev araç olan swap işleminde ise taraflar, belirli bir zaman dilimi boyunca birbirlerine dönemsel ödemeler yapmayı taahhüt etmektedirler¹⁶⁷. Öz olarak türev sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, gelecekte kur ya da faiz dalgalanmalarından olumsuz yönde etkilenme ihtimali olan

¹⁶³ Teminat konusu taşınmazların piyasa değeri, SPK Seri VIII / 35 No’lu “Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Değerleme Hizmeti Verecek Şirketlere ve Bu Şirketlerin Kurulca Listeye Alınmalarına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”in getirdiği usul ve esaslar çerçevesinde tespit edilecektir.

¹⁶⁴ Ayşe Dilşad Keskin, **Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 62.

¹⁶⁵ Keskin, s. 63.

¹⁶⁶ Keskin, s. 64.

¹⁶⁷ Keskin, s. 64. Swap sözleşmesinin tanımı, unsurları, türleri ve konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Keskin, s. 75 vd.

taraf, belirli bir bedel karşılığında kendini güvence altına almakta, dalgalanma olsa da, olmasa da, kararlaştırılan bedeli karşı tarafa ödemek suretiyle muhtemel riskini devretmektedir.

İTMK ihraççıların da, teminat havuzundaki varlıkları faiz, kur, kredi ve benzeri risklerden korumak amacıyla “türev sözleşmeler” yapabilecekleri SerPK md. 13/A f. 7 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır. SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 3 hükmünde ise türev sözleşmelerin, vadeli işlem, opsiyon, swap ve benzeri çeşitli sözleşmeler olabileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

İhraççının taraf olduğu bir türev sözleşmeyi teminat havuzuna dahil edebilmesi için, söz konusu sözleşmenin SPK Seri III / 33 no’lu tebliğ md. 11’de öngörülen şartları haiz olması aranmaktadır. Buna göre ilk olarak, ihraççının taraf olduğu türev sözleşmenin karşı tarafının, kurulduğu ülke yetkili otoritesi tarafından yetkilendirilmiş bir banka, kredi kuruluşu, sigorta şirketi veya merkezi takas kuruluşu olması gerekmektedir.

İkinci olarak türev sözleşmede, ihraççının iflası durumunda, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşmeyi tek taraflı feshedemeyeceğine ilişkin hüküm bulunması şartı aranmaktadır. Bu husus, SPK md. 13/A f. 13’te de açıkça ifade edilmiş bulunmak suretiyle kanuni bir zorunluluk olarak da getirilmiştir.

Teminat havuzunun bir parçası olarak kabul edilebilecek türev sözleşmenin, bu çerçevede teminat niteliğini haiz olabilmesi, sözleşmenin karşı tarafının bu durumu onaylamasına bağlıdır. Bu çerçevede Tebliğ, sözleşmenin karşı tarafının, türev sözleşmenin İTMK’in teminatını teşkil eden varlıklar olarak teminat defterine kaydedilmelerini onaylaması şartını getirmiştir. Onayın şekline ilişkin bir düzenlemenin ise bulunmadığı görülmektedir. İleride karşılaşılabilecek ispat problemlerinin önüne geçilmesi bakımından, bu onayın yazılı şekilde alınması yararlı olacaktır. Gerekli onayın alınarak teminat defterine kaydedilen türev sözleşmenin karşı tarafı ile birden çok türev sözleşme yapılmış olabilir. İTMK’ler açısından bir karışıklığa meydan verilmemesi için, ihraççı ile türev sözleşmenin karşı tarafı

arasında yapılan netleştirmeler, teminat defterine kayıtlı olan ve olmayan sözleşmeler için ayrı ayrı yapılmalıdır.

Nihayet türev sözleşmelerin, teminat havuzunda yer almaya uygun olarak nitelenebilmeleri için aranan son şart, türev sözleşmenin konusuna ve amacına ilişkindir¹⁶⁸. Buna göre türev sözleşme öncelikle, İTMK ile ipotekli krediler ve ikame varlıklar arasındaki faiz veya kur riskine karşı koruma sağlamalıdır. Türev sözleşmenin kendisi ilave hiçbir risk doğurmamalıdır. Diğer taraftan, teminat havuzunda yer alan taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi alacakları ve ikame varlıkların, teminat havuzuna dahil edilebilecek türev sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri karşılamakta yeterli olması gerekmektedir.

Tebliğ’de ifade edilen bu şartları taşıyan sözleşmeler, aynı tebliğ’in 19. maddesinde belirlenen sınırlamalar¹⁶⁹ çerçevesinde, İTMK’in teminatı olarak teminat havuzunu oluşturmak üzere teminat defterine kaydedilebileceklerdir.

SPK md. 13/A f. 14 hükmü uyarınca, İTMK ihraççısının söz konusu menkul kıymetlerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetimin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası halinde, teminat havuzundaki varlıklardan elde edilen gelirin öncelikle ipotek teminatlı menkul kıymet sahiplerine ve teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin karşı taraflarına yapılacak ödemelerde kullanılacağını hükme bağlamıştır. Kanun koyucu kullandığı “ve” bağlacı ile türev sözleşmelerin karşı taraflarını da tıpkı ipotek teminatlı menkul kıymet sahipleri gibi ayrıcalıklı bir duruma kavuşturmakta; bu kimselere de, İTMK

¹⁶⁸ Türev sözleşmelerin konusuna ilişkin olarak, türev sözleşmelerin bir türü olarak ödeme akımlarının mübadelesini öngören swap sözleşmesinin değerlendirilmesi aydınlatıcı olacaktır. Swap sözleşmesinde, sözleşmenin konusunu, tarafların birbirlerine yapacakları ödeme miktarları oluşturur. Faiz oranı swap sözleşmesinde, sözleşmenin konusu, karşılıklı dönemsel ödeme akımları iken; para swap sözleşmesinin konusunu, farklı para cinslerinden ödeme akımları oluşturmaktadır. Swap sözleşmesinin konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Keskin, s. 107 vd.

¹⁶⁹ SPK Seri III / 33 no’lu tebliğ md. 9, ihraççının, teminat varlıkların tümüne ilişkin risklerden korunmak için taraf olabileceği türev sözleşmelerden doğan haklarının teminat varlıklara oranının; veya bu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin toplam yükümlülüklerle olan oranının ayrı ayrı %15’i aşan kısmının teminat defterine kaydedilemeyeceğine ve teminat uyum ilkelerine ilişkin hesaplamalarda kullanılamayacağına ilişkin bir oransal sınırlama getirmektedir. Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

ihraççısının diğer alacaklıları karşısında, İTMK alacaklıları ile aynı sırada bir öncelik hakkı tanımaktadır.

2. İkame Varlıklar

İTMK'in karşılığını teşkil etmek üzere, getirilen sınırlamalar çerçevesinde¹⁷⁰ teminat havuzunda yer alabilecek diğer varlık grubunu ise "ikame varlıklar" oluşturmaktadır.

İkame varlıklar; 2499 sayılı SerPK md. 13/A f. 5 ve SPK Seri III / 33 no'lu tebliği md. 10'da; devlet iç ve dış borçlanma senetleri, Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun çerçevesinde Hazine kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler, OECD'ye üye ülkelerin merkezi yönetimleri ile merkez bankalarının ya da bunların kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler veya bu kuruluşlarda tutulan mevduat olarak sayılmıştır. O halde nakit para dışındaki ikame varlıklar da, ihraççının satın almış olduğu menkul kıymetlerden kaynaklanan alacak haklarıdır.

Gerek SPK md. 13/A f. 5, gerekse Seri III / 33 no'lu SPK Tebliği, SPK'na, ikame varlıklar olarak değerlendirilmesi mümkün benzer nitelikteki varlıkları belirleme yetkisi vermiş bulunmaktadır. Buna göre, SPK tarafından ikame varlık olarak uygun görülen ve kamuya ilan edilen diğer varlıkların da ikame varlıklar olarak teminat havuzuna dahil edilebilmeleri mümkün kılınmıştır. Bu imkan, ikame varlık türlerinin gerek SerPK, gerekse ilgili Tebliğ'de sınırlı olarak sayılmadığını göstermektedir.

Nakit para, teminat havuzunda ikame varlık kategorisinde yer alabilse de, teminat konusu varlıkların yerine geçen nakit akışlarının İTMK'in karşılığı olarak tahsis edilmeyeceği vurgulanmalıdır. Bir başka ifade ile; bir kredi alacağının gereği gibi tahsil edilememesi halinde, kanun uyarınca öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde

¹⁷⁰ Bir varlığın ikame varlık olarak nitelenmesi; teminat havuzunda yer alan tüm varlıklar içinde payının ne olacağına ilişkin olarak önem arz etmektedir. SerPK md. 13/A f. 6'da, teminat havuzunda yer alan tüm varlıklar içerisinde ikame varlıkların payının %15'i aşamayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md.17'ye göre; ipotek teminatlı menkul kıymetlerin teminatını teşkil etmek üzere teminat defterine kaydedilecek ikame varlıkların net bugünkü değeri, ayrı ayrı teminat varlıkların toplamının net bugünkü değerinin %15'ini aşmamalıdır.

kredini teminatını teşkil eden taşınmazın paraya çevrilmesi suretiyle kredi alacağının karşılanması halinde, artık İTMK’lerin teminatını teşkil edebilecek bir teminatlı kredi alacağı bulunmayacağı için, bu miktar teminat havuzundan çıkarılmış sayılacaktır. Bu durumda ihraççının, eksik teminatlandırma var ise bunu uygun yeni bir teminatlı kredi alacağı ile tamamlama veya bu eksik teminatlandırmayı tamamlayamıyor ise piyasadan %2 fazla teminatlandırma¹⁷¹ şartını tekrar tesis edecek miktarda İTMK geri satın alma gibi uyum ilkelerini sağlamaya yönelik tedbirler alması gerekmektedir.

IV. Teminat Havuzunun Uygun Nitelikteki Alacak Haklarının Devralınması Suretiyle Oluşturulması

A. Genel Bakış

İTMK’lerin teminatını teşkil edecek olan varlıklar bütünü olan teminat havuzunun (%70’lik) büyük bir kısmı, konut niteliğindeki veya diğer taşınmazlar üzerinde, kanun koyucunun tercihi doğrultusunda, “ipotek” tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış alacaklardan oluşacaktır. İTMK ihracı suretiyle yeni kaynak yaratmak isteyen kuruluşun, ihraç etmeyi hedeflediği hacimdeki borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil edecek nitelik ve/veya niceliğe sahip teminatlandırılmış alacak portföyünün bulunmaması halinde, İTMK’lerin karşılığını teşkil edecek varlıkların başkaca kredi kuruluşlarından devralınması ihtiyacı ile karşılaşılacaktır. Bu ihtiyacın karşılanması için, binlerle, belki daha fazlasıyla ifade edilecek sayıda taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış alacağın devralınması gündeme gelecektir¹⁷². Çalışmanın bu kısmında, vurgulanan devir ihtiyacının söz konusu olduğu haller ortaya konulduktan sonra, devir işlemlerinde karşılaşılabilecek muhtemel zorluklar ve bu zorlukların aşılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir.

¹⁷¹ Teminat havuzunda yer alan varlıkların net bugünkü değerinin İTMK’lerin net bugünkü değerini aşan kısmı teminat fazlası olup, teminat havuzuna dahildir. Fazla teminatlandırmaya ilişkin olarak bkz. Bölüm IV / III / E / 3.

¹⁷² Aynı ihtiyaç, ihraççının mali durumunun bozulmasını takiben teminat havuzunu yönetmek için atanacak idarecinin, teminat varlıklar ve toplam yükümlülükleri, SerPK md. 13/A f.15 (b) ve SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 / f. 5 çerçevesinde başka bir ihraççıya devretmesi halinde de karşımıza çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm V / III / C. Toplam yükümlülükler için bkz. Bölüm V / I.

B. Alacakların ve Bunların Teminatını Teşkil Eden Taşınmaz Rehin Haklarının Devrinin Söz Konusu Olduğu Haller

1. Havuzlama Modeli (Pooling Model)

İTMK ihraç edebilme yetkisini haiz olan, bir başka deyişle SPK tarafından İTMK ihraççısı olarak listeye alınan bankalar, ihraç edecekleri İTMK'lerin teminatı olabilecek nitelikteki alacak ihtiyaçlarını, kural olarak, kendi taraf oldukları kredi sözleşmeleri aracılığıyla oluşturdukları alacak portföyü içinden karşılayacaklardır. İhraççıların, SPK'na bildirmiş oldukları ihraç miktarı, sıklığı ve zamanını içeren iş planlarına uygun hacimde olan teminat altına alınmış kredi alacaklarını belirleyerek, yine SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 13 uyarınca atamış oldukları teminat sorumlusunun onayına sunmaları gereklidir. Onayın alınmasının ardından ihraççı, İTMK'lerin teminatlandırılması prosedürünü başlatacaktır.

Ancak, İTMK ihraççısının, ihraç etmeyi planladığı borçlanma senetlerinin hacmini karşılayacak nicelikte teminatlandırılmış kredi alacağı bulunmayabilir. Gerçekten de, İTMK ihraç faaliyeti ile yetkili kuruluşlar, yeniden finansman konusu olabilecek taşınmaz rehni teminatlı kredilerin sadece bir kısmını kullanılmaktadır. Yeniden finansmana elverişli olup, ihraççı niteliğini haiz olmayan kuruluşların alacak portföylerinde yer alan teminatlı alacaklar ile ihraççı niteliğindeki kuruluşların alacak portföylerinde yer almakla birlikte, hedeflenen İTMK ihracına karşılık teşkil edebilecek hacimde olmayan teminatlı alacakların, İTMK ihraç edecek bir kuruluşa devredilmesi suretiyle hedeflenen ihracın karşılıklarının oluşturulması, havuzlama (pooling) olarak ifade edilmektedir¹⁷³. O halde bu modelde, krediyi kullandırmış olan kredi alacaklısı ve aynı zamanda taşınmaz rehin hakkı sahibi kredi kuruluşu, kredi alacağını ve bu alacağın teminatını teşkil eden taşınmaz rehin hakkını, İTMK ihracı ile yetkili bir ihraççıya devredecektir. İhraççı da devralmış olduğu taşınmaz rehni teminatlı kredi alacaklarını, -kendisinin de bir kredi kuruluşu olduğu varsayımında- taşınmaz rehni teminatı altında kendi kullandırmış olduğu kredi alacakları ile

¹⁷³ Havuzlama modelinin Alman rehinli tahvil uygulaması çerçevesindeki tanımı için bkz. Kostyantyn Kucherenko, **Das Refinanzierungsregister: Gründe für die Einführung, Funktionweise, Anwendungsprobleme**, Yayınlanmamış Master Tezi, Hamburg Üniversitesi, Hamburg, 2007, s. 12.

biraraya getirmek suretiyle teminat havuzunu oluşturacaktır. İşte bu noktada taşınmaz rehin hakkının devri gereği ile karşılaşılmakta ve diğer kredi kuruluşunun alacak portföyünü oluşturan kredi alacaklarının teminatını teşkil eden taşınmaz rehni türünün, devredilebilirlik açısından gösterdiği özellikler önem kazanmaktadır. Zira bu gibi bir durumda çok sayıda taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacağın devri ihtiyacı ile karşı karşıya kalınacaktır.

Diğer taraftan, çeşitli sebeplerle bizzat İTMK ihracı suretiyle kaynak yaratma yolunu seçmeyen ya da seçemeyen kredi kuruluşlarının, sahip oldukları alacak portföylerinin İTMK'lerin karşılığını teşkil etmeye elverişli olan kısımlarını, yetkili ihraççılara devrederek, İTMK'ler aracılığıyla yaratılan kaynaktan faydalanmalarının mümkün olacağı da olumlu bir yön olarak vurgulanmalıdır¹⁷⁴.

2. İpotek Finansmanı Kuruluşu Tarafından İTMK İhracı

İTMK'lerin, SerPK 13/A maddesinin ilk fıkrasında İTMK'lerin, bankalar ve SerPK'na eklenen 39/A maddesinde tanımlanan ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilebileceği düzenlenmiştir¹⁷⁵. İTMK ihracının, 2499 sayılı SerPK md. 39/A ile düzenlenen ipotek finansmanı kuruluşları tarafından gerçekleştirilebilmesi için, ipotek finansmanı kuruluşunun ihraç edeceği borçlanma senetlerinin karşılığını teşkil edecek alacak portföyüne sahip olması gerekmektedir. Bu amaçla, ipotek finansmanı kuruluşunun kredi kuruluşlarının taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi ve diğer alacaklarından oluşan alacak portföylerinin, ihracı planlanan İTMK'lerin karşılığını teşkil etmeye elverişli olan kısımlarını devralması gerekecektir.

Bir başka deyişle, ipotek finansmanı kuruluşları, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacakları devralmak suretiyle kendi alacak portföyünü yaratacaktır. Bu

¹⁷⁴ Almanya'da rehinli tahviller (pfandbrief) aracılığıyla finansmanda, taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış kredi alacaklarının devri önemli rol oynamaktadır. Bu sayede, rehinli tahvil ihracına yetkili olmayan kredi kuruluşlarının, ihraca yetkili kuruluşlar ile birlikte çalışmak suretiyle rehinli tahviller aracılığıyla yaratılan kaynaktan faydalanabilmeleri mümkün hale gelmektedir. Bkz. Guido Schleiffer, Landerbericht Deutschland, **Runder Tisch "Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa"**, Verband Deutscher Pfandbriefbanken Band 23, Berlin, 2006, s. 109.

¹⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II / IV / B / 3.

işleyişte de, devralınacak alacak portföyünün hacmi, ihracı planlanan borçlanma senetlerinin hacmi ile paralel olarak, sayıları hiç de azımsanmayacak kadar çok sayıda teminatlı alacağın temlikini ve bununla bağlantılı olarak taşınmaz rehin hakkının da devrini kapsayacaktır.

3. İTMK İhraççısının Sonraki Bir Sendikasyona Katılması

Alman Hukukunda, rehninli tahvil ihraççısının, sonraki bir sendikasyon ilişkisine taraf olması halinde, taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış alacak haklarının devri gereği ile karşılaşılmaktadır¹⁷⁶. Sendikasyon kredileri ya da konsorsiyum kredileri, büyük hacim ve yüksek riskleri nedeniyle birden fazla kredi kuruluşu tarafından kullanılan kredilerdir¹⁷⁷. Genellikle, önce tek bir kredi kuruluşu krediyi kullanılmakta, sonra da ödünç alacağının bir kısmını ya da çeşitli kısımlarını, teminatları ile birlikte, bir ya da birkaç başka kredi kuruluşuna devretmekte; bu teknik sayesinde yüksek riskin bölüşülmesi amaçlanmaktadır¹⁷⁸. İşte böylesi bir ilişki “Sonraki Sendikasyon” (Nachtraegliche Syndizierungen) olarak anılmaktadır¹⁷⁹.

Benzer yapılanmanın, İTMK ihracıyla yetkili bir kuruluş açısından söz konusu olması da mümkündür. Buna göre, İTMK ihraççısının, sonraki sendikasyon ilişkisine dahil olmak suretiyle, başka bir bankanın taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacak portföyünü ya da bu portföyün bir kısmını devralması mümkündür. Devralınan portföyü, ihraç edeceği İTMK’lerin karşılığı olarak teminat havuzuna dahil etmeyi hedeflemesi de ihtimal dahilindedir. Bu durumda da, sendikasyon

¹⁷⁶ Stöcker, “The Funding Register”, s. 401.

¹⁷⁷ Martin H. Picherer, **Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken**, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Frankfurt am Main, 2002, s. 25.

¹⁷⁸ Picherer, s. 25-26.

¹⁷⁹ Otmar Stöcker, Die Grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen, **WM**, S. 41, 2006, s. 1943.

sözleşmesi çerçevesinde, çok sayıda taşınmaz rehni teminatlı alacağın, İTMK ihraççısı niteliğini haiz banka tarafından temellük edilmesi gerekecektir¹⁸⁰.

C. Alacakların ve Bunların Teminatını Teşkil Eden Taşınmaz Rehin Haklarının Devri

1. Genel Bakış

Taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacakların devredilmesi ihtiyacının söz konusu olduğu hallerde; çok sayıda alacak ile bunların teminatını teşkil eden taşınmaz rehin haklarının devrine ve bankaların sır saklama yükümlüklerine ilişkin çeşitli hukuki problemlerle karşılaşılması muhtemeldir.

Bu kapsamda, öncelikle oldukça fazla sayıda alacağın devredilmesi gereken haller incelenecektir. Bunu takiben, bankaların sır saklama yükümlülüklerine ilişkin olarak karşılaşılması muhtemel problemlere kısaca değinilecektir. Nihayet son olarak da, taşınmaz rehin hakkının devrine ilişkin sorunlar ve muhtemel çözüm önerileri değerlendirilecektir.

2. Fazla Sayıda Alacağın Devri : Toptan Temlik

İTMK ihraç etmek suretiyle kaynak yaratmayı hedefleyen bir yetkili ihraççının, İTMK'lerin karşılığını teşkil edebilecek nitelikte çok sayıda alacağı devralması, alacağın temlik müessesesi çerçevesinde değerlendirilecek ve temlik sözleşmesi ile borçlar hukuku kurallarına göre gerçekleştirilecektir. Kredi alacağının mevcut olması ve temlik edilmesine engel kanuni ya da sözleşmesel bir düzenlemenin bulunmaması halinde alacak, alacak üzerinde tasarruf yetkisini haiz alacaklı ile alacağı devralacak kişi arasında yapılacak olan bir temlik sözleşmesinin kurulmasıyla devredilmiş olacaktır¹⁸¹.

¹⁸⁰ Alman Hukuku'nda, bir rehinli tahvil bankasının (Pfandbriefbank) sonraki bir sendikasyona katılması halinde, bir kısım kredi alacağı ve buna bağlı taşınmaz rehinlerini devralması gerektiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kucherenko, s. 18.

¹⁸¹ Bir alacağın temlik, geçerli sözleşme yapılmasına, temlik konusu alacağın mevcudiyetine ve herhangi bir temlik engeli bulunmamasına bağlıdır. Alacağın temlikinin şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi

Alacağın temlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, BK md. 163 / f. 1 hükmünden kaynaklanan bir kanuni geçerlilik şartıdır. O halde, temlik edilmek istenilen her bir kredi alacağı için tek tek, kanuni geçerlilik şekline uygun temlik sözleşmesinin yapılması gerekecektir.

Devredilecek çok sayıda alacağın söz konusu olduğu hallerde, her bir alacağın ayrı ayrı temlik edilmesinin büyük külfet getireceği tartışmasızdır. Bu noktada “toptan temlik” müessesesinden yararlanılabilir. Alacakların toptan temlik, bir kişiye ait tüm alacakların ya da malvarlığının temlik biçiminde değil, o kişinin alacaklarının büyük bir kısmının üçüncü bir kişiye devri olarak anlaşılmalıdır¹⁸². Toptan temlikte, varolan ve/veya doğacak alacakların toplu olarak devredilmesi mümkün olabilmektedir¹⁸³. Toptan temlik, birden fazla borçludan olan çok sayıda alacağın temlikine ilişkin olabilecek ve temlik borçlusunun imzalaması ile gerçekleşecektir¹⁸⁴. Temlikin kapsamı, tamamen temlik sözleşmesinin taraflarının iradeleri doğrultusunda belirlenecektir¹⁸⁵. Buna göre, yapılan toptan temlik sözleşmesinin geçerliliği için, öncelikle, yapılan temlike ilişkin tasarruf işlemi, genel ahlak kurallarına aykırı olmamalı ve TMK md. 23 / f. 2 bağlamında ekonomik özgürlüğü ihlal etmemelidir¹⁸⁶. Ayrıca, temlik edilecek alacakları doğuran hukuki ilişkilerin, bu alacakların borçlularının ve alacak miktarlarının belirlenebilmesi ya da en azından belirlenebilir kılınması da gerekmektedir¹⁸⁷. Bu anlamda, temlik edilen alacakların yeterli derecede kategorize edilerek, zaman ve konu sınırlandırmaları yapılarak

için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 926 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 240 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1184 vd.; Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 20 vd.

¹⁸² Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s. 263.

¹⁸³ Fahrettin Aral, Topyekün Temlik, **AÜHFD**, C. 42, Y. 1992-93, S. 1-4, s. 93 vd.; Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 287.

¹⁸⁴ Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 287.

¹⁸⁵ Engin, s. 34.

¹⁸⁶ Ateş, s. 263.

¹⁸⁷ Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 288; Ateş, s. 264.

temlik edilmiş olması halinde, yapılmış olan toptan temlik geçerli olacaktır¹⁸⁸. Zaman, konu gibi özel bir durumla sınırlanmamış olan toplu temlik, TMK md. 23 / f. 2 hükmü uyarınca taahhütte bulunan kişinin özgürlüklerinin aşırı sınırlanması anlamına geleceğinden, BK md. 20 hükmü çerçevesinde butlan müeyyidesiyle karşı karşıya gelmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁹. Bu belirlemeler göz önünde bulundurularak, herhangi bir ahlaka aykırılık iddası ile karşılaşılmayacak derecede zaman ve konu sınırlaması yapılmış bir toplu temlik, uygulamadaki devralma işlemlerini kolaylaştıracaktır.

3. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Sır Saklama Yükümlülüğü

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Sırların saklanması” başlığı altında düzenlenmiş olan md. 73 / f. 3 hükmü, bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilerine ait sırları, bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamayacaklarını düzenlemiş bulunmaktadır. Bu çerçevede, kredi verenin sır saklama borcu, yapılan işlem nedeniyle müşterilerinin özel ilişkileri, malvarlıkları, ticari ve kredi itibarları hakkında, müşterisinin iradesi ile veya yapılan araştırma sonrası gayri iradi olarak bilgi edinen kuruluşun mensuplarının, bu bilgileri açıklamamaları konusundaki yükümlülük olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁰.

Bankacılık Kanunu md. 73 / f. 4 hükmünün ikinci kısmı, kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların kendi aralarında doğrudan doğruya yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişini, sırların saklanması yükümlülüğünü düzenleyen hükmün dışında

¹⁸⁸ Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 288. Toptan temlikte konu ve zaman sınırlaması yapılamamsının müeyyidesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 289.

¹⁸⁹ Ateş, s. 265.

¹⁹⁰ Reisoğlu, **Şerh**, s. 1149; Şebnem Akipek, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 306.

bırakmıştır¹⁹¹. Bir başka ifade ile, kredi kuruluşlarının bu kapsamda değerlendirilebilecek bilgi aktarımı, sırların saklanması yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bu istisna çerçevesinde, yeniden finansman sağlamak amacıyla ihraç edilecek İTMK'lerin karşılığını teşkil etmeye elverişli olan taşınmaz rehniyle teminatlandırılmış kredi alacaklarının, İTMK ihracı ile yetkili bir kredi kuruluşuna devredilmesi halinde, alacaklarını temlik eden kredi kuruluşu veya finansman kuruluşu, Bankacılık Kanunu ile getirilen sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olmayacaktır.

4. Rehin Hakkının Devri

İTMK'lere ilişkin düzenlemelerde, sadece ipotek tesisi suretiyle teminat altına alınmış alacakların, teminat havuzuna dahil edilebileceği öngörülmüştür. Teminat havuzunun teşekkülü için, çok sayıda rehinli alacağın devralınmasının gerekli olduğu hallerde, ipotek hakkının devrine ilişkin olarak bazı belirlemeler yapılmalıdır.

İpotek, teminat altına aldığı alacağa ya da başka bir ifade ile doğuşunun ve varlığının temelinde yatan borca bağlı, fer'i (yan) nitelik taşıyan bir haktır¹⁹². İpotekle teminat altına alınan bir alacağın devri ile birlikte, fer'i bir hak olmasının sonucu olarak, ipotek de alacağı devralana geçecektir¹⁹³. BK md. 168 hükmü bu esası düzenlemiş bulunmaktadır¹⁹⁴. Böylelikle alacağın temlik ile birlikte, ipoteğin konusunu teşkil eden taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasına herhangi bir kayıt yapılması şartına

¹⁹¹ 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu md. 73 / f. 4 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır: “Kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların destek hizmeti kuruluşları ile aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde, bu kuruluşların müşterilerinin risk durumlarının izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi nedeniyle yapılacak bilgi ve belge alışverişi ile hizmet temini ve ayrıca kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların kendi aralarında doğrudan doğruya veya en az beş banka tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişi bu hükmün dışındadır.”

¹⁹² Köprülü / Kaneti, s.376; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 694; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 1100; Helvacı, **İpotek**, s. 287 vd.

¹⁹³ Helvacı, **İpotek**, s. 294; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 1110.

¹⁹⁴ BK md. 168 / 1 hükmünün ifadesi şöyledir: “Bir alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dahil olur”.

bağlı olmaksızın, ipotek de kendiliğinden alacağı temellük edene geçmiş olacaktır¹⁹⁵. TMK md. 891 hükmü, bu kendiliğinden geçişin kanuni dayanağını teşkil etmektedir¹⁹⁶. Alacağın kısmen temlik edildiği hallerde ise, ipotek de ancak bu miktar için alacağı temellük edene geçecektir¹⁹⁷. Temlikin borçluya ihbar edilmiş olmasının temlikin geçerliliğini etkilemediği de burada vurgulanmalıdır.

Ancak, ipoteğin artık yeni alacaklıya ait bir rehin hakkı olduğunun tapu kütüğünde görülmediği hallerde, yeni alacaklının, alacağı temellük etmek suretiyle kendiliğinden kazanmış olduğu taşınmaz rehin hakkının, tam anlamıyla güvencede olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁹⁸. Zira, alacağı devreden, ipoteğin terkin edilmesi talebiyle tapu sicil müdürlüğüne başvurarak, rehin hakkını terkin ettirebilmesi mümkündür. Bu terkin esasen yolsuz bir terkindir ve alacağı temellük etmek suretiyle, ipoteği de kazanan yeni alacaklının, bu yolsuzluğu tapu sicilinin tashihi davası açarak düzeltirebilmesi mümkündür. Ancak, durum farkedilip tapu sicilinin düzeltilmesi yoluna gidilene kadar geçen süre içinde, iyiniyetli bir üçüncü kişinin tapu siciline güvenerek, TMK 1023 çerçevesinde taşınmazı ipotek ile yüklü olmaksızın devralması durumunda, iyiniyet korunacaktır¹⁹⁹. Böylelikle yeni alacaklının temellük etmiş olduğu alacak teminatsız kalacaktır.

Diğer bir tehlike ise, alacak temlik edildikten sonra eski alacaklıya iyiniyetle ifada bulunulması haline ilişkindir. BK md. 165 uyarınca, alacağın temlik edildiği kendisine bildirilmeden önce borçlunun, artık alacak hakkına sahip olmayan eski

¹⁹⁵ Helvacı, **İpotek**, s. 295.

¹⁹⁶ TMK md. 891 hükmü şöyle kaleme alınmıştır: “İpotekle güvence altına alınmış bir alacağın devrinin geçerli olması, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir”.

¹⁹⁷ C. Wieland, (Çev: İ. Hakkı Karafaki) **Kanunu Medenide Aynî Haklar**, C. I-II, 2. Bası, Ankara, 1946 s. 664; Saymen / Elbir, s. 624.

¹⁹⁸ Helvacı, **İpotek**, s. 295.

¹⁹⁹ Yolsuz terkin halinde, tapu kaydına güvenerek aynı hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabının (TMK md. 1023 hükmü çerçevesinde) korunacağı ve aynı hakkı yolsuz olarak terkin edilmiş hak sahibinin bu hakkını iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri süremeyeceği esasına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Hasan Erman, “Karar Eleştirisi (Yolsuz Terkin-İyiniyetle Sınırlı Ayni Hak Kazanılması)”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 348 vd.

alacaklıya iyiniyetle²⁰⁰ yaptığı ifa borcu sona erdirecektir²⁰¹. Alacak hakkı sona erdiği takdirde ipoteğin akıbetinin ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Alacağın sonra ermesinden bağımsız olarak ipoteğin, ancak tapu sicilinde yapılacak terkin ile sona erebileceği yönündeki birinci görüş karşısında²⁰²; alacağın sona ermesi halinde ipoteğin de alacağa bağlı olarak sicil dışı sona ereceğinin savunulması, ipoteğin alacağa bağlılığı prensibi çerçevesinde daha uygundur²⁰³. Görüldüğü üzere ikinci görüşün kabul edilmesi ihtimalinde de, yeni alacaklının alacağının teminatsız kalma ihtimali bulunmaktadır.

Yeni alacaklıyı zarara uğratabilecek bu tehlikelerin önlenmesi için, Tapu Sicil Tüzüğü md. 31 f. 2 hükmünde, alacağı devralan yeni alacaklının Tapu Sicil Müdürlüğü'ne başvurarak, teminatl alacağın kendisine temlik edildiği ve dolayısıyla ipotek hakkının da sicil dışı kendisine geçtiği iddiasını belgelendirmek suretiyle, yüklü taşınmaza ait sayfanın düşünceler bölümüne²⁰⁴ ipotek hakkının yeni sahibi olarak yazılmayı talep edebilmesi öngörülmüştür²⁰⁵. Alacağın temliki adi yazılı şekil

²⁰⁰ “İyiniyet, bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması yönünden mevcut bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu bilmemek ve halin gerektirdiği özen gösterilse dahi bilecek durumda olmamaktır.” Dural / Sarı, s. 189; “İyiniyet, bir hakkın kazanılmasında, bir hukuki sonucun meydana gelmesinde var olan bir engeli bilmemek veya bilebilecek durumda olmamayı ifade eder.” Erman, **Medeni Hukuk**, s. 113; “İyiniyet, durumun gerektirdiği özeni gösterdiği halde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ait bir engeli bilmemektir.” Oğuzman / Barlas, s. 183. Bu tanımlamalar ışığında, buradaki iyiniyet, gereken tüm özenin gösterilmesine rağmen, alacağın temlik edildiğini bilmemek ve bilmesi de gerekmemek olarak anlaşılmalıdır.

²⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 940 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 256 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1192 vd.; von Tuhr, s. 858 vd.

²⁰² Hans Leemann, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch / Sachenrecht**, Band IV, II. Abteilung, Art. 730-918, Bern, 1925, Art. 826, N. 1.

²⁰³ Wieland, Art. 826, N. 1 a; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 746.

²⁰⁴ Düşünceler sütununun, alacaklılar sicili olarak ifade edildiği de görülmektedir. Alacaklılar sicili, bir ipotekli alacaklı alacağını başkasına temlik ettiği takdirde rol oynar ve yeni alacaklının ismi, ikametgahı, rehnin konusu taşınmazın kütükteki sayfa numarasını gösterir. Saymen / Elbir, s. 163.

²⁰⁵ Esasen bu işlemin, tapu sicil memurunun tebliğleri yeni alacaklılara yapmasını sağlamak açısından yararı bulunmaktadır. Köprülü / Kaneti, s. 391; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 1110; Saymen / Elbir, s. 163 ve s. 624. Tapu Sicil Tüzüğü'nün 84. maddesi uyarınca yapılacak işlemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 296.

şartına tâbi olduğundan²⁰⁶, kural olarak yeni alacaklının adi yazılı şekilde düzenlenmiş temlik sözleşmesini tapu memuruna ibraz etmesi, belgelendirme gereğini karşılamalıdır.

Uygulamada, kanuni bir zorunluluk olmamasına rağmen, temlik işlemini daha güvenli kılmak ve temellük eden alacaklıların düşünceler sütununa yazılmasını kolaylaştırmak amaçlarıyla, ipotekli alacakların temlik için tapu sicil memuru tarafından temlik sözleşmesi (resmi senet) düzenlenmektedir²⁰⁷. Bunun yanı sıra, yeni alacaklıların, tapu sicil müdürlüklerine, noterde düzenleme şeklinde yapılmış ya da imzaları noterde tasdik edilmiş temlik sözleşmeleri ibraz ederek de, düşünceler sütununa yeni alacaklı olarak yazılmayı talep ettikleri görülmektedir²⁰⁸.

İpotek ile teminat altına alınmış bir alacağın devri halinde, alacağı devralan yeni alacaklının tam güvende olmasının sağlanabilmesi, mevcut düzenleme çerçevesinde, yukarıda açıkladığımız prosedürel yükleri de beraberinde getirecektir. Özellikle, İTMK ihracına ilişkin olarak, çok sayıda ipotekli alacağın devrinin söz konusu olduğu hallerde, ipotek konusu taşınmazların kayıtlı oldukları il ve ilçe merkezlerindeki tapu sicil müdürlüklerinde işlem yapılması gereğinin ne derece zahmetli olacağı tartışmasıdır²⁰⁹.

Bu olumsuzlukların, tapu kayıtlarının merkezileştirilmesi ve farklı bölgelerdeki taşınmazlara ilişkin tapu kayıtlarının bir merkezden değiştirilebilmesinin sağlanması

²⁰⁶ Alacağın temlik işleminin şekle ilişkin şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 927; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 242 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1185 vd.; von Tuhr, s. 831 vd.

²⁰⁷ Velidedeoğlu / Esmer, **Gayrimenkul Tasarrufları**, 2. bası, İstanbul, 1956, s. 392; Köprülü / Kaneti, s. 391. Tapu uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü web sitesi, Çevrimiçi: www.tkgm.gov.tr/ana.php?sayfa=islemdetay&Id=42. Erişim: 05.03.2008.

²⁰⁸ Gürsel Öcal Dörtgöz, **Açıklamalı Tapu Sicili / Tapu Sicili Tüzüğü Şerhi**, Ankara, 2005, s. 405.

²⁰⁹ Adıgüzel aynı sorunu zaman içinde gelişecek ipoteğe dayalı menkul kıymet ihraçları açısından saptamıştır. Yazar, büyük sayılarda ipotekli alacaklarının teminat havuzları vasıtasıyla toptan temlik edilmelerine ilişkin muhtemel taleplerin, devirlere ilişkin kayıtları zorlaştıracaklarını ifade etmiş, ancak bu sorunun nasıl çözülebileceğinin şu an için belli olmadığını söylemekle yetinmiş, herhangi bir çözüm önerisinde bulunmamıştır. Adıgüzel, s. 287.

halinde aşılması mümkündür. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen “Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi” (TAKBİS) projesi, tapu ve kadastro ile ilgili işlemleri standartlaştırarak, tapu sicil ve kadastro müdürlüklerinde yürütülen işlemlerin mevzuata uygun şekilde ve bilgisayar ortamında yürütülmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Sistem aracılığıyla, herhangi bir il ya da ilçedeki tapu sicil müdürlüğünde üretilen verilerin, genel müdürlükte kurulacak sisteme aktarılması sağlanarak, entegre bir yapı oluşturulacaktır. Böylelikle, tapu işlemlerine ilişkin mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılması suretiyle, tapu işlemlerinin herhangi bir yerdeki tapu sicil müdürlüğünden yapılması mümkün olacaktır²¹⁰.

²¹⁰ TAKBİS projesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü web sitesi. Çevrimiçi: www.tkgm.gov.tr. Erişim Tarihi: 02.10.2008.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TEMİNAT SORUMLUSU VE TEMİNAT DEFTERİ

I. Genel Bakış

Teminatlı borçlanma senetlerine karşılık teşkil edebilecek varlıkların, ihraççının diğer varlıklarından ayrıştırılarak, titizlikle takip edilmesi gerekmektedir. SerPK md. 13/A f. 2, bu gerekliliği, “İhraççılar, İTMK’lerin teminatı olan varlıkları, diğer varlıklarından ayrı olarak oluşturacakları teminat havuzu içerisinde izlemekle yükümlüdür” şeklinde ifade etmiştir.

Hükümde kullanılan “teminat havuzu içerisinde izlemek” ifadesi, teminat konusu varlıklara ilişkin bir kayıt sistemi oluşturularak, varlıkların kayıtlarının tutulması biçiminde anlaşılmalıdır. Nitekim, SerPK md. 13/A f. 2’nin ikinci cümlesinde, teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların tutulmasına ait esas ve usullerin BDDK’nın uygun görüşü alınmak suretiyle, SPK tarafından belirleneceği belirtilmiştir. O halde, İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere özel bir malvarlığı teşkil edecek varlıklar¹, bir kayıt sistemi oluşturulmak suretiyle belirli hale getirilecektir. Söz konusu kayıt sistemi, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 8 hükmünde “teminat defteri” olarak isimlendirilmiştir. Tebliğ md. 14 f. 1 (a) hükmünde ise, teminat konusu varlıkların usulüne uygun olarak teminat defterine kaydedilmesi ve muhafazasının “teminat sorumlusu” tarafından sağlanacağı düzenlenmiştir.

Bu çerçevede aşağıda öncelikle, teminat sorumlusunun kim olduğu, hangi görev ve yetkileri haiz olduğu, hukuki sorumluluğunun sınırları belirlenecektir. Bu belirlemeleri takiben, teminat sorumlusunun tutulmasını ve muhafaza edilmesini sağlayacağı kayıt sistemi olan teminat defteri incelenecektir².

¹ Teminat havuzu kavramı ve teminat havuzunun hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III / II / A ve Bölüm III / II / C .

² Bkz. Bölüm IV / III.

II. Teminat Sorumlusu

A. Kavram

SerPK md. 13/A f. 10 hükmü, “İhraççının Kurulun (*SPK*) onayını almak suretiyle bir teminat sorumlusu belirlemesi zorunludur” düzenlemesini getirmiş ve devam eden fıkralarda da teminat sorumlusunun görev ve yetkilerini belirlemiştir. Ancak, kanunda “teminat sorumlusu” kavramı açıklanmamıştır. SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in “Teminat Sorumlusu” başlığını taşıyan dördüncü bölümünde de, kavramın açıklığa kavuşturulmadığı, sırasıyla teminat sorumlusunun göreve getirilmesi usulü ile görev ve yetkilerinin neler olacağının düzenlendiği görülmektedir.

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 13’ün ilk cümlesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “İhraççı, Kurulca (*SPK*) sermaye piyasasında bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesinde yer alan bir bağımsız denetim kuruluşunu yönetim kurulu kararı ile teminat sorumlusu olarak atar.” Hükmün ifadesi, “SPK tarafından bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesine alınan kuruluşu” olarak anlaşılmalıdır.

SPK Seri X / 22 no’lu Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ md. 4 / f. 1 (b) hükmü, sermaye piyasasında bağımsız denetim kavramının ne anlama geldiğini açıklamıştır. Buna göre bağımsız denetim; işletmelerin kamuya açıklanacak veya Kurul’ca istenecek yıllık finansal tablo ve diğer finansal bilgilerinin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu hususunda, makul güvence sağlayacak, yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtlarının elde edilmesi amacıyla, bağımsız denetim standartlarında öngörülen gerekli tüm bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanmasını ifade etmektedir³. İşte SPK tarafından bu faaliyetleri yerine getirmek üzere yetkilendirilmiş olan kuruluşlar, bağımsız denetim kuruluşları olup; “bağımsız denetim faaliyetini sürdüren, mesleki bilgi ve deneyime sahip, denetlediği işletme ile hizmet ilişkisi içerisinde bulunmayan, ücret karşılığında çalışan, meslek kurallarına ve disiplinine

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, **Bağımsız Denetim Faaliyeti**, Çevrimiçi: www.spk.gov.tr, Erişim: 24.03.2007.

bağlı serbest meslek icra eden muhasebe uzmanı veya kuruluşlar” olarak tanımlanmaktadır⁴.

Bu çerçevede teminat sorumlusu, SPK tarafından, bağımsız denetim konusunda faaliyet göstermek üzere yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşlarından biri olacaktır.

Mukayeseli hukuktaki duruma bakıldığında, Avrupa Birliği üyesi ülkelerden Almanya, Macaristan, Lüksemburg, Polonya, Fransa, İrlanda, Avusturya gibi örneklerde teminat konusu varlıkların, özel olarak yetkilendirilmiş bir teminat sorumlusunun gözetim ve denetimi altında olduğu; Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, İsveç, Yunanistan, Bulgaristan gibi örneklerde ise böyle bir denetim unsurunun bulunmadığı görülmektedir⁵.

B. Teminat Sorumlusunun Göreve Getirilmesi Usulü

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 12, SPK’nun onayını alan ihraççının, teminat sorumlusunu, SPK tarafından bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesine alınmış olan kuruluşlar arasından yönetim kurulu kararı ile atayacağını düzenlemiştir. Teminat sorumlusu olan bağımsız denetim kuruluşu da, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ’in 13. maddesinde düzenlenmiş olan niteliklere⁶ sahip olan

⁴ Aytekin Çelik, **Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 43. O halde bağımsız denetimin gerçek ya da tüzel kişiler tarafından yapılması mümkün iken, düzenlemelerin tüzel kişiliği haiz denetim kuruluşu tarafından denetimin yapılması öngörülerek yapıldığı saptanmaktadır.

⁵ Stöcker, **Funding of Mortgages**, s. 20; **ECBC Technical Questionnaires (İlgili Ülke Raporları)**.

⁶ Bağımsız denetim kuruluşu tarafından atanacak temsilciler açısından;

- Sermaye Piyasası Kurulu’nun bağımsız denetimle ilgili düzenlemelerinde yer verilen bağımsız denetçi niteliklerini haiz olmak;
- Sermaye piyasası ve bankacılık konusunda denetim tecrübesine sahip olmak.
- 2499 sayılı SerPK, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun ile Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Mevzuat’a aykırılıktan hüküm giymemiş olmak;
- Affa uğramış olsa dahi, taksirli suçlar dışındaki suçlardan ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis cezası almamış ve zimmet, nitelikli zimmet, irtikap, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar, İstimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçu, Devlet sırlarını

iki kişiyi⁷, SPK'nun onayını almak suretiyle, yönetim kurulu kararı ile temsilci olarak atayacak ve görevlerini bu temsilciler vasıtasıyla icra edecektir.

Kaynak kanun olarak nitelendirebileceğimiz Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 7 (3) düzenlemesi incelendiğinde, teminat sorumlusunun (treuhander)⁸, ihraççının görüşü alındıktan sonra rehinli tahvil ihracına ilişkin denetim otoritesi olan BaFin tarafından belirlenmesinin kabul edildiği görülmektedir.

Teminat sorumlusunun belirlenmesi usullerine ilişkin bu farklılık, Türk Hukuku'nda sermaye piyasalarında bağımsız denetime ilişkin ayrıntılı düzenlemelerden kaynaklanmış olmalıdır. Bu düzenlemeleri, 13 Aralık 1987 tarih ve 19663 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) ve SPK Seri X / 22 no'lu Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ (SPK X / 22) teşkil etmektedir.

Söz konusu Tebliğ düzenlemeleri çerçevesinde, bağımsız denetim faaliyeti, bağımsız denetim kuruluşu ile müşteri arasında yapılan bağımsız denetim sözleşmesi⁹ çerçevesinde yürütülmektedir¹⁰. Bu bağlamda, “teminat sorumlusunun ihraççı tarafından atanacağı” ifadesi, teminat sorumlusunun göreve getirilmesi usulünü

açığa vurma suçu, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs suçundan dolayı hüküm giymemiş olmak;

- Kendisi veya sınırsız sorumlu ortak olduğu kuruluşlar hakkında iflas kararı verilmemiş ve konkordato ilan edilmemiş olmak;
- Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında 35 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve Eklerine göre kendisi veya ortağı olduğu kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olmak;

şartları aranmaktadır.

⁷ Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 7 (1) hükmü, teminat sorumlusunun en az bir temsilci ataması gerektiğini düzenlemiş bulunmaktadır.

⁸ Burada “treuhander”, belli hususlarda kendisine yetki verilmiş kimse anlamında kullanılmaktadır. Özsunay, **İnançlı Muameleler**, s. 16.

⁹ Bağımsız denetim sözleşmesi, “bağımsız denetim kuruluşu (burada teminat sorumlusu) ile müşteri (burada ihraççı) arasında imzalanan, bağımsız denetim kuruluşunun müşteriye ait mali tabloların gerçeği yansıtmadığının ve muhasebe ilkelerine uygun olup olmadığının tespit edilmesini ve elde edilen sonuçların rapora bağlanmasını borçlandığı, buna karşılık müşterinin ücret ödeme borcu altına girdiği bir sözleşme” olarak tanımlanmaktadır. Çelik, s. 61.

¹⁰ Çelik, s. 61.

isabetli olarak yansıtmamaktadır. O halde hükmün ifadesi; ihraççının, SPK'nun da onayını almak suretiyle, yetkili kuruluşlar arasından yönetim kurulu kararı ile belirlediği bir bağımsız denetim kuruluşuna, bağımsız denetim sözleşmesi çerçevesinde, teminat sorumlusu olarak görev yapması için icapta bulunacağı şeklinde anlaşılması gerekir.

SPK X / 22 Kısım III / md. 2, bağımsız denetim kuruluşu ile müşteri arasındaki bağımsız denetim ilişkisinin, adi yazılı şekle tâbi olan, bağımsız denetim sözleşmesi ile düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda, İTMK ihraççısı ile ihraççının teminat sorumlusu olması için kendisine yönelttiği icabı kabul eden bağımsız denetim kuruluşu arasında, bağımsız denetim sözleşmesi kurulmalıdır. Sözleşmenin kurulmasıyla, bağımsız denetim sözleşmesine taraf olan bağımsız denetim kuruluşu, teminat sorumlusu niteliği kazanacaktır.

Bağımsız denetim sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesidir. SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md 13 / f. 2'nin son cümlesi ile SPK'na verilen teminat sorumlusunu re'sen değiştirme yetkisi, idarenin, bir özel hukuk sözleşmesine müdahalesi niteliğindedir. Özel hukuk sözleşmelerine değil idarenin, idari yargı kararlarının dahi müdahale edememesi gerektiği savunulmaktadır¹¹. SPK'na tanınan, bir özel hukuk sözleşmesini feshetme yetkisi, bu yetki kullanılarak gerçekleştirilecek müdahalenin sınırlarının nasıl çizileceğine ilişkin belirsizlikler barındırmaktadır. SPK'nun sermaye piyasasında güvenliği sağlaması ve yatırımcıları koruması SerPK md. 22 hükmü gereğidir. Ancak, söz konusu müdahalenin hizmet gerekleri ile nasıl açıklanabileceği, sınırlarının nasıl belirleneceği, daha detaylı bir düzenleme ile netleştirilmelidir. Diğer taraftan, hizmet gereği olarak, yeni bağımsız denetim kuruluşu, SPK tarafından seçilse bile, seçilen bağımsız denetim kuruluşu ile ihraççı arasında bağımsız denetim sözleşmesi kurulmasının bir zorunluluk olacağı vurgulanmalıdır¹².

¹¹ İdari yargı kararlarının, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilen kamu ihale sözleşmelerine etkisi bakımından yapılan ayrıntılı değerlendirme için bkz. Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, ss. 104-114.

¹² Çelik, s. 65.

C. Teminat Sorumlusunun Görevleri

SerPK md. 13/A f. 11’de teminat sorumlusunun görevleri sayılmıştır. Bu hükme göre teminat sorumlusunun görevleri;

- (a) teminat havuzlarının oluşturulmasını ve teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların sahip oldukları nitelikleri izlemek;
- (b) teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların mevcudiyetini koruduğunu ve bu varlıkların sahip olduğu niteliklere ilişkin değişiklikleri izlemek;
- (c) SPK tarafından zorunlu tutulması halinde, teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların, ihraççının yanı sıra ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını sağlamak;
- (d) teminat uyum ilkelerine uygunluğunu izlemek;
- (e) tespit ettiği tüm hususlar hakkında SPK tarafından belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde, ihraççıya ve SPK’na bilgi vermekten ibarettir.

SPK Seri III / 33 no’lu Tebliği’nin 14. maddesinde de, teminat sorumlusunun, ihraççının SerPK md. 13/A ve ilgili Tebliğ hükümlerine uygun hareket edip etmediğini izlemekle yükümlü olduğu belirtildikten sonra, teminat sorumlusunun görevleri daha ayrıntılı olarak 8 bend halinde sayılmaktadır.

Tebliğ’deki düzenlemeler uyarınca, teminat sorumlusu öncelikle, teminat defterindeki kayıtların ihraççı tarafından Kanun ve Tebliğ hükümlerine uygun olarak ve gerçeği yansıtacak şekilde tutulmasını ve muhafaza edilmesini sağlayacaktır. Bunun için, ihraççının, ipotekli kredilerden kaynaklanan alacakların, ikame varlıkların veya türev sözleşmelerinden kaynaklanan hakların, teminat defterine kaydedilmesi veya teminat defterinden silinmesi taleplerini inceleyecek¹³, ihraççı tarafından kendisine verilen bilgiler doğrultusunda uygun bulunduğu değişiklikler için

¹³ Teminat defterine varlık kaydedilmesi taleplerinin onaylanmasından önce, teminat sorumlusunun ihraççı tarafından kendisine verilen bilgilerin doğruluğunu, kredi dökümanlarını, saklama hesaplarının dökümlerini ve sözleşme metinlerini inceleyerek teyit etmesi gerekmektedir.

teminat defterinde yapılacak kayıtları ve silinme işlemlerini onaylayacaktır. Diğer taraftan, en az 15 günde bir kere olmak üzere, teminat konusu varlıkların teminat uyum ilkelerine uygun olup olmadığı da yine teminat sorumlusu tarafından incelenecek ve inceleme sonuçlarını yansıtan rapor, aynı süreçte ihraççıya sunulacaktır.

Teminat sorumlusu, teminat uyum ilkelerine uygunluğa ilişkin incelemeleri sırasında, Kanun ve Tebliğ hükümlerine aykırılık tespit eder veya İTMK sahiplerinin haklarını tehlikeye sokabilecek herhangi bir bulguya rastlar ise, bu durumları hemen SPK'na bildirmelidir. İhraççının kendisini hatalı bilgilendirildiğini tespit eden teminat sorumlusu, derhal gerekli tedbirleri almak ve bu durumu SPK'na iletmekle yükümlüdür.

Teminat sorumlusunun, teminat konusu varlıkların teminat defterinden silinmesine ilişkin incelemelerini, üçer aylık dönemler halinde SPK'na rapor etmesi gerekmektedir.

Tebliğ'de ayrıntılı olarak belirlenen bu görevlerin yanı sıra, SPK'nun teminat sorumlusuna yeni görevler yüklemesi de mümkündür.

SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 13 / f. 3 hükmü uyarınca, teminat sorumlusu ve onun temsilcileri, SPK'nun bağımsız denetim standartlarına ilişkin düzenlenmelerinde yer alan ilkelere uymak durumundadırlar. Bir başka ifade ile, teminat sorumlusu, görevlerini, SPK Seri X / 22 no'lu Tebliğ'in düzenlemiş olduğu bağımsız denetim standartlarına uygun olarak ifa edecektir.

Teminat sorumlusu görevlerini yerine getirirken, SerPK md. 13/A f. 12 ve SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 15 hükümleri uyarınca, ihraççıdan ve gerekli görülen durumlarda tapu sicil müdürlüklerinden, ipotekli krediler, ikame varlıklar veya türev sözleşmelere ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi istemeye, ilgili kayıtları incelemeye ve çalışanlardan bilgi almaya yetkilidir¹⁴. Böylelikle, SPK Bağımsız Denetim

¹⁴ SerPK md. 13/A f. 12 düzenlemesi uyarınca, ihraççı ve tapu sicil müdürlükleri teminat sorumlusunun bu çerçevede talep ettiği bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. Teminat sorumlusu,

Tebliğ’nde bağımsız denetim sözleşmesinin içinde yer alması gerekli unsurlardan biri olarak öngörülen, bağımsız denetçinin (burada teminat sorumlusu) gerekli bilgi ve belgelere erişim hakkı, herhangi bir keyfiliğe yer verilmemek adına, kanun tarafından güvenceye alınmıştır.

Özellikle teminat konusu varlıkların büyük bölümünün ipotek ile teminat altına alınmış alacaklar olduğu dikkate alınır, teminat sorumlusunun ipoteklere ilişkin tescilleri incelemesinin önemi anlaşılabacaktır. Tapu sicili kamuya açık olmakla birlikte, ancak hukuken korunmaya layık ilgisi olduğuna inanılan kişilerin, kamuya açıklık ilkesi çerçevesinde, tapu sicilinde inceleme yapabilmesi mümkündür¹⁵. Teminat sorumlusu açısından bu ilginin SerPK md. 13/A f. 12 hükmü ile tesis edilmiş olduğu söylenebilir.

D. İhraççı ile Teminat Sorumlusu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Teminat sorumlusu, bağımsız denetim sözleşmesinde, fikrî güç ve emeği ile, başkası (hem ihraççı, hem de İTMK sahipleri ve teminat havuzundaki türev sözleşmelerin karşı tarafları) menfaatine (SerPK md. 13/A ve SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ hükümlerindeki esaslar doğrultusunda) faaliyette, bir başka deyişle iş görme ediminde bulunmayı taahhüt etmektedir¹⁶. İş görme sözleşmeleri olarak gruplandırılan hizmet, vekâlet ve eser sözleşmelerinin tümünde, taraflardan birinin edimini iş görme teşkil etmektedir. Yükümlenilen iş görme ediminin hangi sözleşmenin konusunu teşkil ettiğinin belirlenmesi, bağımsız denetim kuruluşu olan teminat sorumlusunun, sorumluluk esaslarının tespiti açısından önem arz etmektedir.

talep ettiği bilgi ve belgelere ulaşmasının engellendiği hallerde, durumu derhal Sermaye Piyasası Kurulu’na bildirecektir.

¹⁵ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 135.

¹⁶ İş görme edimine ilişkin olarak bkz. Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, Beşir Kitapevi, İstanbul, 2004, s. 7. İş görme ediminin ferde yapılan edim olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 102.

Teminat sorumlusu ile ihraççı arasında, BK md. 313 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan hizmet sözleşmesi çerçevesinde bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı açıktır. Zira, hizmet sözleşmesinin konusu, işçinin, işverenin maddi ya da fiokr bir ihtiyacını gidermek amacıyla, ona karşı bir hizmet edimi vaad etmesi ya da bir hizmet görmesi olmakla birlikte, işçinin hizmet edimini ifa etmesi, işverene bağımlılık ilişkisi ve onun direktifleri altında gerçekleştirilmelidir¹⁷. Teminat sorumlusunun ise, ihraççının direktiflerinden tamamen bağımsız olması ve değerlendirmelerinde de, tarafsız iş etiğı kuralları ile bağılı olması gerekmektedir¹⁸. Bu itibarla, ihraççı ile teminat sorumlusu arasındaki ilişkinin, hizmet sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır¹⁹.

Teminat sorumlusunun yukarıda saydığımız, farklı nitelikte işgörme edimlerinin varlığını sonuçlayan görevleri, vekâlet sözleşmesi penceresinden de değerlendirilmelidir. Vekâlet sözleşmesinin konusunu, belirli bir işin yönetilmesi ya da müvekkil lehine genel faaliyette bulunma veya müvekkilce arzu edilen belirli sonuca ulaşılması için, amaca uygun faaliyetin gerçekleştirilmesi teşkil edebilir²⁰. Hedeflenen sonuca ulaşılması için amaca uygun olarak yürütölen faaliyetlerin sonucunun, belirli ölçüde de olsa maddilik kazanmasının gerekli olmadığı sözleşme ilişkilerinde, borçlu sadece amaca uygun faaliyette bulunma taahhüdü altındadır²¹. Buna göre borçlunun sorumluluğı, özenli iş görme ile sınırlı olup, bir sonuç borcu

¹⁷ Yavuz, ÖBİ , s. 438.

¹⁸ Alman hukukunda da, rehinli tahvil ihraçcısı ile tahvillerin teminatını teşkil eden varlıkların gözetimi ile sorumlu “treuhander” arasında bir hizmet ilişkisi bulunmadığına ilişkin olarak bkz. Arkadiusz Wudarski, **Der Pfandbrief und sein Treuhaender**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006, s. 379.

¹⁹ Bağımsız denetçi ve müşteri arasındaki bağımsız denetim sözleşmesine ilişkin aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Çelik, s. 68-69.

²⁰ Vekâlet sözleşmesinin unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, s. 356 vd; Yavuz, ÖBİ, s. 609 vd. Vekâlet sözleşmesinin konusuna ilişkin açıklamalar için bkz. Sarı, **Vekalet Sözleşmesi**, s. 13.

²¹ Sarı, **Vekâlet Sözleşmesi**, s. 14.

söz konusu değildir. Bu bağlamda, taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Teminat sorumlusu, kayıtların uygun tutulmasına nezaret, teminat defterine eklenecek ve çıkarılacak varlıklara ilişkin gereken incelemeleri yürütmek ve onaylamak, teminat konusu varlıklarla ilgili düzenlemelere aykırılıkları takip etmek görevlerini yerine getirirken, fikrî emeği ile iş görme faaliyetinde bulunacaktır. Teminat sorumlusunun bu faaliyetleri, vekâlet sözleşmesine ilişkin bir önceki paragrafta yer alan belirlemeler doğrultusunda değerlendirildiğinde, arzu edilen sonuca ulaşmak için amaca uygun faaliyetin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bir başka ifade ile, belirli sonuca yönelmiş somut bir edim sonucu bulunmamaktadır.

O halde, teminat sorumlusunun bu görevleri bakımından vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecek nitelikte iş gördüğü ve sorumluluğunun özenli iş görme ile sınırlı olacağı söylenebilir.

Diğer taraftan teminat sorumlusu, hem ihraççının hem de İTMK alacaklılarının lehine iş görmektedir. İş görmenin başkasının menfaatine uygun olarak yapılması, vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurudur²². Bu açıdan değerlendirdiğinde de, teminat sorumlusunun iş görme edimi menfaat kriteri açısından vekâlet sözleşmesine yaklaşmaktadır²³.

²² Yavuz, **ÖBİ**, s. 614 vd.; Aral, **Borçlar Hukuku**, s. 392; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. II, s. 360 vd.

²³ BK md. 396 uyarınca, vekâlet sözleşmesinin, tarafların tek taraflı iradesi ile sonra ermesi mümkündür. Teminat sorumlusu ile ihraççı arasında akdedilen bağımsız denetim sözleşmesi açısından, sözleşmeye taraf olmayan SPK'na, SerPK md. 13/A f. 10 hükmü ile, İTMK sahiplerinin haklarının korunması amacıyla teminat sorumlusunun değiştirilmesini isteme veya teminat sorumlusunu re'sen değiştirerek, yeni bir teminat sorumlusu atama yetkisi verildiği görülmektedir. Sözleşme ilişkisine idarenin müdahalesi anlamına gelen bu düzenleme irdelenmelidir. Düzenlemede, idarenin özel hukuk ilişkisine müdahalesinin sınırları net olarak ortaya koyulmuş değildir. İdarenin özel hukuk ilişkisine müdahalesi ancak hizmet gerekleri ile açıklanabilir ve hangi sınırlar içinde söz konusu olabileceği de belirli olmalıdır. Bu çerçevede, AYM'nin 4628 Sayılı "Elektrik Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 1. maddesinin, AY'nın 2. ve 48. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada vermiş olduğu iptal kararı dikkat çekicidir. İptal isteminin konusunu teşkil eden Kanun'un birinci maddesiyle idareye tanınan özel hukuk sözleşmesini sona erdirmeye yetkisi, AYM tarafından AY'nın 2. ve 48. maddelerine aykırı bulunmuştur. AYM, kararını şöyle kaleme almıştır: "Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde

Teminat sorumlusunun bir diğer iş görme edimi ise, teminat konusu varlıkların uyum ilkelerine uygunluğunu inceleme ve on beş günde bir ihraççıya rapor etme görevini ifa etmeye ilişkindir. Teminat sorumlusu, fikrî emek ile incelemeleri gerçekleştirecek ve inceleme sonuçlarını rapor olarak ihraççıya sunacaktır. Bir başka deyişle, teminat sorumlusunun inceleme yapması (edim fiili) ve bu incelemelerini raporlandırması (edim sonucu) hedeflenmektedir²⁴. Bu noktada, teminat sorumlusunun ediminin eser sözleşmesinin mi, yoksa vekâlet sözleşmesinin mi konusunu teşkil ettiğinin saptanabilmesi, hazırlanacak raporun “eser” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ile ilişkilidir.

Eser, önceden objektif ve net bir şekilde tespit edilebilen ve tamamlanmasından sonra da bu tespiti uygulugu kontrol edilebilen sonuçlar olarak tanımlanmaktadır²⁵. Teminat sorumlusu, inceleme faaliyetlerini gereği gibi yürütecek ve teminat havuzunun muhafazasında, belirlenmiş kriterlere uygunluk bulunup bulunmadığını rapor edecektir. Teminat sorumlusunun, doğrudan maddi varlığı bulunmasa dahi, belirlenenleri rapor etmeye yönelik olan bu taahhüdünün “fikrî eser sözleşmesi” kavramı²⁶ çerçevesinde değerlendirilmesi ve hazırlanan raporun da “eser” olarak kabul edilmesi mümkündür. Ayrıca eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümler gereği iş

sona ereceğine sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. AY’nın 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir. Dava konusu kuralla, daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmeler kimi aşamalarda yeni koşullar öngörülerek değiştirilmekte ya da tümüyle sona erdirilmektedir. Açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi, AY’nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” AYM’nin 13.02.2002 T. / 2001-389 E. / 2002-29 K. Sayılı Kararı. RG Tarihi: 18.04.2002, RG Sayısı: 24730. Bu çerçevede SPK’nun bağımsız denetim sözleşmesine müdahalesine gerek olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Ayrıca karşı. Bölüm IV / II / B kısmında yer alan açıklamalarımız.

²⁴ Edim fiili ve edim sonucu kavramları arasındaki ayırımı ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sarı, **Vekâlet Sözleşmesi**, s. 11 vd.

²⁵ Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı, İstanbul, 1989, s. 7; Sarı, **Vekâlet Sözleşmesi**, s. 11; Yavuz, **ÖBİ**, s. 493;

²⁶ Fikrî eser sözleşmesi (Geist-Werkvertrag) kavramı çerçevesinde, maddi olmayan varlıkları da eser olarak kabul eden görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, s. 5 vd.; Sarı, **Vekâlet Sözleşmesi**, s. 12-13; Aral, **Borçlar Hukuku**, s. 318.

görme sonucunun belirli ölçüde de olsa maddilik kazanması gereği de²⁷, raporun bir kağıt üzerinde ya da elektronik ortamda somutlaşması ile sağlanmış olacaktır. Diğer taraftan Yargıtay'ın, fizibilite raporu hazırlanmasının yükümlenildiği iş görme sözleşmesini eser sözleşmesi olarak nitelendirmiş olduğu da, bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulmalıdır²⁸.

O halde, teminat sorumlusu ile ihraççı arasındaki ilişki, ihraççıya ve SPK'na sunulacak rapor bakımından eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecek nitelikte bir iş görme borcu barındırmaktadır. Bu görevler açısından teminat sorumlusunun sorumluluğu, sonucun gereği gibi gerçekleştirilmiş olup olmadığına göre belirlenecektir.

Bu açıklamalar ışığında, bağımsız denetim sözleşmesi, kısmen vekâlet ve kısmen eser sözleşmelerinin unsurlarını taşımakla birlikte, kısmen ise kanunda öngörülmüş iş görme sözleşmelerinden hiçbirinde mevcut olmayan unsurları da ihtiva ettiklerinden, kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir²⁹.

E. Teminat Sorumlusunun Hukuki Sorumluluğu

1. Genel Bakış

SerPK md. 13/A'da teminat sorumlusunun sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 13 f. 2 ise, şu şekilde kaleme alınmıştır: “Kurul, Kanunun 13/A maddesi uyarınca teminat sorumlusu veya temsilci olmak için gereken şartları kaybeden veya Kanun ve bu Tebliğ ile kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesinde ihmali veya kusuru bulunan teminat sorumlusu veya

²⁷ Sarı, **Vekâlet Sözleşmesi**, s. 14. Yaratılan sonucun, bağımsız bir hukuki varlık olarak bir bütün oluşturma gerektiği hakkında bkz. Aydın Zevkliler / Ayşe Havutçu, **Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş - Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 305. Objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi olan veya olmayan sonucun meydana getirilmesinin eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağı hakkında bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 4.

²⁸ Yarg. 15. HD. 20.06.1978 T. / 644 E. / 640 K. Bkz. Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku, C. 6**, İstanbul, 1992, s. 41.

²⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Çelik, s. 74.

temsilcisinin değiştirilmesini istemeye veya re'sen değiştirmeye yetkilidir". Hüküm, teminat sorumlusunun, SerPK'nu ve ilgili Tebliğ'de belirlenen görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi hallerinde, hangi esaslara göre sorumlu tutulabileceğini belirtmemiştir. Sadece SPK'na, bazı hallerde, teminat sorumlusunun değiştirilmesini isteme ya da onu re'sen değiştirme yetkisi verilmiştir. Bu halleri ifade etmek üzere, hükümde kullanılan "görevlerini yerine getirmede ihmali veya kusuru bulunması" ifadesi değerlendirilmelidir. Hükümde ifade edilmek istenilen, görevlerin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesidir. Bu davranış biçimini ifade etmek yerine, davranışın kusur derecesinin³⁰ vurgulanması doğru olmamıştır.

Diğer taraftan, hükümdeki re'sen değiştirme yetkisi, teminat sorumlusu olarak görev alacak yeni bağımsız denetim kuruluşunun seçiminin SPK tarafından yapılacağı anlamındadır³¹. Evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere, seçimin SPK tarafından yapıldığı hallerde dahi teminat sorumlusu olarak görev yapacak bağımsız denetim kuruluşu ile ihraççı arasında bağımsız denetim sözleşmesi kurulması gerekecektir³².

Teminat sorumlusu bir bağımsız denetim kuruluşudur. Bağımsız denetim kuruluşlarının hukuki sorumluluğunun kanuni dayanağını SerPK md. 16 f. 4 teşkil etmektedir. Bu düzenlemeye göre; bağımsız denetleme kuruluşları, denetledikleri mali tablo ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları rapordaki yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumludurlar³³. Bu düzenleme hukuki sorumluluğun varlığını açıkça ifade etmiş olmakla birlikte, hukuki

³⁰ "Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmal)". Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 526. Kast ve ihmal ayırımı için ayrıca bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 493; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 73. Kaldı ki hükümde kusurun derecesi vurgulanmak istense idi dahi, kusur ve ihmal kelimelerinin bir arada kullanılması isabetli olmayacaktı. Bir davranışın kusur derecesini, kast ve ihmal kavramları belirlemektedir.

³¹ SPK'nun, bir özel hukuk sözleşmesi olan bağımsız denetim sözleşmesini feshetme yönünde yetkilendirilmiş olmasına ilişkin eleştirilerimiz için bkz. Bölüm IV / II / B.

³² Karş. Bölüm IV / II / B kısmında yer alan açıklamalarımız.

³³ Bağımsız denetim kuruluşlarının hukuki sorumlulukları dışında cezai ve idari sorumlulukları da bulunmaktadır. Örneğin, SPK tarafından bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesinden çıkarılma gibi yaptırımlar idari sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmelidir. Biz burada sadece hukuki sorumluluğa değineceğiz.

sorumluluğun esasları bakımından ayrıntı içermemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, hukuki sorumluluğun sadece, bağımsız denetim raporundaki yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler sebebiyle söz konusu olacağının belirtilmiş olduğudur. Bağımsız denetim raporunun yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler içermesi, çoğu halde bağımsız denetimin ilgili standartlara ve ilkelere uygun yapılmamasından kaynaklanacağından³⁴, bu düzenlemeyi, bağımsız denetimin usulüne uygun gerçekleştirilmemesinden kaynaklanan bir sorumluluk hükmü olarak kabul etmek amaca uygun olur³⁵.

Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik³⁶ md. 18 / f. 3 hükmünde de, bağımsız denetleme nedeniyle doğacak zararların hukuki sorumluluğunun, bağımsız denetleme kuruluşuna ait olacağının belirtilmesi ile yetinildiği görülmektedir.

Bağımsız denetim kuruluşlarının hukuki sorumluluğu, SPK Seri X / 22 no’lu Tebliğ ile biraz daha detaylı olarak ele alınmıştır. SPK Seri X / 22 no’lu Tebliğ’in ikinci kısmında yer alan, bağımsız denetim kuruluşu ve bağımsız denetim raporunu imzalayanların hukuki sorumluluğuna ilişkin 29. maddedenin ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır: “Bağımsız denetimin, bağımsız denetim standartlarına uygun yapılmaması nedeniyle, müşteri ve üçüncü şahıslara karşı doğacak zararlardan, genel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bağımsız denetim kuruluşu ile birlikte bağımsız denetim raporunu imzalayanlar müteselsilen sorumludur”.

SPK Seri X / 22 No’lu Tebliğ md. 29 / f. 1 hükmü çerçevesinde, bağımsız denetim kuruluşu olan teminat sorumlusu, ihraççı ve üçüncü şahısların, bağımsız denetim standartlarına uygun olmadan yapılan bağımsız denetim sebebiyle uğradıkları zararları tazmin yükümlülüğü altında olacaktır. Ancak hükümde, üçüncü şahısların kimler olduğu, dahası bu sorumlulukların dayanağı hususlarında yine bir açıklık

³⁴ Bağımsız denetim raporunun yazılı hale getirilerek somutlaştırılması aşamasında gerçekleşebilecek yazım hataları gibi sadece şekli nitelikteki yanlışlık ve aksaklıklar bu hallere istisna teşkil edecektir.

³⁵ Aynı görüşte Çelik, s. 130 ve özellikle aynı sayfada dipnot 27.

³⁶ Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik, 13.12.1987 T. ve 19663 Sayılı RG’de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

sağlanmamıştır. Sorumluluğun dayandığı esasları ortaya koyabilmek için, değerlendirmelerin, bağımsız denetim kuruluşunun İTMK ihraççısına karşı olan sorumluluğu ve üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu olmak üzere, ikili bir ayırım çerçevesinde yürütülmesi isabetli olacaktır.

2. Teminat Sorumlusunun İhraççıya Karşı Hukuki Sorumluluğu

Öncelikle SPK Seri X / 22 No’lu Tebliğ md. 29 / f. 1 hükmünde geçen “genel hükümler saklı kalmak kaydıyla” ifadesinin “genel hükümler çerçevesinde” olarak anlaşılması gerektiği belirtilmelidir. Bu bağlamda, teminat sorumlusunun ihraççıya karşı olan sorumluluğu, aralarındaki bağımsız denetim sözleşmesinden kaynaklanan bir sorumluluktur³⁷.

Kendisine özgü yapısı olan sözleşmelere, nitelikleri elverdiği ölçüde, benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁸. Kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirdiğimiz³⁹ bağımsız denetim sözleşmesi çerçevesinde, teminat sorumlusunun fikrî emeğe dayalı faaliyetleri yukarıda belirttiğimiz üzere, BK md. 386’da tanımlanmış olan vekâlet sözleşmesine benzerlik göstermektedir. BK md. 390 hükmü ilk fıkrasında, vekilin sorumluluğuna ilişkin olarak işçinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere yollama yapmıştır. Bu yollama ile uygulanacak BK md. 321 hükmü uyarınca vekil, özen yükümü altında kabul

³⁷ İhraççının, genel hükümler çerçevesinde, haksız fiil hükümlerine dayanması önünde de bir engel bulunmamaktadır. BK md. 41 / f. 1 hükmü, haksız fiil sorumluluğunun doğumu için dört unsurun varlığının ispatlanmasını gerekli görmektedir. Bu unsurlar, hukuka aykırı bir davranış, kusur, zarar ve uygun nedensellik bağıdır. Bu şartların varlığının ispatlanması halinde, ihraççı, zararının haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde giderimini isteyebilecektir. Sorumluluğun hem sözleşmeye aykırılığa, hem de haksız fiile dayandırılabilirdiği durumlarda, sorumlulukların yarışması söz konusu olacaktır. Ancak, alacaklı açısından, borçluyu, borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutmak, özellikle ispat yükü ve zamanaşımı süreleri bakımlarından, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmaktan çoğu kez daha elverişli olmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu ile borca aykırılıktan sorumluluğun farklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 379 vd. Bu itibarla incelemelerimiz, teminat sorumlusunun, ihraççı ile aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanılarak sorumlu tutulması esası üzerinde yoğunlaştırılmıştır.

³⁸ Yavuz, **ÖBİ**, s. 24; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. I / 1, s. 13; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İkinci Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s. 73; Zevkililer / Havutçu, s. 37.

³⁹ Karş. Bölüm IV / II / D kısmında yer alan açıklamalarımız.

edilecektir⁴⁰. BK 390 hükmünün ikinci fıkrasında ise, vekilin müvekkile karşı vekâleti, iyi bir şekilde ifa ile yükümlü olduğu düzenlenmiştir. BK md. 390 f. 1 ve 2’de yer alan yükümlülüklerin, genel bir sorumluluk ve özen ölçüsü hükmü olarak, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen herhangi bir sözleşme tipine girmeyen her iş görme sözleşmesi için, BK md. 386 / f. 2 gereğince zorunlu bir uygulamaya sahip olacağı kabul edilmektedir⁴¹. Bu belirlemeler doğrultusunda teminat sorumlusu, fikrî emeği ile iş görmesi esnasında, BK md. 390 / f. 1 ve 2 hükümleri uyarınca özen borcu altında olacaktır. Özen borcunun konusu, sözleşme ile üstlenilen sonuca ulaşılması için gerekli girişim ve davranışlarda bulunulması olup, sonucun elde edilmesini engelleyecek davranışlardan kaçınılmasını da kapsamaktadır⁴². Bu bağlamda özen borcu, dürüstlük kuralının iş görmeyi amaç edinen sözleşmelerdeki görünümü olarak nitelendirilmektedir⁴³. O halde teminat sorumlusu, üstlendiği iş görmenin gereği gibi gerçekleşmesi için, hayat tecrübeleri ve işlerin olağan akışının gerektirdiği girişimlerde bulunmalı, sonucun gerçekleşmesini engelleyecek her tür davranış ve girişimden kaçınmalıdır. Teminat sorumlusu bu yükümlülükler aykırı davranır ve sonuç da gerçekleşmez ise, sonucun gerçekleşmemesinden değil ve fakat özensiz davranışının sonuçlarından borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Kural olarak her tür sorumluluğun şartı olan kusurun varlığı, teminat sorumlusunun sorumluluğu açısından, iş görme borcunun ifasında gerekli özenle davranıp davranmadığının incelenmesi neticesinde tespit edilmiş olacaktır.

Diğer taraftan teminat sorumlusunun fikrî faaliyetlerini raporlama biçiminde somutlaştırdığı haller de söz konusu olacaktır. Raporlama suretiyle sonuçlanan

⁴⁰ Vekâlet ve eser sözleşmeleri bakımından kanunda hizmet sözleşmesindeki işçinin özen yükümüne yollama yapılmış olmakla birlikte, hem vekilin, hem de müteahhidin işçiden daha ağır bir özen yükümü altında olduğunun kabul edildiği vurgulanmalıdır. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 54; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 411-412; Öz, s. 277.

⁴¹ Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 9; Mustafa Alper Gümüş, **Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, İstanbul, 2001, s. 19-20.

⁴² Veysel Başpınar, **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 135 vd.

⁴³ Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 136.

faaliyetlerinde de, teminat sorumlusunun fikrî edimi ön plandadır. Ancak, çalışmanın raporlama ile somutlaştırıldığı hallerde ihraççı, alacağı kararları raporda somutlaşan bilgiler üzerine inşaa edeceğinden, fikrî faaliyetin sonuçlarının, anlaşılır biçimde somutlaştırılmış olmasında menfaati bulunmaktadır. Bu bağlamda, sadece şekli nitelikteki hatalar (cisimlendirme hataları⁴⁴) açısından, eser sözleşmesine ilişkin BK md. 360 / f. 2 hükmünden kaynaklanan bir düzeltme talep edilebileceğinin kabulü, ihraççının yararına olacaktır. Ancak rapordaki ayıp, şekli nitelikte olmayıp, teminat sorumlusunun asli faaliyetine ilişkin ise, bu açıdan eser sözleşmesinin ayıp hükümlerinin uygulanması mümkün olmamalıdır⁴⁵. Zira, teminat sorumlusunun görevi, raporları doğru şekilde hazırlamak olup, fikrî edime, bir başka ifade ile değerlendirmeye ilişkin ayıpların bu kapsamda değerlendirilmesi, ihraççının yararına olmayacaktır⁴⁶. Doğru değerlendirme yapamamış teminat sorumlusu, bağımsız denetim sözleşmesinden kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır.

3. Teminat Sorumlusunun Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu

Teminat sorumlusunun, bağımsız denetim standartlarına uygun olmadan yaptığı bağımsız denetim sebebiyle üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulabilmesi, İTMK ihracına dayalı finansman sisteminin bütünü çerçevesinde özel önem arz etmektedir. Bu önem, teminat sorumlusunun bağımsız denetim sözleşmesi uyarınca yükümlendiği görevler tek tek değerlendirildiğinde, net olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁴ Raporun anlaşılır olarak düzenlenmiş olmaması, baskı kalitesinde yetersizlik olması, kararlaştırılan sayıda kopyanın teslim edilmemiş olması gibi haller bu çerçevede değerlendirilebilir. Bu haller, yönetim danışmanlığı sözleşmesi çerçevesinde düzenlenen mütalaa açısından söz konusu olabilecek şekli ayıplara örnek teşkil etmek üzere sayılmıştır. Bkz. Atilla Altop, **Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 71.

⁴⁵ Yönetim danışmanlığı sözleşmesinde, benzer olarak, yönetim danışmanı, fikrî çalışma ediminin cisimlendirilmesi ile de yükümlüdür. Danışmanın fikrî faaliyeti açısından, BK md. 359 vd. anlamında objektifleştirilmiş bir tekeffül kabul edilmemektedir. Ancak, danışmanın raporlama faaliyetine ilişkin şekli ayıpların söz konusu olduğu hallerde, BK 359 – 363 hükümleri arasında düzenlenmiş olan eser sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Altop, **Yönetim Danışmanlığı**, ss. 67-72, ss. 77-81.

⁴⁶ Değerlendirme hataları, birçok durumda uzun sayılabilecek bir zaman diliminde ortaya çıkacağından, eser sözleşmesine ilişkin kısa zamanaşımı süresine bağlamak, ihraççının menfaatleri açısından uygun olmayacaktır.

Teminat sorumlusu, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 14 hükmünde sayılan görevleri yerine getirme yükümlülüğü altındadır⁴⁷. Teminat sorumlusunun iş görme borçlarının gereği gibi ifa edilmesi, kendisi ile bağımsız denetim sözleşmesi kuran ihraççının olduğu kadar, İTMK yatırımcılarının da yararınadır. Ancak, teminat sorumlusunun, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 14 / f. 2 hükmü uyarınca yükümlendiği, bir varlığın teminat havuzundan çıkarılabilmesine onay verme borcu, doğrudan İTMK yatırımcılarının menfaatlerini korumaya yöneliktir. Bu borcun ihlali, ihraççı açısından değil, ancak yatırımcılar açısından bir zararın ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bir başka ifade ile, teminat sorumlusunun, esasen havuzdan çıkmaması gereken bir varlığın, teminat havuzundan çıkmasına onay vermesi halinde; söz konusu varlık halen ihraççının malvarlığı içinde yer almaya devam edeceğinden, ihraççının herhangi bir zararı söz konusu olmayacaktır. Bir varlık (alacak hakkı) teminat havuzunda iken, ihraççı, kendi malvarlığına dahil olmasına rağmen, SerPK md. 13/A f. 13 hükmünde yer alan kanuni temlik engeli sebebiyle, bu alacak hakkını temlik edememektedir. Varlığın, teminat sorumlusunun onayı ile havuzdan çıkarılması halinde artık temlik önünde de kanuni bir engel kalmayacağından, ihraççının alacağı temlik ederek malvarlığından çıkarması dahi mümkün olacaktır. Diğer taraftan, teminat havuzu olarak ifade ettiğimiz özel malvarlığını azaltan her davranış, İTMK’lerden kaynaklanan alacak haklarının teminat havuzunda yer alan değerlerden karşılanmasının gerekli olduğu hallerde, her bir yatırımcının İTMK’lerden kaynaklanan alacağı oranında durumunu etkileyecektir. Zira, teminat havuzunu oluşturan özel malvarlığındaki azalmalar, İTMK alacaklısı yatırımcıların başvurabileceği değerler bütününde azalma teşkil etmektedir. Bu gibi hallerde yatırımcılara da teminat sorumlusuna karşı bir talep hakkı bahşedilmesi, bir ihtiyaç olarak belirlemektedir. SPK Seri X / 22 No’lu Tebliğ md. 29 / f. 1 hükmünde yer alan, bağımsız denetim kuruluşunun, bağımsız denetimin usulüne uygun yürütülememesi sebebiyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan da sorumlu olacağına ilişkin düzenleme, bu ihtiyacın bir yansıması olarak nitelendirilebilir. Ancak, sorumluluğun hangi esaslar çerçevesinde değerlendirileceği açık olarak belirlenmelidir.

⁴⁷ Teminat sorumlusunun görevlerine ilişkin olarak bkz. Bölüm IV / II / C.

Öncelikle, yatırımcıların, haksız fiil sorumluluğuna dayanabilmelerinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir. BK md. 41 / f. 1 hükmü, haksız fiil sorumluluğunun doğumu için dört unsurun varlığının ispatlanmasını gerekli görmektedir. Bu unsurlar, hukuka aykırı bir davranış, kusur, zarar ve uygun nedensellik bağıdır. Teminat sorumlusunun mevzuata uygun olmayan denetim faaliyeti sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğramasına sebebiyet vermesi, haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından olan hukuka aykırılık bakımından değerlendirilmelidir. Bir mutlak hak ihlalinin bağımsız olarak gerçekleşen malvarlığı zararı, ancak bir koruma normunun ihlali sonucu gerçekleşmişse hukuka aykırıdır⁴⁸. Bir başka ifade ile, bir haksız fiilden yansıma yolu ile, mutlak hakkı ihlal edilmeksizin malvarlığı azalarak zarara uğrayanların, zararlarını faile tazmin ettirebilmeleri için, zarar ile fiil arasında illiyet bağı bulunmasının yanı sıra, fiille yansıma zarara uğrama olgusu arasında hukuka aykırılık bağının da tesisi edilmiş olması gerekmektedir⁴⁹. Bu çerçevede, teminat sorumlusunun denetim standartlarını ihlal etmesinin hukuka aykırılık teşkil edebilmesi için, denetim standartlarına ilişkin kuralların, zarar gören üçüncü kişilerin ekonomik menfaatlerini de korumaya yönelmiş olması gerekmektedir. Böylelikle somut olayda zarar gören üçüncü kişi, ihlal edilen hukuk kuralının koruma alanı içinde yer almış olacaktır. SerPK md. 16 / f. 4 hükmü, bağımsız denetim kuruluşunun, denetim standartlarına uygun olmayan denetim faaliyetleri sebebiyle, üçüncü kişilerin zarara uğraması ile standartlara uygun olmayan denetim faaliyetleri arasında hukuka aykırılık bağı tesis etmemiştir. Diğer taraftan, SPK Seri X / 22 No'lu Tebliğ'in 29. maddesinin ilk fıkrası hükmü, denetim faaliyetinin bağımsız denetim standartlarına uygun yapılmasına ilişkin kuralların koruma alanına, üçüncü kişileri de dahil etmiştir. Ancak düzenlemenin kanun değil tebliğ ile yapılmış olması,

⁴⁸ Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 30.

⁴⁹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 497-498. İhlal edilen normun koruma amacı ve hukuka aykırılık bağı teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 475 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 556 vd.

hukuka aykırılık bağının tesis edildiğinin kabulü için yeterli bulunmamaktadır⁵⁰. Bu belirlemeler çerçevesinde, üçüncü kişiler olarak kabul edilebilecek İTMK yatırımcılarının, standartlara uygun olmayan denetim sebebiyle uğradıkları zararlar için, haksız fiil hükümlerine dayanarak teminat sorumlusunun sorumluluğuna gidebilmeleri söz konusu olamayacaktır.

İTMK ihraççısı ile teminat sorumlusu arasındaki bağımsız denetim sözleşmesinin, teminat sorumlusunun havuzdan varlık çıkarılmasına onay verme borcu açısından, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Teminat sorumlusu, varlıkların teminat havuzundan çıkartılmasına onay verme görevi açısından, kendisi ile sözleşme yapan ihraççı lehine değil, üçüncü kişi konumundaki yatırımcı yararına iş görme borcu altındadır. Bir başka ifade ile, burada bağımsız denetim sözleşmesinin tarafları, sözleşmeye taraf olmayan yatırımcılar yararına bir edim kararlaştırmışlardır⁵¹. Borçlunun, edimi üçüncü kişi yararına yerine getirmeyi yükümlendiği ilişki, BK md. 111 hükmünde düzenlenmiştir. Hüküm, üçüncü kişi yararına sözleşmenin iki türünü birbirinden ayırmıştır. Ayırımında kullanılacak kıstas, BK md. 111 / f. 2 uyarınca, yararına sözleşme yapılan kimseye ifayı talep hakkının tanınmış olup olmadığıdır. Yararına sözleşme yapılan kimsenin, ifayı talep hakkı olduğu durumlarda tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur. Bu kimseye iş görmenin yerine getirilmesini talep hakkı tanınmamış ise, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme varolacaktır. Somut olayda tam üçüncü kişi yararına sözleşme mi, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme mi bulunduğu, BK md. 111 / f. 2 doğrultusunda belirlenecektir. Üçüncü kişinin ifayı

⁵⁰ Yrg. HGK'nun 19.4.2000 T. / 2000/4-781 E. / 2000/793 K. sayılı Kararında, objektif sorumluluk ilkelerine dayanarak Hazine'nin sorumluluğuna başvurulması için, bu konuya ilişkin bir kanun hükmü ile Hazine'nin sorumluluğunun kabul edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com , Erişim Tarihi: 01.11.2008.

⁵¹ Üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafının, sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişi yararına bir edim kararlaştırdığı hakkında bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 218; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, **Borçlar Hukuku**, s. 819; Kocayusufoğlu, s. 21; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1095.

talep hakkı, açık bir kanun hükmüne, tarafların buna ilişkin açık kabulüne, tarafların bu iradelerinin yorumuna ve nihayet bu yöndeki örf ve adete⁵² dayanabilecektir⁵³.

Teminat sorumlusunun, varlıkların havuzdan çıkarılmasına onay vermeye ilişkin edimini, yatırımcılar yararına yerine getireceğini düzenleyen açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bağımsız denetim sözleşmesinde de bu hususta bir açıklık bulunmasa ve hatta tarafları iradelerinin yorumu yolu ile de bu sonuca ulaşılmasa bile, İTMK ihracına dayalı finansman sisteminin yapısı gereği, yatırımcılara ifayı talep hakkının, örf ve adete dayalı olarak tanınmış olduğu kabul edilebilir. Bir başka deyişle bağımsız denetim sözleşmesinin, bu bağlamda, tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu söylenebilir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, yararına sözleşme yapılan, kendisine tanınmış olan ifayı talep hakkına bağlı olarak, borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğrayacağı zararın tazminini de vaadedenden isteyebilecektir⁵⁴. Bu suretle, yatırımcılar, kendilerine tanınmış olan ifayı talep hakkına bağlı olarak, varlıkların teminat havuzundan çıkarılmasına onay verme borcunun gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle uğrayacakları zararın tazminini de, teminat sorumlusundan talep edebilmelidirler. Burada, uğranılan zararların tazmin edilmesi talebinin hukuki dayanağı, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilebilecek olan bağımsız denetim sözleşmesine aykırılıktır.

Bir teminat sorumlusu karşısında binlerce yatırımcının bulunması, talep edilen zararın giderilmesine ilişkin olarak, uygulamada zorluklara sebep olabilecek niteliktedir. Teminat sorumlusunun, denetim faaliyeti neticesinde sebep olduğu zararın tazminine ilişkin borcu, mahiyeti itibariyle bölünmeye elverişli olmayan bir borçtur. Zira, konusu itibariyle aynı olan birden çok kısmi edimlere bölünmesi,

⁵² Buradaki örf ve adetin, örf adet hukuku olarak değil, iş hayatındaki adet ve alışkanlıklar olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 221; Kocayusufoğlu, s. 20.

⁵³ Üçüncü kişi yararına tam sözleşme ve üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ayırımında dikkate alınacak esaslara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 220; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 821 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1098 vd.; Şener Akyol, **Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 21 vd.

⁵⁴ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 833.

edimin değerinde esaslı bir azalmaya sebep olacaktır⁵⁵. Bölünemeyen borcun alacaklısı birden çoksa, BK md. 69 hükmü çerçevesinde, alacaklılardan her biri borcun ifa edilmesini isteyebilecek, ancak borçlu, sadece o alacaklıya yapacağı ifa ile borçtan kurtulamayacaktır⁵⁶. Bölünemeyen borcun alacaklılarından her biri ifayı talep edebilirse de, bu ifanın kendisine yapılmasını istemek hakkı bulunmamaktadır⁵⁷. O halde, borçlunun borcundan kurtulması için ifanın alacaklıların tümüne birden yapılması gerekir.

Bu bağlamda yatırımcıların, açtıkları davada, tazminatın kendilerine değil, doğrudan teminat havuzuna girecek şekilde ödenmesini talep etmeleri düşünülebilir⁵⁸. Ancak teminat havuzu, tüzel kişiliği haiz olmayıp, ihraççının malvarlığı içinde özel bir malvarlığıdır. Bu bağlamda, yapılacak ödemenin ihraççıya yapılması söz konusu olacaktır. Ancak, yatırımcıların zararının tazmin edildiğinden bahsedebilmek için, ihraççıya yapılan ödemenin, teminat havuzuna dahil edilmesinin sağlanması gerekir. Teminat sorumlusu karşısında, yatırımcılara talep hakkı tanınmasına ilişkin önerilerimizde, aksayan yönler bulunduğu görölmektedir. Bu itibarla, yatırımcılar açısından ihtiyaç konusu olacak talep hakkının, SerPK ile açık bir kanuni düzenlemeye kavuşturulması, amaca en uygun çözüm olarak görönmektedir.

4. Bağımsız Denetim Kuruluşunun Temsilcilerinin Bağımsız Denetim Kuruluşu ile Müteselsilen Sorumlu Olması

SPK Seri X / 22 no'lu Tebliğ md. 29 / f. 1 hükmünde, bağımsız denetim standartlarına uygun yürütölmeyen bağımsız denetim faaliyeti nedeniyle zarara

⁵⁵ Bölünemez nitelikteki edimlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 229; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 11; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 101.

⁵⁶ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 229.

⁵⁷ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 230; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1168.

⁵⁸ Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak, TTK md. 340 yollaması ile TTK md. 309 hükmü çerçevesinde ortaklar ve alacaklılara tanınan dava hakkı, dava neticesinde hükmolunacak tazminatın ortaklığa verilmesinin talep edilmesi şartına bağlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, s. 342. Burada, anonim ortaklık tüzel kişi niteliğini haiz olduğundan, tazminatın ortaklığa verilmesi mümkündür.

uğrayacak müşteri ve üçüncü şahıslara karşı, bağımsız denetim kuruluşu ile bağımsız denetim raporunu imzalayanların müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Hükümde geçen, bağımsız denetim raporunu imzalayanlar ifadesi burada, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 13 hükmünde belirtilen özellikleri haiz olan ve bağımsız denetim kuruluşu tarafından temsilci olarak atanan kişileri karşılamaktadır.

Müteselsil borç ilişkisi, birden fazla borçlunun, bir veya birden fazla alacaklıya karşı edimin tümünden sorumlu olduğu ve bu borçlulardan birinin veya birkaçının ifası ile ifa edilen miktarda diğerlerinin de borçtan kurtulabildiği borç ilişkisidir⁵⁹. Bağımsız denetim faaliyetinin sermaye piyasası mevzuatınca belirlenen standartlara uygun yürütülmemesi sebebiyle doğan zararlardan sorumlu olacak bağımsız denetim kuruluşu ve bağımsız denetim kuruluşunun temsilcileri arasında SPK Seri X / 22 no’lu Tebliğ düzenlemesi ile müteselsil borç ilişkisi tesis edilmek istenmiştir. Hukuki işlemde kaynaklanan bir müteselsil borçluluk söz konusu olmadığında, birden fazla kimselerin müteselsilen sorumlu olabilmesi, BK md. 141 / f. 2 hükmü uyarınca, ancak kanun hükmünün bulunması halinde söz konusu olabilecektir⁶⁰. Bu itibarla, SerPK md. 16 / f. 4 hükmünde, sadece bağımsız denetim kuruluşunun sorumluluğu düzenlenmiş iken, SPK Seri X / 22 no’lu Tebliğ ile bağımsız denetim kuruluşunun temsilcilerine de müteselsilen sorumluluk ihdas edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklılar, sadece teminat sorumlusu bağımsız denetim kuruluşuna

⁵⁹ Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 839; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 285; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1152; Murat Canyürek, **Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 11.

⁶⁰ Kanundan doğan teselsüle ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 845; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 294; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1156; Canyürek, s. 21. Yrg. HGK’nun 4.7.2007 T. 2007 – 10-433 E. / 2007/455 K. Sayılı Kararında; müteselsil borçluluğun, alacaklının, borcun tamamının ifasını birden çok borçludan ve dilediğinden isteyebildiği, borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların hepsinin sorumlu olduğu bir borç ilişkisi olduğu belirtilmiştir. Kararda daha sonra, BK md. 141 / f. 2 hükmünde yer verilen kanuni teselsülün, müteselsil borçluluğun doğrudan doğruya bir kanun hükmüne dayandığı, bizzat yasa koyucunun öngördüğü borçluluk hali olduğu; teselsülün, ancak kanunun öngördüğü durumlarda söz konusu olabileceği vurgulanmıştır. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.11.2008.

başvurabilecektir. Bağımsız denetim kuruluşunun, aralarındaki iç ilişki çerçevesinde temsilcilerine rücu edebilmesi hususu ise ayrı değerlendirilmelidir.

III. Teminat Defteri

A. Kavram

Türk Hukuku'nda, İTMK'lerin karşılığını teşkil etmeye elverişli varlıkların, İTMK'ler itfa edinceye kadar, SerPK'nun öngördüğü esas ve usuller çerçevesinde İTMK alacaklılarının tatminine hizmet edebilmesi için öncelikle belirli hale getirilmeleri gerekmektedir. Böylelikle;

- İTMK sahiplerinin İTMK'lerden kaynaklanan alacak haklarının;
- SerPK md. 13/A f. 15 hükmünde öncelikli alacaklı olarak belirtilmiş olan, teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin karşı taraflarının bu sözleşmelerden kaynaklanan alacak haklarının;
- SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 29 f. 3 uyarınca ihraççının ihraççı niteliğini kaybetmesi halinde atanacak idarecinin hizmetleri karşılığında hak edeceği ücret alacağı hakkının;

gerekli hallerde hangi varlıklardan karşılanacağı netleşmiş olacaktır.

Mukayeseli hukuktaki duruma bakıldığında, İtalya ve İspanya dışındaki tüm Avrupa Birliği üyesi ülke düzenlemelerinde, teminat konusu varlıkların ayrı bir sicile kaydedilmek suretiyle izlenmesinin öngörülmüş olduğu tespit edilmektedir⁶¹.

İsviçre hukukunda da hem rehinli tahvil merkezlerine üye olan bankalar, hem de rehinli tahvil merkezleri, teminat konusu varlıkları belirli hale getirmek amacıyla teminat sicili tutmaktadır. Bu sicilde, rehinli tahvil merkezlerinin üye bankalara kullandırmış olduğu ödünçler kayıtlıdır. Bu anlamda, merkezin rehin siciline yapılan kayıtlar, kanunen (PfG md. 18) üye banka sicilindeki karşılıklarla doğrudan

⁶¹ Stöcker, **Funding of Mortgages**, s. 24; ECBC Technical Questionnaires (İlgili Ülke Raporları).

bağlantılı olup, tahvil alacaklıları sonunda, taşınmaz rehninin teminatından yararlanmaktadırlar⁶². PfG md. 27 hükmü doğrultusunda, tahvil alacaklılarının rehin hakkından kaynaklanan öncelik hakkı da, ancak rehinli tahvil merkezinin iflası halinde kullanılabilecek niteliktedir.

Türk Hukuku çerçevesinde SerPK md. 13/A f. 2’de, teminat havuzuna dahil edilen varlıklara ilişkin kayıtların tutulması usul ve esaslarının, BDDK’nun uygun görüşü alınmak suretiyle, SPK tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca SPK’nun, yine BDDK’nun görüşünü almak suretiyle, söz konusu kayıtların ihraççının yanı sıra, ayrı bir kayıt kuruluşu nezdinde de tutulmasını zorunlu kılabilceği belirtilmiştir.

Bu düzenleme çerçevesinde yapılacak belirleme; İTMK’lere karşılık teşkil edecek varlıklara ilişkin kayıtların, ihraççının bünyesinde –belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde- tutulmasının zorunlu olduğu, ancak buna ek olarak söz konusu kayıtların ayrı bir kayıt kuruluşu tarafından tutulması zorunluluğunun getirilmesinin de mümkün olduğudur.

Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri III / 33 no’lu Tebliği’nin 8. maddesi, İTMK’lerin karşılığını teşkil eden varlıkların belirli hale getirilmesi amacına hizmet eden çeşitli kayıtlar bütünü “teminat defteri” olarak nitelendirmiş ve teminat defterinin ihraççı tarafından tutulacağını belirtmiştir. Aynı hüküm teminat defterini, “teminat (konusu) varlıkların⁶³ ihraççının diğer malvarlığından ayrıştırılması (gerektiğinde ayrılabilir hale getirilmesi) amacıyla yazılı ve/ya elektronik olarak takip edildiği kayıt sistemi” olarak tanımlamıştır.

B. Teminat Defterinin Tutulması

Evvelce de belirtilmiş olduğu üzere, teminat defterindeki kayıtları SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 8 (1) hükmü uyarınca ihraççı tutacaktır. Tebliğ’in 14. maddesine göre, teminat defterindeki kayıtların ihraççı tarafından Kanun ve Tebliğ hükümlerine

⁶² Kaufmann, s. 116.

⁶³ İpotek ile teminat altına alınmış kredi alacakları, ikame varlıklar ve türev sözleşmeler.

uygun olarak ve gerçeği yansıtacak şekilde tutulmasını ve muhafaza edilmesini ise teminat sorumlusu sağlayacaktır.

Teminat konusu varlıklara ilişkin kayıtların, ihraççının yanı sıra başka bir kuruluş nezdinde de tutulmasının zorunlu tutulması halinde, İTMK'lerin karşılığını teşkil eden varlıklara ilişkin olarak iki farklı kayıt sistemi söz konusu olacağından kayıtların değerlerinin ne olacağı ve kayıtlarda farklılık olması halinde hangisine itibar edileceği belirlenmelidir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri III / 33 no'lu Tebliği'nin 8. maddesinin 2. fıkrası, teminat konusu varlıklar ile ilgili tüm işlem ve ihtilaflarda, teminat defterine yapılmış olan kayıtların esas alınacağını açıkça belirterek, ihraççı nezdinde tutulacak kayıtlara üstünlük tanımış bulunmaktadır.

C. Teminat Defterine Kaydedilecek Varlıklar

SerPK md. 13/A f. 2 ile SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 8 (1) hükümleri beraberce değerlendirildiğinde, teminat defterine ihraç edilen İTMK'lerin karşılığını teşkil edecek varlıkların kaydedileceği şüphesizdir. Bu itibarla, taşınmaz rehni –kanunun lafzı doğrultusunda ipotek- teminatlı alacak hakları, ikame varlık olarak ifade edilen menkul kıymetlerden kaynaklanan alacak hakları ve nakit para ile İTMK'lerin karşılığını teşkil eden bu varlıkları, çeşitli risklere karşı korumak amacıyla akdedilmiş türev sözleşmelerden kaynaklanan haklar, teminat defterine kaydedilecek kalemlerdir.

Teminat defterine kaydedilecek ipotek ile teminat altına alınmış kredilerden kaynaklanan alacak hakları ve ikame varlıklar ile türev sözleşmelerden kaynaklanan hakların; ihraççının sahip olduğu diğer ipotek ile teminat altına alınmış kredilerden kaynaklanan alacak hakları ve ikame varlıklar ile türev sözleşmelerden kaynaklanan haklardan ayırt edilebilmesi için gereken asgari bilgileri destekleyici dökümanlara da, kayıt sisteminde yer verilmesinin bir zorunluluk olduğu şüphesizdir. Ancak Tebliğ, teminat defterinin tutulmasına ilişkin esas ve usuller hakkında ayrıntılı düzenleme yapmamış; bu hususların BDDK'nun görüşünü almak suretiyle, SPK tarafından düzenleneceğini belirtmekle yetinmiştir. Bu itibarla, en azından kredi dökümanlarının ve türev araçlara ilişkin sözleşme metinlerinin de, teminat defteri

çerçevesinde saklanması gerektiği söylenebilir. SPK Seri III / 33 no'lu Tebliği md. 14 f. 1 b. (b) bu belirlemeyi destekler niteliktedir.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu md. 5 hükmünde de, teminat (karşılıklar) siciline (deckungregister) ihraç edilecek rehinli tahvillerin (pfandbrief) karşılığını teşkil edecek alacak hakları ile bu alacakları teminat altına alan taşınmaz rehin haklarının ve türev sözleşmelerden kaynaklanan talep haklarının tescil edileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

D. Teminat Defterine Yapılacak Kayıtların Teminat Sorumlusunun Onayına Bağlı Olması

SerPK md. 13/A f. 11 ve SPK Seri III / 33 no'lu Tebliği md.14 düzenlemeleri çerçevesinde teminat sorumlusu⁶⁴, teminat defterindeki kayıtların SerPK ve Seri III / 33 no'lu Tebliğ hükümlerine uygun biçimde tutulmasını ve muhafazasını sağlamakla görevlidir. Bu çerçevede, bir varlığın teminat havuzunda yer alabilmesi, teminat sorumlusunun onayının bulunması suretiyle, teminat defterine kaydedilmiş olmasına bağlıdır.

Bir hukuki işlem, kurucu unsurlarının tamam olması halinde varlık kazanır. Kurucu unsurlardaki eksiklik, yokluk sonucunu doğurur⁶⁵. Bir varlığı teminat havuzuna dahil etme işleminin kurucu unsurları, teminat sorumlusunun onayı ve teminat defterine yapılan kayıttır. Teminat defterine yapılmış bir kayıt, aynı zamanda o varlığa ilişkin teminat sorumlusunun onayı da bulunuyor ise varlık kazanacaktır. Aksi halde, onay alınmaksızın yapılan kayıt, kurucu unsurlarda eksiklik sebebiyle yok hükmündedir. Aynı şekilde, evvelce kaydedilmiş bir varlığa ilişkin kaydın teminat defterinden silinebilmesi, bir varlığın teminat konusu varlıklar arasından çıkartılabilmesi için de,

⁶⁴ Teminat sorumlusu kavramına ilişkin olarak bkz. Bölüm IV / II / A.

⁶⁵ Oğuzman / Barlas, s. 165 vd; Erman, **Medeni Hukuk**, s. 78; Dural / Sarı, s. 178.

teminat sorumlusunun onayı gerekmektedir⁶⁶. Bu halde de onay, varlığın teminat havuzundan çıkarılması işleminin kurucu unsuru olarak kabul edilmelidir.

Teminat sorumlusunun, teminat defterine yapılacak ve teminat defterinden silinecek kayıtlara ilişkin vereceği onayın şekline ilişkin bir belirlemeye, ne SerPK’nda ne de SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ’in hükümlerinde rastlanmamaktadır. Alman Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) md. 8 (4), teminat sorumlusunun onayının yazılı şekilde olması ve yazılı metinde teminat sorumlusunun imzasının da bulunması gerekliliği açıkça düzenlenmiştir.

İTMK’lerin teminatını teşkil eden varlıklara ilişkin kayıtların tutulduğu teminat defterine kayıt yapılması ve bu defterden kayıt silinmesi aşamalarında da, teminat sorumlusunun onay iradesini yazılı bir metinde açıklayarak metni imzalaması, böylece onayın adi yazılı şekle tâbi tutulması, İTMK alacaklılarının güvenliği ve çeşitli ispat sorunlarının önüne geçilmesi açısından isabetli olacaktır⁶⁷.

E. Teminat Defterine Yapılan Kayıtların Hükümü

1. Genel Bakış

İTMK’lerin karşılığını teşkil edebilecek nitelikleri haiz olan ipotek teminatlı kredi alacakları, türev sözleşmelerden kaynaklanan haklar ve ikame varlıklar, teminat defterine kaydedilene dek İTMK’lerin teminatını teşkil edemeyeceklerdir. O halde, sadece teminat defterine kaydedilen varlıklar, teminat konusu varlık teşkil eden ipotekli kredi alacağı, teminat konusu varlık teşkil eden türev sözleşmeden kaynaklanan hak ya da ikame varlık niteliği kazanabilmektedir.

Teminat defterine kayıt edilme, kaydedilen kredi alacaklarının, türev sözleşmelerden kaynaklanan hakların ve ikame varlıkların, teminat havuzunda yer alan teminat varlıklar olduklarına karine teşkil etmektedir. O halde teminat defterinde kayıtlı varlıklar, aksi kanıtlanana veya İTMK’ler itfa edilinceye dek;

⁶⁶ Teminat sorumlusunun onayı bulunmamasının, yapılan kayıt üzerindeki etkisine ilişkin olarak bkz. Bölüm IV / III / D.

⁶⁷ Aynı yöndeki belirleme için bkz. Önen, Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması, s. 26.

- İTMK alacaklıları, türev sözleşmelerin karşı tarafları ve idarecinin öncelikli olarak tatmin edileceği,
- ihraççının iflasından etkilenmeyecek,
- üzerlerinde teminat amacı dışında tasarruf edilemeyecek,
- üzerlerinde rehin hakkı tesis edilemeyecek, teminat gösterilemeyecek,
- kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemeyecek,
- üzerlerinde ihtiyati tedbir tesis edilemeyecek varlıklar olarak kabul edileceklerdir.

Ayrıca yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, bu varlıklara ilişkin kayıtların teminat defterinden silinebilmeleri, ancak teminat sorumlusunun onayının alınması suretiyle mümkün olabilecektir⁶⁸.

İTMK'lerin karşılığını teşkil edecek türev sözleşmelerden kaynaklanan hakların teminat defterine kaydedilebilmesi için teminat sorumlusunun onayının yanı sıra, türev sözleşmenin karşı tarafının da onay vermesi gerekmektedir. Alman Rehinli Tahvil Kanunu md. 5 (1)'de açıkça kanuni dayanağını bulan bu hususa SerPK md. 13/A hükmünde de yer verilmiştir. Sözleşmenin karşı tarafının, türev aracın teminat defterine kaydedilmesine onay vermesi şartını, SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 11 (1) (c) düzenlemesi de teminat defterine kayıt için bir ön şart olarak aramaktadır.

Gerek teminat sorumlusu, gerekse türev sözleşmelerin karşı tarafları açısından öngörülen onayın alınmamış olmasına rağmen yapılan kaydın hiç yapılmamış, yok hükmünde olduğunun kabulü gerekir⁶⁹. Aynı şekilde teminat sorumlusunun onayı alınmaksızın teminat defterinden silinen kayıtlar da hiç silinmemiş; silme işlemi yok hükmünde sayılmalıdır. Bunun sonucu olarak, yokluk durumu her zaman, herkes

⁶⁸ Karş. Bölüm IV / II / C kısmında yer alan, teminat sorumlusunun görevlerine ilişkin açıklamalarımız.

⁶⁹ Teminat sorumlusunun onayının, bir varlığın teminat havuzuna dahil edilmesi işleminin kurucu unsuru olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Bölüm IV / III / D.

tarafından ileri sürülebilecektir⁷⁰. Yokluk durumunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği gerekçesiyle engellenebilmesi de mümkün değildir⁷¹. Bu açıdan değerlendirildiğinde, yaptırımın yokluk olarak nitelendirilmesi, yatırımcıların güvenliği açısından önemli bir unsur olacaktır.

İpotek ile teminat altına alınmış kredi alacaklarının teminat defterine kaydedilmesinin, İTMK ihraççısının bu varlıklara ilişkin tasarrufları üzerindeki etkileri, aşağıda incelenecektir⁷². İpotek ile teminat altına alınmış kredi alacaklarının, İTMK'lerin karşılığı olarak teminat defterine kaydedilmelerinin, ipoteğin konusunu teşkil eden taşınmaz malikinin, bu taşınmaz üzerindeki tasarrufları açısından ise hiçbir etkisi bulunmamaktadır. O halde malik, ipotekli taşınmazın mülkiyetini devredebilecektir. Yeni malik taşınmazın mülkiyetini üzerindeki rehin yükü ile birlikte kazanacağından⁷³, teminat havuzunda yer alan teminatlı alacağın niteliğinde de herhangi bir farklılık gerçekleşmemiş olacaktır.

2. İhraççının Teminat Defterine Kaydedilen Varlıklar Üzerindeki Tasarruflarının Sınırlanması

Teminat havuzu, evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere, özel malvarlığı niteliğindedir⁷⁴. Bu mal topluluğu üzerinde nasıl tasarruf işlemi yapılabileceği, aynı hakların belirliliği ilkesi çerçevesinde saptanmalıdır. Aynı haklar yalnız belirli şeyler

⁷⁰ Ayrıca işlemin hükümsüz kılınması için bir dava açmaya gerek olmadığı gibi, açılmış bir dava var ise hakim yokluk durumunu re'sen nazara almalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Barlas, s. 165-166; Erman, **Medeni Hukuk**, s. 78; Dural / Sarı, s. 178.

⁷¹ Yokluk durumunun sonuçları ve butlan durumundan pratik farkı için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 137 özellikle dipnot 420. Yokluğun söz konusu olduğu durumlarda, yokluğu ileri sürmenin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla işlemin geçerli sayılmasının mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz. Yrg. 2. HD.'nin 20.11.1970 T. / 5584 E. / 6134 K. Sayılı Kararı. **İBD**, Y. 1971, S. 11-12, s. 1046 vd.

⁷² Bkz. Bölüm IV / III / E / 2.

⁷³ İpotekli taşınmazın devri halinde, borçlunun kişisel sorumluluğunda bir değişiklik olmamakla birlikte; yeni malik, taşınmazın mülkiyetini, TMK md. 888 / f. 1 hükmü uyarınca, rehin yükü ile birlikte kazanacaktır. İpotekli taşınmazın mülkiyetini kazanan kişinin, kişisel borcu da yüklenmek istemesi halinde, TMK md. 888 / f. 2 hükmü, borcun yeni malike naklini de kolaylaştırmış bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 749; Köprülü / Kaneti, s. 384 vd; Ertaş, s. 531 vd.; Helvacı, **İpotek**, s. 326 vd.

⁷⁴ Bkz. Bölüm III / II / C kısmında yer alan açıklamalarımız.

üzerinde tesis olunabildiğinden, mal toplulukları üzerinde herhangi bir toptan tasarruf işlemi yapılması, aynî hakların belirliliği ilkesi gereği mümkün olmayacaktır⁷⁵. Mal toplulukları üzerinde tasarruf etmek, onun üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynî hak kurmak, ancak bu topluluğu oluşturan her bir “şey” üzerinde ayrı ayrı ve kanunun gerekli kıldığı şekil şartına uygun işlem yapılması suretiyle mümkün olabilecektir⁷⁶.

O halde, teminat havuzu üzerinde tasarruf işlemi yapılabilmesi de, özel malvarlığı niteliğindeki bu mal topluluğunu oluşturan alacak hakları üzerinde teker teker kanunun öngördüğü şekle uyularak tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi suretiyle mümkün olabilecektir. Ancak, temlike ilişkin tasarruf işleminin, genel ahlak kurallarına aykırı olmadığı, TMK md. 23 / f. 2 bağlamında ekonomik özgürlüğü ihlal etmediği, temlik edilecek alacakları doğuran hukuki ilişkilerin, bu alacakların borçlularının ve alacak miktarlarının belirli ya da en azından belirlenebilir kılındığı hallerde, teminat havuzunda yer alan alacak haklarına ilişkin olarak yapılacak toptan temlik sözleşmelerinin geçerli olacağı tekrar hatırlatılmalıdır⁷⁷.

SerPK md. 13/A f. 13 hükmü ile; ihraççıların kendi malvarlıkları içerisinde bulunan, ancak ihraç edilen İTMK’in karşılığı olarak teminat defterine kaydedilen varlıklar üzerindeki tasarruf yetkileri sınırlandırılmıştır. Buna göre, teminat defterine yapılan kaydın ilk hükmü, ihraççıların;

- teminat konusu varlıklar üzerinde teminat amacı dışında tasarruf etmelerinin (örneğin alacakları temlik etmelerinin)
- teminat konusu varlıklar üzerinde üçüncü kişi lehine rehin tesis etmelerinin, (örneğin alacaklar üzerinde rehin tesis etmelerinin)

⁷⁵ Ayiter, s. 46.

⁷⁶ Gürsoy / Eren/ Cansel, s. 10-11; Heinz REY, **Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum**, Band I, Geliştirilmiş 2. bası, Bern, 2000, s. 88; Ayiter, s. 46.

⁷⁷ Toptan temlike ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm III / IV / C / 2.

- teminat konusu varlıkları başka amaçlarla teminat göstermelerinin (örneğin teminat varlıklar olan alacakları teminaten temlik etmelerinin)

engellenmiş olmasıdır.

O halde, bir alacağın ihraç edilecek İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine yazılması ile birlikte, ihraççının teminat defterine kayıtlı bu alacak (varlık) üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmış olacaktır.

Bu noktada, ihraççının tasarruf yetkisinin kanun hükmü ile sınırlandırılmış olmasına rağmen, iyiniyetli üçüncü kişilerin İTMK alacaklıları aleyhine korunduğu hallerin söz konusu olup olmayacağı hususu değerlendirilmelidir.

BK md. 162/1 uyarınca, bir alacağın temlik edilebilmesi için kanun tarafından bu temlikin yasaklanmış olmaması gerekmektedir. SerPK md. 13/A f. 13'ün, teminat konusu varlıklar üzerinde teminat amacı dışında tasarruf edilemeyeceğine ilişkin hükmü; İTMK'lerin karşılığını teşkil eden taşınmaz rehinli alacakların, teminat amacı dışında sebeplerle temlik edilemeyeceğine ilişkin kanuni bir temlik engeli olarak kabul edilmelidir. Kanuni bir temlik engeli bulunmasına rağmen yapılan alacak temlikleri geçersizdir. Başka bir ifade ile, bu temlik sadece borçlu karşısında değil, temlik edenle temellük eden arasında da hüküm ve sonuç doğurmayacak ve hakim tarafından re'sen göz önünde tutulacaktır⁷⁸. SerPK md. 13/A f. 13 hükmüne rağmen teminat konusu varlıklara ilişkin olarak teminat amacı dışındaki amaçlarla yapılacak temlikler, bu çerçevede geçersiz olacaktır⁷⁹. Üçüncü kişilerin iyiniyetini korumak üzere düzenlenmiş bulunan BK md. 162/2 hükmü ise, sözleşmeden kaynaklanan temlik engellerine ilişkin olup⁸⁰; buradaki temlik engelinin kanundan doğması sebebiyle uygulama alanı bulamayacaktır.

⁷⁸ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 933; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1189.

⁷⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Doğru, s. 329.

⁸⁰ Alacağın temlikine hukuki bir engel bulunmaması gereğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 932 vd; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 244 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1188 vd.; Engin, s. 25 vd.

Teminat havuzunda yer alan konut finansmanı sözleşmelerinden kaynaklanan alacakların teminaten temlik edilmelerinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Teminat amaçlı temlik, bir kimsenin (inananın) bir başka kimseye (inanılana), sahibi olduğu bir alacak hakkını (veya devri mümkün bir başka hakkı), ona karşı olan borcunu teminat altına almak amacıyla devrettiği ve devralan inananın da bu hakkı teminat amacının sınırları içinde kullanmayı devreden inanana (veya üçüncü kişiye) karşı yükümlendiği sözleşmedir⁸¹. Bu sözleşme ile teminat amaçlı da olsa alacak devredildiğinden, tam bir devrin hukuki sonuçları meydana gelmekte, alacağı teminat amaçlı devralan, her türlü tasarruf hakkına sahip olmaktadır⁸². Teminat amaçlı temlik de bir temlik olduğundan, normal alacağın temlikine ilişkin kurallara tâbi olacaktır⁸³. O halde, SerPK md. 13/A f. 13'te yer alan kanuni temlik engeline rağmen, teminat konusu varlıkların, teminat amacı dışında teminaten temlik edilmelerinin de geçersiz olacağı açıktır.

TMK md. 954 / f. 1 hükmü, başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer hakların rehnedilebileceğini düzenlemiştir. Bu çerçevede, SerPK'ndan kaynaklanan temlik engeli sebebiyle devredilmeleri mümkün olmayan teminat konusu alacak haklarının rehne konu edilebilmeleri de mümkün olamayacaktır.

Diğer taraftan, teminat havuzunun küçük bir kısmını ikame varlıklar teşkil etmektedir. Bunlar, SerPK md. 13/A f.5 uyarınca, nakit para, devlet iç borçlanma senetleri, hazine kefaletiyle ihraç edilen menkul kıymetler, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'na üye ülkelerin merkezi yönetimleri ile merkez bankalarınca ya da bunların kefaleti ile ihraç edilen menkul kıymetler ya da SPK tarafından uygun görülecek benzer nitelikte menkul kıymetlerdir. İkame varlıklardan, nakit para dışındakiler, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'in 3. maddesinin (j) bendinde de ifade

⁸¹ Saibe Oktay Özdemir, Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LVII, S. 1-2, 1999, s. 269-270; Özsunay, **İnançlı Muameleler**, s. 58; Kuntalp, **Teminat**, s. 283; Rona Serozan, "Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2001, s. 1003.

⁸² Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 270; Özsunay, **İnançlı Muameleler**, s. 11.

⁸³ Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 278.

edilmiş olduğu üzere, SerPK md. 13/A f. 5'te sayılmış olan menkul kıymetlerden kaynaklanan haklardır. Bir başka ifade ile, ihraççı, bu menkul kıymetlere para yatırmış ve bunlardan kaynaklanan alacak hakkına sahip olmuştur. Söz konusu haklar, bir senette ya da elektronik bir kayıt sisteminde somutlaşmış olabilir⁸⁴.

Somitlaştığı ortam bir senet ya da kaydi sistem olsun, teminat havuzuna dahil edilmelerinden itibaren, bu menkul kıymetlerden doğan alacak haklarının da SerPK md. 13/A f. 13 hükmünden kaynaklanan kanuni temlik engeli doğrultusunda teminat amacı dışında temlike konu edilemeleri mümkün olamayacaktır. Ancak, İTMK'lerin karşılığı olarak belirlenmiş ikame varlıklardan, hamile yazılı olan⁸⁵ bir senette somutlaşmış alacak haklarının, temlik engeline rağmen rehnedilmeleri ihtimalinde iyiniyetli üçüncü kişilerin durumu özel olarak değerlendirilmelidir.

Hamile yazılı bir kıymetli evraka bağlanmış alacak hakkı üzerinde rehin tesisi için, TMK md. 956 uyarınca, senedin rehin alana, rehin amacıyla teslim edilmiş olması gerekir. Alacak senette değil de bir kayıt sisteminde somutlaşmış ise, bu hamile yazılı evraksız kıymetli evrakın devir esasları değişmeyecek, ancak hedeflenen tedavül tamamen elektronik bir ortamda gerçekleştirilecektir⁸⁶. Hamile yazılı senetlerin kazanılmasında iyiniyete tam koruma sağlayan TMK md. 990 hükmü, rehin hakkı kazanılmasında da uygulama alanı bulacak, rehin hakkını iyiniyetle kazananın bu kazanımı korunacaktır⁸⁷. Bu prensip çerçevesinde, sadece hamile yazılı senette somutlaşmış ikame varlıklar bakımından iyiniyetli üçüncü kişilerin korunabileceği ve İTMK alacaklılarının bu surette zarara uğrayabileceği

⁸⁴ Evraksız kıymetli evrak kavramı için bkz. Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen/Helvacı), s. 29 vd.; Poroy / Tekinalp, s. 42; Asuman Turanboy, **Varakasız Kıymetli Evrak**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998, s. 52-53. Varakasız tahvillere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Turanboy, s. 86 vd.

⁸⁵ Hamile yazılı kıymetli evrak, devir şekli açısından en kolay devir olan tiptir. Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Helvacı), s. 58. O halde, piyasada tekrar satılarak nakde tahvil edilebilme kolaylığı bulunması, tercih edilme sebebi olarak ifade edilebilir.

⁸⁶ Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Kaya (Ülgen/Helvacı), s. 31.

⁸⁷ Serkan Ergüne, **Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 43; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 816.

söylenebilir⁸⁸. İTMK'lerin karşılığı olarak belirlenen varlıkları ve dolayısıyla İTMK alacaklılarını, bu tip tasarrufların etkilerinden koruyabilmenin tek yolu, iyiniyeti kanun tarafından korunduğu iddia edilen kimsenin, esasen bu korumayı hak etmediğini, iyiniyetli olmadığını ispatlamaktan geçmektedir.

Konut finansman sistemi yapılandırılması aşamasında yararlanılmış olan Alman Rehinli Tahvil Kanunu'nun (Pfandbriefgesetz) 28. maddesinde, ihraççıların rehinli tahvillere (pfandbrief) ve bunların teminatını teşkil eden varlıklara ilişkin olarak neleri, hangi usule uygun olarak kamuya açıklamaları gerektiği detaylı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. SerPK'nda da, genel ve katma bütçeli idareler ile T.C. Merkez Bankası dışında kalan bütün anonim ortaklıklar ve kuruluşlarca ihraç veya halka arz edilecek sermaye piyasası araçları için, Kurul'a kayıt yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sayede, sermaye piyasasında fon toplanmasında haklar ve yükümlülüklerde, kamuyu aydınlatmada yeknesaklık sağlanarak, yatırımcının korunmasında önemli bir adım atılmıştır⁸⁹. Bu şeffaflık anlayışının, İTMK'lerin güvenilirliği ve başarısı için vazgeçilmez kriterlerden biri olduğu, SPK tarafından da kabul edilmiştir⁹⁰.

SerPK md. 13/A fıkra son ile İTMK'lerin kayda alınmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi için, SPK yetkilendirilmiş bulunmaktadır. Buna göre, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'in "Kayda Alma" başlığı altında düzenlenen altıncı bölümünde, ihraç edilecek İTMK'lerin, karşılık olarak gösterilen teminat konusu varlıklara ve Kurulca belirlenecek sair bilgilere de yer verilmek suretiyle kayda alınmasına ilişkin esaslar detaylı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Fiili ihraçlarla birlikte, ihraççıların bu kriteri de yerine getirerek, kamuyu aydınlatmaları gerekecektir⁹¹. Bu çerçevede, ihraç

⁸⁸ Hukuki gerekçelendirmesi farklı olmakla birlikte aynı yöndeki belirleme için bkz. Doğru, s. 329.

⁸⁹ Tanör, s. 54-55.

⁹⁰ Şeffaflık kriterinin SPK tarafından İTMK'lerin güvenilirliğini arttırıcı bir önlem olarak öngörüldüğüne ilişkin olarak bkz. Önen, **Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması**, s. 42.

⁹¹ Sermaye piyasası araçlarının halka arzında kullanılan ve kamuyu aydınlatmada en önemli hukuki aracı teşkil eden izahname, SPK tarafından belirlenen bilgileri içerir. İhraççı, izahname ve gerekli diğer belgelerle birlikte SPK'na başvurur. İlgili sermaye piyasası araçlarının kurul kaydına alınmasını takiben izahname SerPK md. 6 / f. 1 uyarınca ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Böylece yatırımcılar,

edilen İTMK'lerin vade ve sair özellikleri ile bunların teminatını teşkil eden varlıkların durumlarının kamuya açıklanmış olması, açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı için, iyiniyeti doğrudan kaldırır nitelikte değildir. Ancak, somut olayda, İTMK ihraççısı olan bir kuruluşun teminat havuzunda yer alan bir alacağı üzerinde rehin hakkı kazanmış kimsenin, beklenen özeni göstermiş olsa idi, bu alacak hakkının İTMK'lerin karşılığını teşkil eden varlıklardan olduğunu öğrenebilecek olması sebebiyle iyiniyetli olmadığı ispat edilerek, teminat konusu varlıkların zarara uğraması engellenebilecektir. İspat problemleri ile karşılaşılması için, teminat konusu varlıklara açık bir kanuni düzenleme çerçevesinde aleniyet kazandırılması uygun olacaktır.

İhraççının, teminat defterine kaydedilmek suretiyle teminat havuzuna dahil edilmiş varlıklar üzerinde teminat amacı dışındaki amaçlarla tasarruf edebilmesi, bu varlıkların teminat sorumlusunun onayı ile teminat havuzundan çıkarılması halinde mümkündür. Teminat sorumlusu tarafından onay verilmesi durumunda, artık teminat amacı dışında bir tasarruf söz konusu olmayacak ve kanuni temlik engelinin uygulama alanından çıkmış olacaktır.

3. Teminat Defterine Kaydedilen Varlıkların Hacze ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Konu Edilememesi

SerPK md. 13/A f. 13 hükmü şu şekildedir: “İpotek teminatlı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, teminat havuzlarında yer alan varlıklar kamu alacaklarının tahsili de dahil olmak üzere haczedilemez, bunlar hakkında ihtiyati tedbir kararı verilemez”. SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in “Teminat varlıkların korunması” başlıklı 12. madde hükmünün ilk fıkrasında da, SerPK md. 13/A hükmüne yollama yapılarak aynı esaslar yinelenmiştir.

SerPK’nun belirttiğimiz hükmünde geçen “teminat havuzlarında yer alan varlıklar” ifadesi; yetkili ihraççı tarafından ihraç edilen İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere yine aynı ihraççı tarafından kanun gereği zorunlu olarak tutulan teminat

ilgili şirket ve sermaye piyasası araçları hakkında, kamuya açıklanması gereken izahname aracılığıyla bilgi sahibi olurlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa İhtiyar, **Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, ss. 121-124.

defterine kaydedilmiş olan taşınmaz rehni teminatlı alacaklar ve kanun tarafından öngörülmüş olan diğer teminat konusu varlıklar olarak anlaşılmalıdır.

Teminat defterine kaydedilmiş varlıklar üzerinde haciz işlemi yapılması ya da ihtiyati tedbir kararı verilmesi, ihraççının İTMK sahipleri dışındaki alacaklılarını ilgilendirmektedir. Kural olarak, hakkında kesinleşen bir takibe rağmen borcunu ödemeyen borçlunun alacaklıları, İİK md. 78 çerçevesinde borçlunun mallarının haczini talep edebileceklerdir. Alacaklı, borçlunun mallarının satışı neticesinde tatmin edileceğine göre, borçlunun parasal değeri olan malvarlığına dahil şeyler, İİK ya da özel kanunlar tarafından haczedilemeyen mallar olarak kabul edilmedikçe, haczedilebileceklerdir. Böylelikle, söz konusu alacakların ödenmesini sağlamak amacıyla, icra dairesi tarafından borçluya ait haczi mümkün mal ve haklara hukuken el konulacaktır⁹².

Ancak, borçlunun İTMK ihraççısı bir kuruluş olduğu hallerde, İTMK sahipleri dışındaki alacaklılar açısından durum bazı özellikler arz etmektedir. İhraç edilen İTMK'lerin karşılığı olarak teminat defterine kaydedilen varlıklar, İTMK ihraççısının malvarlığı dahilindedir⁹³. Ancak, SerPK md. 13/A f. 13 hükmü gereği teminat defterine kaydedilen varlıklar, özel kanun (*SerPK*) ile belirlenmiş, tamamı haczedilemeyecek mal ve haklar niteliğindedir⁹⁴. O halde, İTMK ihraççısının İTMK sahipleri dışındaki alacaklıları, ihraççının teminat defterine kaydedilmiş varlıklarının haczini talep etseler bile, açık kanun hükmü gereği, bu malvarlığı değerlerinin haczi mümkün olamayacaktır.

Diğer taraftan SerPK md. 13/A f. 13 hükmü, teminat defterine kaydedilmiş varlıklar hakkında ihtiyati tedbir kararı da verilemeyeceğini düzenlemiştir.

⁹² Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 193.

⁹³ Teminat defterine kaydedilen varlıkların bütün olarak teminat havuzu olarak anıldığı ve ihraççının malvarlığı dahilindeki bu varlıkların özel malvarlığı teşkil edeceği hakkında bkz. Bölüm III / II / C.

⁹⁴ Özel kanunlarda belirlenmiş mal ve hakların da tamamen haczinin mümkün olmadığı hakkında bkz. Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes, s. 205.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, esas hukuki himaye sağlanıncaya dek hak kayıplarının önlenmesini hedefleyen ve para dışındaki mal, hak ve alacaklar için kabul edilmiş geçici bir hukuki koruma tedbir⁹⁵ olarak nitelendirilen ihtiyati tedbir⁹⁶, HUMK md. 101 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. İhtiyati tedbirde, üzerine tedbir konulacak şey, davanın konusu, üzerinde uyuşmazlık olan şey veya haktır⁹⁷. Kural olarak her davada ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Ancak bazı durumlarda ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğinin kanun hükümleri ile düzenlenmesi mümkün olup, Anayasa Mahkemesi'nin, bu tür hükümlerin anayasaya aykırılık teşkil etmediğine ilişkin birçok kararı bulunmaktadır⁹⁸. SerPK md. 13/A f. 13 hükmü bu çerçevede değerlendirilmelidir. O halde, İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterinde kayıt edilmiş olan bir alacak hakkına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi mümkün olamayacaktır.

SerPK'nun anılan düzenlemesinde, geçici hukuki himaye tedbirlerinin bir diğer çeşidi olarak, ihtiyati tedbirden, amaç, konu ve tâbi oldukları hükümler bakımından farklı olan ihtiyati hacizden söz edilmediği görülmektedir. Özel olarak para alacaklarına ilişkin bir geçici hukuki koruma olarak İİK md. 257 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunan ihtiyati haczin⁹⁹ konusu, alacaklının para alacağının garanti altına alınması olup, uyuşmazlık konusu olan ihtiyaten haczedilen şey değildir¹⁰⁰. İTMK ihraççısından herhangi bir para alacağı bulunan bir kimsenin,

⁹⁵ “Geçici Hukuki Himaye”, davacı ve/ya davalıyı, dava sonucunun ortaya çıkmasına kadar, yargılama öncesinde ve yargılama sırasında ortaya çıkması muhtemel risklerden korumak amacıyla yargı merciiilerince saplanan hukuki koruma olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım ve geçici hukuki himayenin özellikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 32 vd.

⁹⁶ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 362; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 435.

⁹⁷ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 363; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 435.

⁹⁸ Yılmaz, **Tedbirler C. I**, s. 810; Süleyman Özkök, **İhtiyati Tedbirler**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002, s. 26. Anayasa Mahkemesi'nin ihtiyati tedbir verilmesinin kanun hükmüyle önlendiği hallerle ilişkin karar örnekleri için bkz. Yılmaz, **Tedbirler C. I**, s. 811 vd. Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen, ihtiyati tedbir kararı verilmesini engelleyici nitelikteki kanun hükümlerinin, adil yargılanma hakkı ve eşitlik prensibini zedelediği yönündeki görüş için bkz. Doğru, s. 312.

⁹⁹ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin / Özkan, s. 362; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 435-436.

¹⁰⁰ Yılmaz, **Tedbirler C. I**, s. 177.

bu alacağını garanti altına almak için, teminat defterinde kayıtlı alacak haklarından birinin / birkaçının ihtiyaten haczini talep etmesi halinde, bu talebin karşılanmasının önünde de, esasen kanuni bir engel¹⁰¹ bulunmaktadır. İhtiyati haciz, borçlunun mal ve haklarını elden çıkarma riskini ortadan kaldırmaya yönelik olarak haciz aşamasının önceki bir tarihe alınmasıdır¹⁰². SerPK md. 13/A f. 13'te düzenlenmiş olan, teminat konusu varlıklara ilişkin haciz yasağı, ihtiyati haczi de pratik anlamda amacına ulaşamaz hale getirmektedir. Zira, ihtiyati hacizde ulaşılması hedeflenen koyulacak bir kesin hacze iştirak ya da ihtiyati haczin kesin hacze çevrilmesi suretiyle ihtiyati haciz konusu hakkın paraya çevrilmesinin sağlanması olduğuna ve teminat defterine kayıtlı varlıkların haczi yasaklanmış olduğuna göre, ihtiyati haczin zarar verici muhtemel sonucu, zaten SerPK md. 13/A f. 13 ile engellenmiş bulunmaktadır.

İTMK ihraççısı bir kuruluşun, malvarlığında bulunan tüm değerleri İTMK sahipleri dışındaki alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla teminat havuzuna dahil etmesi halinde, bu alacaklıların akıbetinin ne olacağı hususu da değerlendirilmelidir. Teminat havuzu, ihraç edilen İTMK'lerin değerleri ile SerPK tarafından öngörülen uyumu sağlayacak değerde varlıklardan oluşturulacaktır. SerPK md. 13/A f. 8 (d) hükmü, teminat havuzundaki varlıkların net bugünkü değerinin, İTMK'lerin net bugünkü değerinden yüzde iki oranında fazla olması zorunluluğunu getirmiştir. Kanunkoyucu, zorunlu fazla teminatlandırma yükümlülüğüne ilişkin sınırı belirlemiş olup, bu oranın üzerinde ihtiyari nitelikte gerçekleştirilecek fazla teminatlandırmaya ilişkin herhangi bir üst sınır belirlenmiş değildir. O halde, teminat havuzunu güçlendirmek istediğini ileri süren ihraççının, teminat sorumlusunun onayını da almak suretiyle gereğinden çok daha fazla malvarlığı değerini, ihtiyari fazla teminatlandırma olarak teminat defterine kaydetmesi ve diğer alacaklılarının müdahalelerinden uzak tutabilmesi mümkündür. İhraççının İTMK alacaklıları

¹⁰¹ İhtiyati haciz istenebilmesi şartları arasında, “ihtiyati haczin bir kanun hükmüyle yasaklanmamış olması” şartı da bulunmaktadır. İhtiyati haciz istenebilmesi şartlarına ilişkin olarak bkz. Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 1079 vd. “İhtiyati haczin yasaklanmamış olması” şartına ilişkin olarak bkz. Yılmaz, **Tedbirler C. II**, s. 1095.

¹⁰² Yılmaz, **Tedbirler C. II**, s. 1078.

dışındaki alacaklılarının madur olmasını sonuçlayabilecek bu varsayıma ilişkin olarak, ne SerPK’nda, ne de SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’de herhangi bir önlem düzenlenmediği görülmektedir. SerPK md. 13/A f. 8 (d) hükmündeki zorunlu fazla teminatlandırma yükümlülüğünün yanı sıra, ihtiyari fazla teminatlandırmaya ilişkin bir üst sınırın da belirlenmesi, söz konusu tehlikenin önüne geçilmesi açısından faydalı olacaktır.

4. İhraççının İflası Halinde Teminat Defterine Kaydedilen Varlıkların İflas Masasına Dahil Olmaması

SerPK md. 13/A f. 13 hükmünde, teminat havuzunda yer alan varlıkların, iflas masasına dahil edilemeyecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, ihraç edilen İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine kaydedilen varlıklar, ihraççının iflası halinde, iflas masasına dahil olmayacaklardır. İhraççının iflasının söz konusu olmadığı hallerde, ihraççının malvarlığına dahil olan bu varlıkların iflas masasına dahil edilemeyeceklerine ilişkin bu düzenleme, evvelce ayrıntılı olarak incelemiş olduğumuz, teminat havuzunun özel malvarlığı niteliğine dayanmaktadır¹⁰³. Bir başka ifade ile teminat havuzunun özel malvarlığı niteliğinde olması, ihraççının iflası halinde bu bütünü oluşturan haklar topluluğunun iflas masasına dahil edilmemesini de sonuçlamaktadır. Bu durumda, teminat havuzunun artık idareci tarafından yönetileceği de SerPK md. 13/A f. 15 (c) hükmünde açıkça belirlenmiş bulunmaktadır.

İTMK’lere ilişkin düzenlenmelerde büyük ölçüde yararlanılan Alman Rehinli Tahvil Kanunu’nun (PfandBG) gelişim çizgisi incelendiğinde; henüz 2004 yılındaki HBG yeniliklerinin taslak halinde olduğu dönemlerde dahi, teminat konusu varlıkların, ihraççının iflası halinde özel malvarlığı oluşturmak suretiyle iflas masası haricinde ve rehinli tahvil (pfandbrief) alacaklılarının menfaatleri doğrultusunda bir hukuki rejime tâbi olması fikrinin güvenlik sağlama açısından öne çıkarıldığı

¹⁰³ Teminat havuzunun özel malvarlığı niteliğinde olduğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bölüm III / II / C.

görülmektedir¹⁰⁴. Örneğin, 2003 yılı itibariyle Moody's'in rehinli tahvillere (hypothekenpfandbrief) ilişkin derecelendirme notunun düşmesi ile birlikte; ihraç edilen borçlanma senetlerinin gerek yatırımcılar ve gerekse derecelendirme kuruluşları açısından güvenilirliğinin, geri ödemelerin zamanında yapılması ve ihraççının iflası halinde teminat konusu varlıkların iflastan etkilenmemesi olmak üzere iki kritere dayandığı vurgulanmıştır¹⁰⁵. Saptanan bu iki temel kriterden özellikle teminat konusu varlıklardan oluşan teminat havuzunun ihraççının iflası halinde özel malvarlığı teşkil etmek üzere diğer malvarlığından ayrılması fikri¹⁰⁶, önce 05.04.2004 tarihli HBG madde 35 ve devamında¹⁰⁷; Temmuz 2005 itibariyle yürürlüğe giren PfandbriefG'de de md. 29 ve devamında, daha da geliştirilerek, tereddüte yer bırakmayacak biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, kaynak kanun olarak değerlendirilebilecek olan Almanya'daki rehinli tahvillere (pfandbrief) ilişkin düzenlemelerin belkemiğini, teminat havuzunun özel malvarlığı olarak nitelendirilmesi suretiyle, yatırımcının, ihraççının iflası halinde dahi korunması esasının teşkil ettiği söylenmektedir¹⁰⁸.

Diğer taraftan, çalışmamızın başında da vurgulamış olduğumuz üzere¹⁰⁹, yatırımcılar, derecelendirme kuruluşlarının, ihraç edilen teminatlı borçlanma senetlerine, ekonomik ve hukuki analiz sonrasında verdikleri dereceyi değerlendirerek yatırım yapmaktadırlar. Standard&Poor's, 2004 yılında Alman İpotek Bankaları Kanunu'nda (HBG) yapılmış olan değişiklikleri, yapılacak hukuki analiz açısından belirleyici

¹⁰⁴ Rolf Stürner, **Die Sicherung der Pfandbrief und Obligationsgläubiger vor einer Insolvenz der Hypothekenbank**, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Frankfurt am Main, 1998, s. 133 vd.

¹⁰⁵ Louis Hagen, "Zur Novellierung des Hypothekenbankgesetzes", **Immobilien & Finanzierung**, S. 16, Y. 2003, s. 580.

¹⁰⁶ Otmar M. Stöcker, **Realkredit und Pfandbriefsicherheit**, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Frankfurt am Main, 2004, s. 79.

¹⁰⁷ HBG md. 35'de yer alan ihraççının iflası halinde teminat varlıkların özel malvarlığı teşkil etmesine ilişkin ayrıntılı bilgi Bkz. Stürner / Stadler, **Beleihung in Spanien**, s. 4.

¹⁰⁸ Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), ss. 2699-2700.

¹⁰⁹ Bkz. Giriş Bölümünde yer alan açıklamalarımız.

olarak nitelendirmiş ve yatırımcıları ihraççının iflası halinde dahi açıkça güvenceye alan, onların bu en kötü senaryoda bile, anapara ve faiz alacaklarını zamanında alabilmelerini sağlayacak bu yeni düzenlemeleri gerekli ve uygun bulmuştur¹¹⁰.

Bu iki belirleme ışığında, kanunkoyucunun, teminat defterine kaydedilen varlıklar bütününe, ihraççının iflası halinde iflas prosedürüne dahil olacağını kabul ettiğini ifade etmek, İTMK'lerin hukuki yapılarının analizi neticesinde derecelendirme notunun hiç de iç açıcı olmayacağını kabul etmekle eş değerdir. Bunun da kanunlaştırma hareketinin amacıyla ters olduğu açıktır. Bu itibarla, teminat havuzunun özel malvarlığı niteliğinin bir sonucu olarak, ihraççının iflası halinde, iflas prosedürüne dahil olmayacak nitelikte yapılandırıldığının kabul edilmesi, İTMK ihracı suretiyle finansman sağlanmasına ilişkin yapının özü olarak tekrar önemle vurgulanmalıdır. Teminat defterine yapılan kaydın hükmü de, kaydedilen varlıklar bütününe, ihraççının iflası halinde iflas masasına dahil edilmemesi şeklinde kendini gösterecektir. Böylelikle, İTMK yatırımcılarının ihraç şartlarında belirtilen anapara ve faiz alacakları, ihraççının iflası halinde dahi güvence altına alınmış bulunmaktadır. Son olarak; İTMK'ler ihraççının genel yükümlülüğü niteliğinde olduklarından, İTMK'lerden doğan alacakların sadece teminat defterine kaydedilmek suretiyle oluşturulan varlıklar bütününe karşılanacağını söylemenin mümkün olmadığı, tekrar hatırlatılmalıdır. Teminat defterine kaydedilmiş varlıkların burada tahsis edildiği amaç, ihraççının iflası halinde İTMK'lerin teminatı olarak diğer malvarlığından ayrıştırılmış değerlerin iflas masasına girmesini önlemek suretiyle, İTMK'lerin vadelerinin sonuna dek, bunlardan doğan alacakların gereği gibi karşılanabilmesini sağlamaktan ibarettir.

¹¹⁰ **Standard&Poor's Commentary Report**, "Approach to Rating European Covered Bonds Refined", Rapor Tarihi: 16.10.2003, Çevrimiçi: www.pfandbrief.de/d/internet.nsf/tindex/en-standard&poors.htm, Erişim Tarihi: 17.04.2007, s.2.

F. Teminat Defterine Kaydedilen Varlıkların İTMK’lerden Kaynaklanan Yükümlülüklerle Uyumu

1. “Teminat Uyumı” Kavramı

Teminat uyumu, İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine kaydedilen varlıkları ile İTMK’lerden kaynaklanan toplam yükümlülükler¹¹¹ arasında mevcut olması öngörülen uyumdur. Bu uyumun hangi açılardan ve nasıl sağlanacağını, SerPK md. 13/A f. 8 ile SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 16 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan “teminat uyum ilkeleri” belirlemektedir.

2. Teminat Uyum İlkelerine Genel Bakış

Teminat uyum ilkeleri, İTMK’ler ile bunların karşılığını teşkil eden varlıklar arasındaki uyum ilkeleridir. Bu başlık altında; faiz, kur ve erken ödeme¹¹² gibi ekonomik riskleri sınırlamayı hedefleyen düzenlemeler, zorunlu fazladan teminatlandırma yükümlülüğü ile bu sınırlama ve yükümlülüklerin ihlaline bağlanan sonuçlar, genel bir bakış açısı yaratmak amacıyla kısaca ele alınacaktır.

SerPK md. 13/A f. 8 ile SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 16 vd. hükümleri doğrultusunda aşağıdaki belirlemeleri yapmak mümkündür.

İTMK’lerin itfasına kadar olan süre boyunca;

¹¹¹ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

¹¹² Tüketici kredilerinde, kredi borçlusu tüketici, almış olduğu krediyi, belli bir zamana yayılmış, ödeme gücü oranına göre belirlenmiş vadede ve miktarı belirlenmiş taksitler halinde ödemektedir. Akipek, s. 328. TKHK md. 10 f. 4 hükmüne göre tüketicinin, kredi verene borçlandığı miktarı, önceden ödeyebilmesi ya da vadesi henüz gelmemiş bir/birden çok taksit ödemesinde bulunabilmesi mümkündür. Her iki durumda da kredi veren, ödeme miktarına göre gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlü olacaktır. TKHK’na 5582 sayılı Kanun ile eklenen 10/B maddesinin 14. fıkrasında konut finansmanı sözleşmelerine ilişkin olarak tüketicinin erken ödeme hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, faiz oranının sabit olarak belirlendiği konut finansmanı sözleşmelerinde, bir ya da birden çok ödemenin vadesinden önce yapılması halinde konut finansmanı kuruluşunun tüketiciden erken ödeme ücreti talep edebileceği kararlaştırılabilecektir. Erken ödemeye konu olan kredi alacağı, ihraç edilen İTMK’lerin karşılığı olarak teminat havuzunda bulunacaktır. İşte bu düzenleme ile, kredi kuruluşu ihraççının erken ödeme neticesinde uğrayacağı kâr kaybının bertaraf edilmesi ve dolaylı olarak da İTMK yatırımcılarının zarar görmelerinin engellenmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede erken ödeme ücretinin hangi sınırlar içinde talep edilebileceği de yer almaktadır. Erken ödeme ücreti, gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın %2’sini geçemeyecektir.

(a) Teminat konusu varlıklardan, ipotekli krediler ile ikame varlıkların nominal değerleri¹¹³, İTMK'lerin nominal değerinden daha fazla ya da en az bu değere eşit olmalıdır. Nominal değer uyumuna ilişkin değerlendirmelerde, türev araç sözleşmelerinin dikkate alınmayacağı, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 20 (3) hükmünde açıkça belirtilmiştir.

(b) Teminat uyumuna ilişkin hesaplamaların yapıldığı tarihten itibaren 1 yıl içinde, teminat konusu varlıklardan elde edilmesi beklenen toplam faiz tutarının, İTMK'lerden kaynaklanması beklenen faiz ödemelerinden fazla ya da en az bu ödemelere eşit olmalıdır.

(c) Teminat konusu varlıklardan elde edilen gelirin tutar ve ödeme dönemleri, İTMK sahiplerine yapılacak ödemeleri karşılayacak nitelikte olmalıdır.

(d) Teminat konusu varlıkların net bugünkü değeri¹¹⁴, İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerin net bugünkü değerinden en %2 oranında fazla olmalıdır. İhraççı bu gerekliliğin karşılanıp karşılanmadığını, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 23. uyarınca, en az haftada bir kere uygulanması öngörülen stres testi¹¹⁵ sonucunda belirleyecektir. Bu düzenleme, ihraççıya yüklenmiş bir tür fazla teminatlandırma zorunluluğu olarak nitelendirilmelidir¹¹⁶.

¹¹³ Burada nominal değer kayıtlı değer anlamındadır. SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 20 (2) hükmünde, nominal değer hesaplanırken, ipotekli kredilerin bakiye anapara tutarlarının; ikame varlıkları oluşturan iskonto borçlanma senetlerinin ise ihraç fiyatlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir.

¹¹⁴ Net bugünkü değerin nasıl hesaplanacağı, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 17 hükmünde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre net bugünkü değer, ipotekli krediler, ikame varlıklar ve İTMK'lerin net bugünkü değerleri, gelecekte beklenen nakit akımlarının getiri eğrilerinden elde edilen faiz oranları ile iskonto edilerek hesaplanacak olan değerdir. Maddenin 2. ve 7. fıkraları arasında ise, iskontonun nasıl yapılacağı, erken ödeme söz konusu olan hallerde bunların nasıl dikkate alınacağı, ikame varlıklar ve türev araçların nasıl değerlendirileceği ile net bugünkü değerin yabancı para cinsinden nasıl hesaplanacağı hususları ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹¹⁵ SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 23 hükmünde düzenlenmiş olan stres testinin, sadece faiz oranlarındaki muhtemel değişikliklere ilişkin olarak değil, net bugünkü değer uyumunun kurlardaki muhtemel değişikliklere karşı dayanıklılığını ölçmek üzere de uygulanacağı belirtilmelidir.

¹¹⁶ Karş. Bölüm IV / III / E / 3 kısmında yer alan, fazla teminatlandırmaya ilişkin açıklamalarımız.

Her İTMK ile teminat konusu varlıklar arasında bire bir eşleşme söz konusu değildir. Esasen, ihraç edilen İTMK'ler, bunların karşılığını teşkil eden varlıklar ile sayısal olarak karşılaştırıldığında, İTMK'lerin çok daha fazla olduğu görülmektedir. Bu çerçevede anılan hükmün (c) bendi uyarınca sağlanması gereken “ödeme dönemi” bakımından uyum, İTMK'ler ile bunların karşılığını teşkil eden varlıkların aynı vadeye sahip olmalarına ilişkin değildir. Burada, İTMK sahiplerine yapılması gereken ödemeler ile teminat konusu varlıkların –taşınmaz rehni teminatlı kredi alacaklarının- getirilerine ilişkin vadelerin uyumlu olması gerekmektedir.

3. Teminat Uyum İlkelerinin İhlali Halinde Alınması Gereken Tedbirler

SPK Seri III / 33 no'lu Tebliği'nin 24. maddesi, uyum ilkelerinin (Tebliğin 16 – 23. maddeleri arasında düzenlenen sınırlamaların) ihlal edilmesi halinde, ihraççının derhal gerekli tedbirleri alması gerektiğini düzenlemiştir. Bu çerçevede ihraççı, teminat defterine yeni varlıklar kaydederek, teminat uyum ilkelerine uygunluğu sağlamalıdır. İhraççının, kendi ihraç etmiş olduğu İTMK'leri, teminat havuzunda yer alan varlık ve İTMK'lere ilişkin yükümlülüklerin yönetimi amacıyla geri satın alabilmesi de mümkündür¹¹⁷. İhraççı bu durumda, geri satın aldığı İTMK'leri teminat sorumlusuna emanet edecektir. Geri satın alınan İTMK'lerin, ihraççıda kaldıkları sürece, yapılan hesaplamalarda dikkate alınmayacakları vurgulanmalıdır.

SPK Seri III / 33 no'lu Tebliği'nin 24. maddesi 2. fıkrasında, “stres senaryolarından - teminat uyum ilkelerine ilişkin ihlallerden- herhangi birinde %2 oranında teminat fazlasının sağlanamaması da dahil olmak üzere” ifadesini kullanarak, zorunlu fazla teminatlandırmanın sağlanamaması durumunda da ihraççının yukarıda sayılan tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir.

Gerek teminat uyum ilkelerine aykırılık teşkil eden hallerde, gerekse zorunlu fazla teminatlandırma yükümlülüğünün yerine getirilemediği hallerde ihraççı, belirtilen tedbirleri alarak, söz konusu uygunsuzlukları 15 gün içinde giderebilir ise, yatırımcılar açısından bir sorun söz konusu olmayacaktır. İhraççının süresi içinde

¹¹⁷ Önen, Konut Finansmanı Sisteminin Yapılandırılması, s. 39.

gerekli tedbirleri alamaması halinde ise SPK, Tebliğ md. 29 (ç) uyarınca, ihraççı niteliğinin kaybedildiğine ilişkin karar alabilecek ve yatırımcıların bu ihlallerden korunabilmesi için SerPK tarafından öngörülen tedbirleri uygulayacaktır¹¹⁸.

¹¹⁸ İhraççı niteliğinin kaybı ve buna bağlı sonuçlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm V / II.

BEŞİNCİ BÖLÜM

İHRAÇÇININ FİNANSAL DURUMUNUN BOZULMASI HALİNDE TEMİNAT KONUSU VARLIKLARIN İDARESİ BAKIMINDAN ALINACAK TEDBİRLER VE YATIRIMCILARIN İFLASIN HUKUKİ SONUÇLARINDAN KORUNMASI

I. Genel Bakış

SPK, ihraç edilen İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine kaydedilen varlıkların, İTMK'lerin vadesi boyunca bütünlüğünü ve varlığını korumasını hedeflemektedir. İhraççının finansal durumundaki bozulmalar, bu hedefi zedeleyecek en önemli faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, teminat havuzunun, İTMK'lerden kaynaklanan toplam yükümlülüklere hizmet etmek üzere ihraççı nezdinde varlığını sürdüremeyeceğine ilişkin belirtilerin ortaya çıkmasıyla birlikte, SPK'nun derhal İTMK alacaklılarının hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik tedbirler alması gerekecektir.

İhraççının toplam yükümlülüklerinin;

- İTMK sahiplerinin İTMK'lerden kaynaklanan alacak hakları,
- Teminat havuzunda yer alan türev sözleşmelerin karşı taraflarının bu sözleşmelerden kaynaklanan alacak hakları ve
- Teminat havuzunda yer alan varlıkların SerPK'nun öngördüğü esas ve usuller çerçevesinde idaresi için atanan idarecinin, bu hizmetleri karşılığında hak kazanacağı ücrete ilişkin alacak hakkından teşekkül ettiği vurgulanmalıdır.

II. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesi Halinde Alınacak Tedbirler

A. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesine Yol Açan Durumlar

SerPK md. 13/A f. 15 hükmü, aşağıdaki hallerde İTMK sahiplerinin İTMK’lerden kaynaklanan alacak haklarının vade sonuna dek nasıl tatmin edileceğini özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre;

- İhraççının İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi;
- İhraççının yönetiminin kamu kurumuna devredilmesi;
- İhraççının faaliyet izninin kaldırılması;
- İhraççının iflas etmesi;

hallerinin tümünde, teminat havuzundaki varlıklardan elde edilecek gelir, toplam yükümlülüklerin¹, “öncelikle” karşılanmasında kullanılacaktır.

SerPK tarafından hiçbir ayırım gözetilmeksizin tek bir fıkra da toplanan bu durumlar, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ’in 29. ve 30. maddelerinde, İTMK alacaklılarının öncelik hakkına sahip olmaları açısından benzeyen ancak, teminat konusu varlıkların kim tarafından ve hangi esaslar uyarınca idare edileceğine, alacaklıların öncelikle nasıl tatmin edileceğine ilişkin farklılıklar gösteren durumlar olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Tebliğ’in 29. maddesi, ihraççının ihraççı niteliğini kaybetmesi ve bu durumda alınacak tedbirleri düzenlerken, 30. maddesi ihraççının yönetiminin kamu kurumuna devredildiği durumlarda alınacak tedbirlere ilişkindir.

Tebliğ’in 29. maddesine göre; ihraççının faaliyet izninin kaldırılması, İTMK ihracına uygun mekan, donanım ve organizasyon yapısının bozulması, risk yönetim sistemindeki aksamalar, Kanun ve Tebliğ hükümlerine ilişkin aykırılıkların teminat sorumlusu tarafından SPK’na bildirilmesi tarihinden itibaren 15 gün içinde giderilememesi, İTMK’lerden kaynaklanan vadesi gelmiş yükümlülüklerin vade

¹ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

tarihi üzerinden 15 gün geçmiş olmasına rağmen ifa edilmemiş olması ve ihraççı niteliğini kazanmış bir kuruluşun bu niteliğin kazanılmasını takip eden 3 sene içerisinde hiç İTMK ihracı yapmamış olması hallerinde, SPK tarafından ihraççının İTMK ihraççısı olma niteliğini kaybettiğine ilişkin karar alınabilecektir.

İhraççı niteliğinin kaybedilmesinin ardından İTMK’lerden kaynaklanan toplam yükümlülüklerin karşılanması ise, yine SPK tarafından, eş zamanlı olarak atanacak idareci aracılığıyla sağlacaktır.

Tebliğ’in 29. maddesinin 3. fıkrası bu hususu düzenlemiştir. Ayrıca bu hükümde, ihraççının ihraççı niteliğini kaybetmesi halinde, teminat konusu varlıkların idaresi için SPK tarafından atanacak olan idarecinin, hizmetleri karşılığında hak kazanacağı ücret alacağının da aynı kaynaktan öncelikle ödeneceği esası eklenmiştir.

B. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesi Usulü

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 29’da sayılan hallerde, SPK ihraççının ihraççı niteliğini kaybettiğine ilişkin karar alabilecektir. Oldukça geniş takdir yetkisi ile donatılmış olan ve tek taraflı işlem tesis etme gücü bulunan SPK’nun, ihraççı niteliğinin kaybedilmesine yol açacak bu kararının gerekçeli olması gerekir². İhraççı niteliğinin kaybedilmesi SPK’nun idari işlem niteliğinde bir kararına dayanacağından, idari yargının denetimine tâbi olacaktır³.

C. İhraççı Niteliğinin Kaybı Halinde “İdareci” Atanması

1. İdarecinin Atanması

Kara Avrupası hukuklarında, teminat konusu varlıkların, ihraççının iflası halinde nasıl korunacağına ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. İspanya, Fransa ve Yunanistan’da iflas idarecisi teminat varlıkların da idaresini yürütmekte iken,

² SPK’nun tüm kararlarının gerekçeli olmasının önemine ve hatta bu hususun SerPK’ndan kaynaklanan bir yükümlülük haline getirilmesinin keyfiliği engelleyeceğine ilişkin olarak bkz. Akgül, s. 113.

³ İhraççı niteliğinin kaybına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II / IV / F.

Almanya, İtalya, Polonya, Bulgaristan gibi örneklerde, teminat konusu varlıklardan oluşan havuza özel bir idareci atanmaktadır⁴.

İhraççı niteliğinin kaybedildiği durumda SPK, Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 f. 1 b. (d) ve f. 2 uyarınca bundan sonra toplam yükümlülükleri⁵ üstlenmeksizin, teminat konusu varlıkları yönetmek suretiyle İTMK alacaklılarının hak ve menfaatlerini koruyacak bir idarecinin atanmasına dair karar almalıdır. SPK tarafından atanacak idarecinin, Tebliğ’in anılan hükmü doğrultusunda, ihraççı niteliğini haiz bir başka banka⁶, ipotek finansmanı kuruluşu, bir teminat sorumlusu ya da bağımsız bir denetim kuruluşu olması mümkündür.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu md. 30 f. 2 hükmünde idarecinin, denetim otoritesinin (BaFin) talebi üzerine, ihraççının merkezinin bulunduğu yer asliye mahkemesi (Amtsgericht) tarafından atanacağı hükme bağlanmıştır. Mal idarecisi, özel malvarlığı niteliğindeki teminat konusu varlıkları, rehinli tahvil (pfandbrief) alacaklıları ile teminat teşkil etmek üzere, teminat siciline tescil edilmiş olunan türev sözleşmelerin karşı taraflarının menfaatlerini gözetmek suretiyle idare edecektir⁷.

SerPK ve ilgili Tebliğ’de yer alan, idareciye ilişkin düzenlemelerin, kaynak kanuni düzenlemeden tek farkı, atama makamına ilişkindir. İdareci, yargı organı tarafından değil, SPK tarafından atanacaktır⁸. SPK tarafından gerçekleştirilecek atama idari

⁴ Stöcker, Funding of Mortgages, s. 28; **ECBC Technical Questionnaires (İlgili Ülke Raporları)**.

⁵ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

⁶ İdareci olarak bir bankanın belirlenmesinin düşünüldüğü hallerde, SPK’nun, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md.29 f. 2 uyarınca, bankanın idareci olmasına engel bir durumun bulunup bulunmadığına ilişkin olarak BDDK’nın görüşüne başvurulması gerekmektedir.

⁷ Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2700.

⁸ Kanuni dayanağını SerPK md 13/A f. 15’te bulan SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 f. 2 hükmü şöyle kaleme almıştır: “İhraççının ihraççı niteliğini kaybetmesi halinde SPK eşzamanlı olarak, İTMK sahiplerinin menfaatlerinin korunması amacıyla, toplam yükümlülükleri üstlenmeksizin, teminat varlıkları yönetmek ve teminat varlıklardan elde edilen gelir yeterli olduğu ölçüde, toplam yükümlülüklerden kaynaklanan ödemeleri yapmak üzere, ihraççı niteliğini haiz bir başka banka ya da ipotek finansmanı kuruluşunu, teminat sorumlusunu veya başka bir bağımsız denetim kuruluşunu idareci olarak atar”.

işlem niteliğindedir. Bu itibarla idari yargının denetiminde olacaktır^{9 10}. Atamanın SPK tarafından yapılacağının düzenlenmesindeki amaç, güvenilir ve doğru idarecinin en kısa sürede atanarak, İTMK alacaklılarının haklarının hiç zarara uğratılmamasının sağlanması olsa gerekir.

İdarecinin hukuki niteliğini incelerken tespit edeceğimiz üzere, idareci, kanuni temsilci sıfatıyla ihraççıya ait haklar üzerinde tasarruflarda bulunacaktır¹¹. Ticari şirketlerde temsil ilişkilerinin TTK md. 300 / f. 8 hükmü gereği, ticaret siciline kaydedilip, ilanı gerekmektedir¹². Bu doğrultuda, anonim şirket olan ihraççı için idareci tayin edildiğinde, idarecinin şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilanı şart olacaktır. Bu bildirimi, idareciyi atayan SPK'nun yapması uygun olur. Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 31 / f. 2 / b. 3, idareciyi atayan mahkemenin, idarecinin atandığını veya atamanın geri alındığı hallerde atamanın geri alındığını, ilgili ticaret siciline bildireceğini açıkça hükme bağlamıştır.

2. İdarecinin Hukuki Niteliği

İhraççının, bu niteliğini kaybetmesine ilişkin olarak Tebliğ md. 29 hükmünde sınırlı olarak sayılmış olan durumlarda, idareci, SPK tarafından atanmaktadır. Atamanın amacı, İTMK'lerin teminatını teşkil eden teminat konusu varlıkların yönetimidir¹³. Bu anlamda, özel bir malvarlığı teşkil eden teminat defterinde kayıtlı varlıkların yönetimi için kayyım atanması söz konusudur¹⁴.

⁹ Karş. Bölüm II / IV / F kısmında yer alan açıklamalarımız.

¹⁰ İhraççının mülkiyet hakkını etkileyen, hatta kaldıran tasarruflarda bulunma yetkisi ile donatılmış olan mal idarecisinin, SPK tarafından idari işlemle atanmasına ilişkin düzenlenmenin, hukuken problemli olduğunu savunan görüş için bkz. Doğru, s. 340.

¹¹ Bkz. Bölüm V / II / C / 3 kısmında yer alan açıklamalarımız.

¹² Karş. Mustafa Alper Gümüş, **Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık**, İstanbul, 2006, s. 125.

¹³ Yönetim kavramı, bir malvarlığının gereği gibi korunma ve idaresini teminat altına almak üzere alınması gereken hukuki ve fiili önlemlerin bütünüdür ifade etmektedir. Gümüş, **Kayyımlık**, s. 67.

¹⁴ Kayyımlık, kişilerin sınırlı-özel durumlardaki temsil ve/ya koruma ihtiyacını sağlamaya yönelik bir vesayeti önlem olup, burada geniş anlamda kayyımlık olarak algılanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, **Kayyımlık**, s. 2.

“İdareci” adı altında atanacak bu kayyımın hukuki niteliği de belirlenmelidir. “Teknik anlamda kayyımlık ile münhasıran ve doğrudan kayyımlık altına alınan kişinin menfaati korunur”¹⁵. Burada kayyım, ihraççının mülkiyetinde yer alan, ancak işletilen finansman sağlama sistemi çerçevesinde özel bir malvarlığı olarak kabul edilen teminat havuzundaki varlıkları –taşınmaz rehni teminatlı alacaklar / ikame varlıklar / türev sözleşmeler- aktif olarak yönetecektir¹⁶. SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ’in 29. maddesinin 2. fıkrasında kullanılan “İTMK sahiplerinin menfaatlerinin korunması amacıyla idareci atar” ifadesinin lafzı uyarınca değerlendirme yapılır ise, kayyım, özel malvarlığının maliki olan ihraççının değil, ancak bu malvarlığından kanun gereği hakları öncelikle karşılanacak İTMK alacaklılarının menfaatlerini koruyacaktır. Teminat havuzunun varoluş amacı düşünülür ise, İTMK alacaklılarının menfaatlerinin gözetilmesi gerektiği şüphesizdir. Diğer taraftan, anılan maddenin lafzı ile bağlı kalınmayarak, finansman sisteminin genel yapısı doğrultusunda değerlendirme yapıldığında, idareci (kayyım) görevlerini ifa ederken, sadece İTMK alacaklılarının menfaatlerini değil, ihraççının da menfaatlerini gözetmiş olacaktır.

SPK tarafından atanacak idarecinin, yönetim işlerini sürdürürken, sistemin özü gereği, birden fazla menfaati dengeleyecek olması, idarecinin, yönetim kayyımlığı¹⁷ şeklinde ortaya çıkan bir güven kayyımı¹⁸ olarak nitelendirilmesine imkan

¹⁵ Gümüş, **Kayyımlık**, s.6.

¹⁶ Özel bir malvarlığı oluşturmak koşulu ile yönetim yetersizliği yaşayan kısmi bir malvarlığının da yönetim kayyımlığına konu olması kabul edilmektedir. Gümüş, **Kayyımlık**, s. 65-66. Burada ise ihraççının malvarlığının değil, malvarlığının bir parçası olan, İTMK’lerin teminatını teşkil eden varlıkların yönetilmesi hedeflenmektedir. İTMK’lerin teminatını teşkil eden varlıkların bütününi teminat havuzu olarak adlandırdığımız ve teminat havuzunu da özel malvarlığı olarak nitelendirmiş olduğumuzdan (Karş. Bölüm III / II / C’de yer alan açıklamalarımız), ihraççının malvarlığının sadece İTMK’lerin teminatını teşkil eden varlıklardan oluşan bölümünün yönetim kayyımlığına konu olması önünde bir engel bulunmamaktadır.

¹⁷ Kayyımın, bir malvarlığını yönetmek için atandığı durumlarda, yönetim kayyımlığından söz edilmektedir. Gümüş, **Kayyımlık**, s. 6.

¹⁸ “Güven kayyımı” kavramı ve ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, **Kayyımlık**, s. 7 vd. Güven kayyımında kayyım, aynı anda birden fazla menfaati gözetip kollamaktadır. Güven kayyımının sağlayacağı yönetimin, bir yargısal organ tarafından özel hukuk hükümlerine göre atanacak bir “mal idarecisi” (Sachwalter) tarafından da sağlanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Gümüş, **Kayyımlık**, s. 7. Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 30 ve md. 31 hükümlerinin, ihraççının iflası halinde ve gerekli görülen hallerde iflası söz konusu olmaksızın ödeme güçlüğüne düştüğü ya da bu tehlikenin başgösterdiği hallerde, teminat konusu varlıkların idaresi amacıyla

vermektedir. Güven kayyımlığında, kayyımın farklı menfaatleri dengelemek suretiyle –burada- yönetimi sağlaması, vesayet hukukunun, vesayete ve kayyımlığa ilişkin kurallarının bu hallerde daha esnek biçimde uygulanmasını gerektirmektedir¹⁹. Kaldı ki, bu kayyımın görevleri SerPK md. 13/A f. 15 ve SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 hükümlerinde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Atama makamı SPK olduğundan, gerekli denetimin yürütülmesi de yine SPK’na bağlı olacaktır. Bu itibarla, TMK’nun kayyımın görevleri ve denetimine ilişkin hükümlerinin SerPK md. 13/A f. 15 çerçevesinde atanacak kayyımlar bakımından uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Ancak, idarecinin görevlerini ifası sırasında neden olabileceği zararlara ilişkin olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı, sorumlu tutulabilecek ise, kime karşı, hangi hukuki sebebe dayanılarak sorumlu tutulabileceğine ilişkin değerlendirmelerde, kayyımın hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere kıyasen başvurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır²⁰.

3. İdarecinin Görev ve Yetkileri

SerPK md. 13/A f. 15 (c) hükmünde “..... teminat havuzundaki varlıkların idaresi ve bu havuzdan elde edilen gelirin İTMK sahiplerine ödenmesi işlemlerini yürütecek bir idareci atanır” ifadesi yer almaktadır²¹. Teminat konusu varlıkların hangi işlemlerin yapılması suretiyle idare edileceği ise, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 hükmünde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre idareci;

atanacak idareciyi “Sachwalter” (mal idarecisi) olarak düzenlemiş olması, yapmış olduğumuz hukuki nitelendirmeyi destekler niteliktedir.

¹⁹ Gümüş, **Kayyımlık**, s. 7.

²⁰ Bkz. Bölüm V / II / C / 4 kısmında yer alan açıklamalarımız.

²¹ Alman Rehinli Tahvil Kanunu’na (PfandBG) göre, rehinli tahvil ihraççısının iflası halinde (md. 30 / f. 1) ya da gerekli ise iflasın açılmasında önce (md. 30 / f. 5), kanunun 30. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca atanacak olan teminat havuzu idarecinin, teminat konusu varlıklar üzerinde tasarruf işlemleri yapmak üzere yetkili olduğu açıkça düzenlenmiş (md.30 / f. 2 / b. 5) bulunmaktadır. Bu yetkinin sınırları ise, hangi koşullarda hangi işlemlerin yapılabileceğine ilişkin olarak ilgili maddelerde çizilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2700.

- Tebliğ'in 12. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, teminat konusu varlıkların nakit akışlarından ihraççıya ait hesaba aktarılan paralardan, İTMK alacaklıları ve türev sözleşmelerin karşı taraflarının vadesi gelen ödemelerini yapacaktır,
- Teminat konusu varlıkları aktif olarak yönetecek, gerektiğinde varlık satabilecek, yeni varlık satın alabilecek, kredi kullanabilecek ya da teminat konusu varlıkları kullanarak repo işlemleri gerçekleştirebilecektir,
- Teminat konusu varlıkların nakit akışlarının toplam yükümlülükleri karşılamaya yeterli gelmediği hallerde, SPK'nun uygun görüşünü alarak, teminat konusu varlıkları ve bu varlıkların karşılık (teminat) teşkil ettiği İTMK'lerden kaynaklanan toplam yükümlülükleri yeni bir ihraççıya devredebilecektir,
- Yeni ihraççı bulunamaması halinde ise, SPK'na erken itfa teklifinde bulunabilecek ve uygun bulunması halinde teminat konusu varlıkların nakde dönüştürülmesi işlemlerini yürütecektir.

Tebliğ'de sayılan görevlerin ifası ve yetkilerin kullanılması, ihraççının malvarlığında bulunan haklara doğrudan etki yaparak, söz konusu hakkı başkasına devreden ya da sınırlayan, değiştiren veya sona erdiren hukuki işlemlerdir. Bir hakka doğrudan doğruya etki yapmak suretiyle, o hakkı başkasına devreden, sınırlayan, külfet yükleyen, değiştiren ya da sona erdiren hukuki işlemler "tasarruf işlemleri" olarak nitelendirilmektedir²². Bu anlamda idareci, görevlerini ifa ve yetkilerini kullanma esnasında, tasarruf işlemi niteliğinde işlemler yapmaktadır.

Ancak tasarruf işlemlerinde, tasarrufta bulunanın, hakka doğrudan etki yapma gücü olan tasarruf yetkisine sahip olması şarttır²³. Teminat defterine kaydedilmiş varlıklar olan alacak hakları, ihraççının malvarlığına aittir. Prensip olarak, bir hakta tasarruf

²² Oğuzman / Barlas, s. 141; Dural / Sarı, s. 173 vd.; von Tuhr, s. 189; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 160 vd; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 45 vd.

²³ Oğuzman / Barlas, s. 159; von Tuhr, s. 210 vd; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 46-47; Erman, **Medeni Hukuk**, s. 71 vd.

yetkisi, hakkın sahibine aittir²⁴. Bu prensip doğrultusunda, varlıklar teminat havuzunda yer alan haklar üzerinde tasarruf etme yetkisi, hakların sahibi olan ihraççıya ait olmalıdır. Bir kimsenin başkasının hakkı üzerinde tasarruf edebilmesi için, hak sahibinin o kimseye bu yetkiyi tanımış olması ya da bu yolda özel bir kanuni düzenlemenin mevcut olması gerekmektedir²⁵. O halde, burada idarecinin ihraççıya ait haklar üzerinde tasarruf edebilmesi ancak, hak sahibi olarak ihraççının idareciye buna ilişkin temsil yetkisi tanımış olması ya da bu hususta özel bir kanun hükmünün bulunması hallerinde söz konusu olabilecektir. Kayyım olarak nitelendirdiğimiz idarecinin bu anlamdaki yetkisinin dayanağını, SerPK md. 13/A f. 15 (c) hükmü teşkil etmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, idarecinin kayyım niteliğine bağlı kanuni temsil yetkisi bulunmaktadır.

SerPK, idarecinin kanuni temsil yetkisinin sınırlarına ilişkin bir düzenleme getirmemekte ise de, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 hükmü, idarecinin hangi hallerde, hangi işlemleri yapabileceğini belirlemek suretiyle, yetkinin sınırlarını çizmiştir. İdareci, kanuni temsil yetkisine dayanarak, Tebliğ'in 29. maddesi hükmü çerçevesinde ihraççı adına tasarruf işlemleri yapabilecektir.

4. İdarecinin Hukuki Sorumluluğu

SerPK, idarecinin, görevlerinin ifası sırasında vereceği zararlara ilişkin sorumluluğunu düzenlemiş değildir. Sadece, SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 29'un 6. fıkrasında, idarecinin yeni ihraççı bulunamaması ve teminat konusu varlıklardan elde edilen gelirin yeterli olmaması durumunda, toplam yükümlülüklerden²⁶ kaynaklanan ödemelerin yapılmasından sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. O halde, idarecinin hangi halde sorumlu olduğu değil, hangi halde sorumlu olmadığı düzenlenmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan, teminat konusu varlıklardan elde edilen gelirin yeterli olmasına rağmen, idarecinin kötü yönetimi

²⁴ Oğuzman / Barlas, s. 159.

²⁵ Oğuzman / Barlas, s. 159; Von Tuhr, s. 212.

²⁶ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

sonucu ihraççının zarara uğraması halinde hiç sorumlu olmayacağının kabulü mümkün olmamalıdır.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 30 / f. 2 / b. 6, teminat konusu varlıkları yönetmek üzere atanacak mal idarecisinin (sachwalter), aynı zamanda ihraççı rehinli tahvil bankasını mahkemede ya da mahkeme dışında temsil edeceğini düzenlemiştir. Kanun'un (PfandBG) 31 / 6 hükmü ise, mal idarecisinin yönetimi, basiretli ve dikkatli bir idareciden beklenen özeni göstermek suretiyle yürütmesi gerektiğini düzenlemiş; görevi gereği yüklendiği borçlara aykırı davranmasından dolayı ihraççının uğrayacağı zararları tazmin ile yükümlü olacağı da belirtilmiştir. O halde idareci, görevinin ifası sırasında özen yükümlülüğüne aykırı zarar doğuran davranışları dolayısıyla, kanun (PfandBG) uyarınca sorumlu olacaktır.

SerPK ve ilgili Tebliğ ise, belirtmiş olduğumuz üzere, böyle bir sorumluluğa ilişkin özel düzenleme içermediğinden, idarecinin bu gibi hallerde hangi hukuki sebebe dayanarak sorumlu tutulabileceği belirlenmelidir. Kayyım olarak nitelendirmiş olduğumuz idareci, teminat konusu varlıklar üzerinde, kanunun kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak üçüncü kişilerle hukuki işlem yaparken, üzerinde tasarruf edilen hakların sahibi ihraççının iradesinden değil de kanundan kaynaklanan bir temsil yetkisine dayanan temsilci sıfatıyla hareket edecektir²⁷. Bir başka ifade ile, kayyım niteliğindeki temsilcinin ihraççıyı temsil yetkisi SerPK'ndan doğar, fakat yine kanun gereği SPK tarafından atanma kararı da gereklidir²⁸.

Kanuni temsil yetkisinin söz konusu olduğu hallerde temsil olunan ile temsilci arasında, vekâlet sözleşmesine benzer bir borç ilişkisinin tesis edildiği kabul edilmektedir²⁹. Ancak müvekkil, vekili yetkilendirmiş olduğu hususlara ilişkin hukuki işlem yapma hakkını haiz iken, kanuni temsilcinin yapma hakkını haiz

²⁷ Bizzat temsil edilen kimsenin iradesinden kaynaklanmayan tüm temsil yetkilerinin kanuni temsil yetkisi olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. von Tuhr, s. 342; Kocayusufpaşaoğlu, s. 628.

²⁸ Karş. Kayyımın temsil yetkisinin kanundan doğduğu ancak mahkeme kararına lüzum gösterdiği haller. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 169. Aynı yönde bkz. Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 169-170.

²⁹ Von Tuhr, s. 342; Kocayusufpaşaoğlu, s. 628.

olduğu hukuki işlemleri temsil edilenin bizzat yapması kural olarak mümkün bulunmamaktadır³⁰. Bu çerçevede, idarecinin atanmasına rağmen, ihraççının teminat defterine kaydedilmiş olan varlıklara ilişkin olarak gerçekleştireceği tasarruflar hükümsüz olacaktır. Kural olarak, idarecinin atanmasından sonra yapılan tasarruflar bakımından, üçüncü kişinin iyiniyetinin de önemi olmayacaktır. Buna göre, teminat defterine kayıtlı alacakların borçluları –kredi borçluları-, idarecinin atanması ile birlikte artık ihraççıya ödemede bulunarak borçlarından kurtulamayacaklardır. Burada da artık teminat konusu varlıkların ödemelerine el atma hakkı idarecidedir.

Diğer taraftan, kanuni temsilin, temsil edilenin iradesine dayanmadığı hallerde, temsilci, kural olarak temsil edilen kimsenin talimatlarını dikkate almak durumunda değildir³¹. Temsilcinin yaptığı işlemler temsil yetkisi sınırları içinde kalmak kaydıyla geçerli olup, temsilci göstermekle yükümlü olduğu dikkat ve basireti aksatır ise sebep olduğu zarardan sorumlu olacaktır³². Bu esaslar uyarınca, idareci açısından tesis edilen kanuni temsil ihraççının iradesine dayanmadığından, idarecinin ihraççının talimatlarını dikkate alması zorunluluğu elbette ki söz konusu olmayacaktır. İdareci, temsil yetkisinin sınırları içinde kalan işlemleri geçerli olarak icra edebilecek, ancak bu esnada gerekli dikkat ve basireti gösterme yükümlülüğü altında bulunacaktır. İdarecinin gerekli basiret ve dikkate aykırı davranışlarından kaynaklanan zararlar için de, ihraççı, idarecinin sorumluluğuna gidebilecektir.

İdarecinin bu sorumluluğu, vekilin sorumluluğuna kıyasen³³, iş görmede özen gösterme borcu bulunduğunun kabulüne dayanmaktadır. Vekilin, edim sonucunun

³⁰ Von Tuhr, s. 345; Kocayusufpaşaoğlu, s. 628.

³¹ Von Tuhr, s. 343. Vekilin, müvekkilin talimatlarına uygun hareket etme yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 436 vd.

³² Von Tuhr, s. 344. Burada sorumluluk, “bir kimsenin diğerine karşı ıka ettiği zarar verici ve hukuka aykırı bir fiilden ötürü ona karşı sorumlu tutulması, yani bir tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmesi” anlamında kullanılmıştır. Kocayusufpaşaoğlu, s. 26.

³³ Vekilin iş görmesinde özen gösterme borcunun kanuni dayanağı olan BK md. 390, vekilin sorumluluğunun işçinin sorumluluğu gibi olduğunu belirterek hizmet sözleşmesi hükümlerine yollama yapmıştır. Bu yollamanın yapıldığı BK md. 321 çerçevesinde değerlendirildiğinde vekil, iş görmesinde her türlü özeni göstermelidir ve her türlü özen eksikliğinden kaynaklanan zararları gidermekle yükümlüdür.

başarılı biçimde gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin normal akışına göre gerekli davranışlarda bulunmak ve bunu engelleyecek davranışlardan kaçınmak suretiyle, belirli sonuca yönelik edim fiilini özenle yerine getirmesi gerekmektedir³⁴. Vekilin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığının ispatlanması halinde sorumluluğuna gidilebilecektir³⁵, meğer ki vekil kusursuz olduğunu ispat edebilsin³⁶.

Bu çerçevede idareci, özen yükümlülüğüne aykırı davranışları nedeniyle, örneğin teminat konusu varlıkların satışına ya da yeni varlık satın alınmasına ilişkin işlemlerindeki özensizliğinden, ihraççının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Bunun için ihraççının, özen borcunun yerine getirilmediğini ispatlaması gerekecektir. İspat yükünü yerine getiren ihraççıya karşı idareci, kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir.

Diğer taraftan, kayyımlığa ilişkin kuralların kıyasen uygulanması suretiyle de, idarecinin sorumluluğuna gidilebilmelidir.

Buna göre, TMK md. 467'nin öngördüğü sorumluluk hükmü³⁷, burada da uygulanmalıdır³⁸. Bu hükümde düzenlenen sorumluluk temelde, vasiye ilişkin bir haksız fiil sorumluluğu niteliğindedir. Ancak hükmün ikinci fıkrası uyarınca kayyım ve yasal danışmanlara da uygulanabilecektir. Buna göre, kayyımın söz konusu

³⁴ Aral, **Borçlar Hukuku**, s. 404; Yavuz, **ÖBİ**, s. 641 vd; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 410; Başpınar, **Vekilin Özen Borcu**, s. 127 vd. “Özen” kavramına ilişkin olarak bkz. Gümüş, **Özen Borcu**, s. 45 vd.

³⁵ Yavuz, **ÖBİ**, s. 643; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 432; Gümüş, **Özen Borcu**, s. 383.

³⁶ Yavuz, **ÖBİ**, s. 643; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri, C. II**, s. 432; Gümüş, **Özen Borcu**, s. 383.

³⁷ TMK md. 467 hükmü şöyle kaleme alınmıştır: “Vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışlarıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zararlardan sorumludur. Kayyım ve yasal danışmanlar hakkında da aynı hüküm uygulanır”.

³⁸ TMK md. 880 hükmüne göre ipotekli alacaklıya atanacak kayyım da güven kayyımı olarak nitelenmekte ve güven kayyımlığı niteliği gereği kayyımlığa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Gümüş, **Kayyımlık**, s. 286; Helvacı, **İpotek**, s. 397.

hüküm çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi, hukuka aykırı eylemiyle uygun illiyet bağı içerisinde olan bir zararın meydana gelmiş olmasını gerektirmektedir³⁹.

İdarecinin de, şartların bulunması halinde bu kapsamda sorumlu tutulabilmesi gerekir. Zarara uğraması halinde, idarecinin sorumluluğuna gidebilecek kişiler arasında ise, ihraççının yanı sıra, doktrindeki TMK md. 467 hükmünün uygulama alanına ilişkin geniş yoruma dayanılarak, İTMK alacaklılarını ve diğer ilgililer olarak teminat havuzunda yer alan türev sözleşmelerin karşı taraflarını da saymak mümkün olmalıdır⁴⁰.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, Tebliğ'in 29. maddesinin 2. fıkrasına göre yapılacak devirlerdir. SPK tarafından, idareci olarak atanan ihraççı niteliğini haiz bir başka banka, teminat konusu varlıkların gelirlerinin yetersizliği halinde, toplam yükümlülükler⁴¹ ile bunların teminatını teşkil eden teminat havuzundaki varlıkların, bir başka ihraççıya devredilmesine ilişkin olarak kendisine tanınan tasarruf yetkisine dayanarak, - diğer bir ihraççı olarak- kendisine devir yapabilecek midir?

Bu ihtimalde, idareci –devralan ihraççı olarak- ile ihraççının menfaatleri çatışmaktadır. Vekâlette olduğu gibi, kanuni temsilde de, ancak söz konusu işlem temsil edilen ile temsilci arasında hiçbir menfaat çatışmasını sonuçlamıyor ise, temsilcinin kendi kendisi ile işlem yapması mümkündür⁴². O halde, yeni ihraççıya devir hususunda SPK'nun da uygun görüşü alınması gerektiğinden, SPK'nun bu değerlendirmeyi yapmak suretiyle görüş bildirmesi gereklidir.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural / Ögüz / Gümüş, s. 438 vd.

⁴⁰ TMK md. 467 hükmünün sadece kayyımlik altındaki kişinin değil, tüm ilgililerin kayyımın kusurlu davranışıyla uğradığı zararlara ilişkin olarak uygulanacağı hakkında bkz. Leemann, Sachenrect, Art. 823, N. 11; Gümüş, **Kayyımlik**, s. 287. Hükmün, ipotekli alacaklıya atanacak kayyım bakımından değerlendirilmesi için bkz. Helvacı, **İpotek**, s. 397.

⁴¹ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

⁴² von Tuhr, s. 344.

Son olarak, sorumluluğu gerektirecek bir durum ortaya çıkmadan önce, bu gibi hallerin önlenmesine yönelik denetim niteliğinde tedbirlerin söz konusu olup olmadığı da irdelenmelidir.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 30 / f. 2 gereği mahkeme tarafından atanacak olan mal idarecisinin (sachwalter), Kanun'un 31. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, aynı mahkemenin denetimi altında olacağı ve mahkemenin kendisinden her zaman, mevcut duruma ilişkin bilgi isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede mahkemenin, kamusal denetim makamı olan BaFİ'nin talebi üzerine, yeterli sebep var ise mal idarecisinin atanmasını geri alabilmesi de mümkündür. (PfandBG md. 31 / f. 1 / b. 3).

SerPK'nda, idarecinin denetimi ile ilgili özel hüküm bulunmamaktadır. SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 29 hükmünde ise, idarecinin toplam yükümlülüklerin ve teminat konusu varlıkların başka ihraççıya devri öncesinde, SPK'nun uygun görüşünü alması gerektiği, idareci tarafından getirilecek İTMK'lerin erken itfasına ilişkin önerinin de yine SPK tarafından uygun bulunması halinde yürütülebileceği açıkça belirtilmiştir. Bu anlamda, SerPK hükümleri uyarınca, SPK tarafından atanan idarecinin, yine SPK'nun gözetim ve denetimi altında olacağı açıktır.

İdarecinin yetkilerini kullanma ve görevlerini ifa sırasında, sebep olduğu zararlardan şahsi olarak sorumluluğu esastır. Ancak, SPK'nun idareciyi denetleme görevini yeterince yerine getirmemesi sebebiyle “hizmet kusuru”⁴³ bulunduğu ve bu çerçevede SPK'nun da söz konusu zararlardan sorumlu olması gerektiği iddiası gündeme gelebilir. İdari kararlarda, böyle bir sorumluluğu kabul etme yönünde istikrar bulunduğunu söylemek şu an için mümkün görünmemektedir. Ancak, SPK açısından “hizmet kusuru”nun konu edildiği yakın tarihli Danıştay kararları mevcuttur.

Yatırımlarını değerlendirdiği aracı kurumun (Menkul Değerler A.Ş.) faaliyetlerinin SPK tarafından durdurulması neticesinde zarara uğrayan bir yatırımcının, SPK'nun

⁴³ “Hizmet kusuru, kamu görevlilerinin, görevlerinin ifasından ayrılamaz nitelikte olan kusurları” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 729.

hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla, Ankara 9. İdare Mahkemesi'nde SPK'na karşı açtığı dava, davalı idarenin hukuka aykırı bir eylem veya işlemi sebebiyle meydana gelen bir zarardan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir⁴⁴. Karar, davacı tarafından temyiz edilerek, Danıştay 10. Dairesinin önüne gelmiştir. Danıştay Savcısı, SPK'nun aracı kurumlar üzerinde sahip olduğu denetim yetkisini süresinde ve etkin biçimde yerine getirerek aracı kurumun usulsüz işlemlerini zamanında saptayamadığından davacının zararına yol açmış olduğu, bu yüzden hizmet kusuru esaslarına göre tazmini gerekirken davanın reddinde hukuka uyarlık bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Ancak, Danıştay 10. Dairesi, kararın usul ve hukuka uygun olduğunu, dilekçedeki temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığını belirterek, kararı oyçokluğu ile onamıştır⁴⁵. Karşı oy görüşünde ise, davacı ile aracı kurum arasında doğan alacağın, aracı kurumun faaliyetinin idarece durdurulması sebebiyle tahsil edilemediğinin tartışmasız olduğu gerekçesiyle davanın reddi yönündeki kararın onanmasına ilişkin çoğunluk kararına katılmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi, daha yeni tarihli bir kararında ise, SPK'nun hizmet kusuru çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir. SPK tarafından aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisi iptal edilmesine rağmen devlet iç borçlanma senedi satmayı sürdüren İmar Bankası A.Ş.'den, senet alarak zarara uğrayan bir yatırımcının, BDDK ve SPK'nun hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla açtığı davada, Danıştay 13. Dairesi; asli görevi sermaye piyasalarının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek olan SPK'nun, gözetim ve denetim görevini gereği gibi yapmamış olması nedeniyle hizmet kusuru bulunduğu sonucuna vararak, davacının zararını tazmin etmesi yönünde karar verilmiştir⁴⁶.

⁴⁴ Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 26.03.1997 T. 1996-1056 E. / 1997-397 K. Sayılı Kararı. Atay / Odabaşı / Gökcan, s. 332.

⁴⁵ Danıştay 10. Dairesi, 21.01.2001 T. / 198 E. / 143 K. Sayılı Kararı. Bkz. Atay / Odabaşı / Gökcan, s. 332 – 333.

⁴⁶ Danıştay 13. Daire'sinin 02.12.2005 T. / 2005-2625 E. / 2005-5753 K. Sayılı Kararı için bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.10.2008.

Somut olayın şartları çerçevesinde, SPK'nun idarecinin seçiminde isabetsiz davranması ya da seçilen idareciyi gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi dolayısıyla ve sair sebeplerle hizmet kusuru bulunduğu tespiti halinde; idarecinin işlemlerinden dolayı zarara uğrayan bir İTMK yatırımcısının, idareciyi atayan ve denetleyen SPK'nun sorumluluğuna başvurmasının söz konusu olabileceği vurgulanmalıdır.

D. İhraççı Niteliğinin Kaybedilmesine ve İdareci Atanmasına İlişkin SPK Kararlarının Teminat Konusu Varlıklar Üzerindeki Etkisi

SPK, ihraççı niteliğinin kaybedilmesine ilişkin kararı ile eşzamanlı olarak, ihraç edilen İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine kaydedilmiş olan varlıkları, İTMK alacaklılarının hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla yönetecek bir “idareci” atanmasına da, SerPK md. 13/A f. 15 (b) ve (c) ile SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 / f. 2 hükümleri uyarınca, karar verecektir.

SPK'nun bu eşzamanlı kararları ile ihraççının genel malvarlığından farklı bir hukuki statüye tâbi olarak, özel malvarlığı niteliği arzeden teminat havuzu, idareci tarafından yönetilmeye başlanacaktır. Teminat konusu varlıklar, öncelikli olarak İTMK'lerden kaynaklanan toplam yükümlülüklerin⁴⁷ tatminine hizmet etmek üzere, idareci tarafından tasarruf işlemlerine de konu edilebilecektir⁴⁸.

E. Teminat Konusu Varlıkların İdareci Tarafından Yönetilmesi

1. Toplam Yükümlülükleri Üstlenmeksizin Teminat Konusu Varlıkların İdaresi ve İTMK'lerden Kaynaklanan Hakların Teminat Konusu Varlıkların Gelirlerinden Öncelikli Olarak Karşılanması

a. Genel Bakış

SerPK md. 13/A f. 15, ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet

⁴⁷ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

⁴⁸ Özel malvarlığı kavramına ve bu belli amaca tahsis edilmiş haklar bütününe nitelendirilmesine ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerimiz için bkz. Bölüm III / II / C kısmında yer alan açıklamalarımız.

izninin kaldırılması veya iflası hallerinde, teminat havuzlarındaki varlıklardan elde edilen gelirin, öncelikle, İTMK sahiplerine ve teminat havuzunda yer alan varlıkların riskten korunması amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin karşı taraflarına yapılacak ödemelerde kullanılacağını hükme bağlamıştır.

SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 f. 3’te ise, ihraççının ihraççı niteliğini kaybetmesi halinde atanacak idareciye yönetim hizmetleri karşılığında ödenecek ücretin de –kanunda belirtilen toplam yükümlülüklerin yanı sıra- teminat konusu varlıkların gelirlerinden, öncelikle karşılanacağı ifade edilmiştir. Zaten SerPK md. 13/A f. 15’te sayılan haller, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 f. 1’de, ihraççının ihraççı niteliğinin kaybını sonuçlayan haller olarak sayılmış bulunmaktadır. O halde, her iki düzenlemeyi birlikte değerlendirerek bir genelleme yapmak mümkündür.

Buna göre, ihraççının ihraççı niteliğinin kaybı halinde toplam yükümlülükler, teminat havuzundaki varlıkların gelirlerinden, öncelikli olarak karşılanacaktır. Üç grup alacak hakkından teşekkül eden toplam yükümlülükler⁴⁹ arasında herhangi bir öncelik söz konusu değildir⁵⁰. O halde, İTMK sahiplerinin İTMK’lerden kaynaklanan alacak hakları, teminat havuzunda yer alan varlıkların korunması için kurulan türev sözleşmelerin karşı taraflarının, bu sözleşmelerden kaynaklanan hakları ve nihayet teminat konusu varlıkların idaresi için atanan idarecinin, yönetim hizmetlerin karşılığında kazanmış olduğu ücret alacağı hakkı, aynı sırada öncelik hakkını haizdir. Teminat havuzundaki varlıkların nakit akışlarının, tüm bu öncelikli hakları karşılamaya yetmemesi halinde dağıtımın nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olması, bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 29 (6) hükmünde, İTMK’lerin erken itfa edilmesi halinde, teminat konusu varlıklardan elde edilecek gelirin, İTMK sahipleri ve türev sözleşmelerin karşı tarafları arasında, hakları oranında paylaştırılacağı düzenlenmiştir. Teminat konusu varlıkların nakit akışlarının, tüm öncelikli hakları

⁴⁹ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

⁵⁰ Adıgüzel, SerPK md. 13/A f. 15 düzenlemesindeki “ve” bağlacını “veya” olarak kabul ederek değerlendirme yapmıştır. Buna göre yazar, ilk öncelik hakkının İTMK sahiplerine ait olduğunu, ikinci derecede ise teminat havuzlarını koruyucu ek teminat veren sözleşmelerin yer aldığını belirterek, öncelik hakkına ilişkin bir derecelendirmeye gitmiştir. Bkz. Adıgüzel, s. 166.

karşılamaya yetmemesi halinde nasıl dağıtılacağına ilişkin olarak benzer nitelikte bir düzenleme yapılmış olması isabetli olurdu.

b. İTMK’lerden Kaynaklanan Hakların Öncelikli Olarak Karşılanması

(1) Öncelik Hakkının Hukuki Niteliği

İTMK sahiplerinin bu menkul kıymetlerden kaynaklanan hakları, borçlunun malvarlığından ya da bunun belirli bir kısmından, borçlunun diğer alacaklıları karşısında öncelikli olarak karşılanacaktır. Bunu sağlamak amacıyla, İTMK’in karşılığını teşkil eden varlıklardan kaynaklanan nakit akışlarının, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 12 f.2, uyarınca ihraççının diğer hesaplarından ayrı bir hesapta toplanması öngörülmüştür. Bu hesapta toplanan para ile öncelikle İTMK sahiplerinin, türev sözleşmelerin karşı taraflarının ve idarecinin alacak hakları karşılanacak, bu alacaklar karşılandıktan sonra geriye bir değer kalır ise, kalan bu değerden ihraççının diğer alacaklılarının alacak haklarının karşılanması gündeme gelecektir.

İTMK sahipleri, teminat havuzunda yer alan türev sözleşmelerin karşı tarafları ve ihraççı niteliğinin kaybı halinde SPK tarafından atanan idarecinin öncelik hakkına sahip olması, SerPK md. 13A / f. 1’de yer alan, teminat havuzundaki varlıkların İTMK’lerin karşılığını teşkil ettiği ifadesi ile birlikte değerlendirildiğinde, teminat konusu varlıkların değerlerinin bu kişilere hangi esaslar çerçevesinde tahsis edilmiş olduğu ve öncelik hakkının taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacaklar üzerinde bir rehin hakkı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı hususları açıklığa kavuşturulmalıdır.

Rehin hakkı, bir alacak yerine getirilmediğinde, hak sahibine rehin konusu taşınmaz, taşınır ya da hakkı, paraya çevirtmek ve alacağını elde edilen meblağdan öncelikle almak yetkisi veren bir haktır⁵¹. TMK, rehin haklarını taşınmaz ve taşınır rehni

⁵¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 691; Köprülü / Kaneti, s. 252; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 949; Ertas, s. 505; Tekinay, **Sınırlı Aynî Haklar**, s. 70.

olarak ikili bir ayırıma tâbi tutmuştur. Alacak ve diğer haklar üzerinde rehin hakkı tesisi ise, taşınır rehni başlığı altında düzenlenmiş ve aksine hüküm bulunmadığı sürece, bunlar hakkında da teslimine bağlı taşınır rehnine ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulacağı, TMK md. 954 / f. 2 ile hükme bağlanmıştır.

Alacak üzerinde rehin hakkı, rehinli alacaklıya, alacağını elde edememesi halinde, rehin konusu alacağın paraya çevrilmesi suretiyle elde edilen değerden alacağını tahsil yetkisi veren bir rehin hakkıdır⁵². Alacak üzerinde rehin hakkının kurulması kural olarak hukuki işleme dayanmakla birlikte, istisnai olarak kanun hükmüyle veya hakim kararıyla kurulması da mümkündür⁵³. TMK md. 955 hükmü, senede bağlı olan veya olmayan alacaklar üzerinde rehin tesisi için, yazılı şekilde rehin sözleşmesi yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslimi gerektiği düzenlemiştir. Kıymetli evraka bağlanmış alacaklar üzerinde rehin tesisini düzenleyen TMK md. 956 hükmünde ise; hamile yazılı senetlerin rehni için senetlerin rehin alacaklısına tesliminin gerekli ve yeterli olduğu belirtilmiştir. Aynı hükümde, hamile yazılı olanlar dışındaki kıymetli evrakın rehni için, senedin ciro edilmiş olarak veya yazılı devir beyanı yapılmış olarak tesliminin gerekli olduğu ifade edilmektedir. Rehin hakkının kazanılması için, borçluya ihbara gerek olmamakla birlikte; ihbar, rehin verene iyiniyetle yapılan ödemeye bağlı olarak rehin hakkının sona ermesini engelleyecek olması bakımından gerekli ve faydalıdır⁵⁴.

Alacak üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi, rehin konusu alacağın, rehin hakkı sahibine temlik anlamına gelmemektedir. Zira alacağını rehnedan hak sahibi, alacak hakkını kaybetmemektedir.

⁵² Turhan Esener / Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 509; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 814; Lale Sirmen, **Alacak Rehni**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 5; Ergüne, s. 34; Seda İrem Çakırca, **Adi Alacakların Rehni**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 18.

⁵³ Sirmen, s. 32.

⁵⁴ Saymen / Elbir, s. 702; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 816; Tekinay, **Sınırlı Aynî Haklar**, s. 146; Köprülü / Kaneti, s. 543. Serozan, kamuya açıklığın bir gereği olarak, ihbar zorunluluğunun getirilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 285.

Sadece, alacak hakkının içeriğinde bulunan, hakkı satıp satış bedelinden alacağı karşılamaya ilişkin tasarruf yetkisini, borcunu ödememesi hali ile sınırlı olarak rehinli alacaklıya devretmektedir⁵⁵. Muaccel olan⁵⁶ alacağını elde edemeyen rehinli alacaklı, rehnin paraya çevrilmesini, kural olarak, rehin konusu alacağın cebri icra yoluyla satılarak paraya çevrilmesi suretiyle sağlayacaktır⁵⁷. Ancak tarafların, rehin alana, rehin konusu alacağı tahsil ve tahsil ettiği edimi, alacağı oranında muhafaza etmeye ilişkin özel yetki sağlamaları da mümkündür⁵⁸. Rehin hakkı sahibi dışındaki alacaklılar, rehin konusunun paraya çevrilmesinden elde edilen değer paylaşılmasına, kural olarak katılamayacaklar, sadece rehin hakkı sahibinin tam tatmininden sonra arta kalan değer olur ise, bu değerden faydalanabileceklerdir⁵⁹. Bu bağlamda, alacak rehni, rehin hakkı sahibine, borçlunun diğer alacaklıları karşısında bir öncelik sağlamaktadır⁶⁰.

Alacaklar üzerinde kurulan rehin hakkının hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacak üzerinde kurulan rehin hakkı, rehin alacaklısına mutlak hak niteliğinde olan bir aynî hak sağlamaktadır⁶¹. Diğer bir görüş ise, alacaklar üzerindeki rehin hakkını, aynî bir hak olarak görmeyip, rehinli alacaklının, rehin konusu değer üzerinden diğer alacaklılara oranla öncelikli olarak tatmin edilmesi sebebiyle, aynî

⁵⁵ Esener / Güven, s. 509; Saymen / Elbir, s. 699-700; Tekinay, **Sınırlı Aynî Haklar**, s. 146; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 818; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 1128.

⁵⁶ Rehnedilen alacağın değerinin düşmesi gibi bazı istisnai hallerde, rehinle temin edilen alacak muaccel olmadan önce rehnin paraya çevrilmesi söz konusu olabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen, s. 79 vd; Çakırca, s. 53.

⁵⁷ Esener / Güven, s. 513; Saymen / Elbir, s. 701; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 818; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 1126-1127; Köprülü / Kaneti, s. 547.

⁵⁸ Esener / Güven, s. 513; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 818; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 1127; Sirmen, s. 124; Serozan, **Eşya Hukuku**, s. 281.

⁵⁹ Köprülü / Kaneti, s. 252.

⁶⁰ Tekinay, **Sınırlı Aynî Haklar**, s. 146; Köprülü / Kaneti, s. 536.

⁶¹ Karl Oftinger / Rolf Baer, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht**, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Dritte neuarbeitete Auflage, Zurich, 1981, Art. 899, N. 5-6; Erol Cansel, **Türk Menkul Rehni Hukuku - Teslim Şartlı Menkul Rehni**, C. I, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 10-11; Sirmen, s. 9.

hak benzeri bir mutlak hak olarak nitelendirmektedir⁶². Nihayet son görüş, rehinli alacaklının sınırlı bir aynî hak kazanmadığı, alacak üzerindeki rehin hakkının ana alacak ile eş nitelikte olduğu yönündedir⁶³. Aynî hakların sadece maddi varlığı olan şeyler üzerinde söz konusu olabilecekleri⁶⁴ göz önünde bulundurulduğunda, rehinli alacaklının ana alacakta eş nitelikte olan ve kendisine borçlunun diğer alacaklıları karşısında cebri icrada öncelik bahşeden bir hakka sahip olduğunun kabulü isabetli görünmektedir⁶⁵.

İTMK sahiplerinin, bu menkul kıymetlerden kaynaklanan alacak haklarının karşılanmasından, kural olarak ihraççı, tüm malvarlığı ile sorumludur. Ancak ihraççının ekonomik durumunun kötüleşmesi ya da iflası hallerinde dahi İTMK'lerden kaynaklanan alacak haklarının gereği gibi karşılanabilmesi için, İTMK sahiplerine teminat konusu varlıklar üzerinde öncelik hakkı bahşedilmiştir. İTMK sahiplerinin öncelik hakkı, ana alacakları ile eş değerde olan ve teminat havuzunu oluşturan varlıkların değeri üzerinden, ihraççının diğer alacaklıları karşısında öncelikle tatmin edilmelerini sağlayacak bir hak olarak, alacak rehin hakkı niteliğine yaklaşmaktadır. Ancak, alacak üzerinde rehin hakkı tesisinin özü, hak sahibi tarafından rehnedilen şeyin paraya çevrilmesi yetkisinin alacaklıya tahsis edilmesine ilişkindir⁶⁶. Bu açıdan değerlendirildiğinde, SerPK md. 13/A hükmünün, İTMK alacaklılarına, teminat konusu varlıklar olarak nitelendirilen taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış alacak haklarını paraya çevirme yetkisini bahşetmediği açıktır.

⁶² Saymen / Elbir, s. 690; Köprülü / Kaneti, s. 536; Wieland, s. 745. Çakırca, alacak rehninin hukuki niteliğine ilişkin olarak şu satırları kaleme almıştır: “Dar ve gerçek anlamda bir aynî hak söz konusu olmasa bile, varsayılan bir aynî hak, fakat bir mutlak hak söz konusudur.” Çakırca, s. 20. Bu ifadeler, yazarın ikinci görüşe katıldığı izlenimi yaratmaktadır.

⁶³ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 814; Ertaş, s. 559; Serozan, **Eşya Hukuku**, s. 285; Ergüne, s. 35; Erman, **Medeni Hukuk**, s. 92.

⁶⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 3.

⁶⁵ Serozan, **Eşya Hukuku**, s. 285. Ayrıca bkz. Ergüne, s. 35.

⁶⁶ Köprülü / Kaneti, s. 547; Gürsoy / Erol / Cansel, s. 1132; Saymen / Elbir, s. 701; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 818; Esener / Güven, s. 513.

İTMK alacaklıları, sadece İTMK'lerin karşılığını teşkil eden taşınmaz rehni teminatlı alacakların nakit akışlarından öncelikle karşılanmasını talep edebileceklerdir. Bir başka deyişle, İTMK alacaklılarının alacaklarına öncelikli olarak tahsis edilecek değer, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış kredi ilişkilerinin borçlularının, borçlarını vadelerinde gereği gibi ifa ettiklerinde sağlanacak olan nakittir. Bu nakit akışlarının yeterli olmaması ve teminat havuzunu yönetmek üzere SPK tarafından atanan idarecinin, İTMK sahiplerinin menfaatleri açısından İTMK'lerin erken itfasını gerekli görmesi halinde, idareci SerPK md. 13/A f. 15 (a) ve SPK Seri III 33 No'lu Tebliğ md. 29 (6) uyarınca, erken itfayı SPK'na önerebilecektir. Erken itfa, teminat konusu varlıkların nakde dönüştürülerek, İTMK sahiplerinin alacak haklarının karşılanmasını sağlayacaktır. Görüldüğü üzere, SerPK ve ilgili tebliğ tarafından istisnai olarak öngörülen bu ihtimalde de, teminat konusu varlıkların paraya çevrilmesini isteme yetkisi İTMK'lerin sahibi olan yatırımcılarda bulunmamaktadır. Kaldı ki İTMK sahipleri, teminat konusu alacaklar üzerinde herhangi bir hukuki işleme gerek olmaksızın öncelik hakkına sahip olmaktadırlar. Diğer taraftan, kanundan doğan bir alacak rehninden söz edilebilmesi için ise, alacaklar üzerinde bir rehin hakkı bahşedildiğinin kanun hükmünde açıkça belirtilmiş olması gerekir⁶⁷. SerPK'nda ise buna ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Diğer taraftan, İTMK sahiplerinin, teminat havuzunda yer alan alacak haklarını iyi bir şekilde idare için gerekli tedbirleri almaya zorlama hakkı bulunmadığı gibi, alacakların zamanında tahsili için icra takibine girişmeye zorlama yetkisi de söz konusu değildir⁶⁸.

Tüm bu belirlemeler ışığında, İTMK alacaklıları lehine, teminat havuzunda yer alan alacaklar üzerinde rehin hakkı tesis edilmiş olmadığı, SerPK md. 13/A hükmünün, İTMK alacaklılarına, ihraççının diğer alacaklıları karşısında, alacak haklarının

⁶⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz. Doğru, s. 323. Kanundan doğan alacak rehnine örnek olarak, TMK md. 970 – 972. maddeleri arasında düzenlenmiş olan rehinli tahviller gösterilebilir. Bu düzenlemelere göre rehinli tahvil sahipleri, özel bir rehin sözleşmesi ve teslim yükümlülüğü olmaksızın tahvillerin karşılığı olarak gösterilen alacaklar üzerinde kanundan doğan bir rehin hakkına sahip olacaklardır.

⁶⁸ Alacak rehninde, rehinli alacaklının menfaatlerinin korunması amacıyla, alacaklıya çeşitli tedbirler alma yetkisi tanınmıştır. Rehinli alacaklı, TMK md. 961 hükmü çerçevesinde, hak sahibini iyi bir idarenin gerektirdiği tedbirleri almaya zorlayabilecektir. Bu tedbirlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsoy / Eren / Cansel, 1132; Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 818; Esener / Güven, s. 512; Köprülü / Kaneti, s. 547 yollamasıyla s. 460 vd.; Sirmen, s. 80; Çakırca, s. 51.

teminat havuzunda bulunan varlıklardan karşılanmasına ilişkin bir tercih, bir öncelik sağladığı kanaatindeyiz^{69 70}.

İTMK alacaklıları, İTMK'lerin karşılığını teşkil eden alacakları teminatlandıran taşınmaz rehin haklarından ise, dolaylı olarak yararlanacaklardır. Şöyle ki; ihraççı, TKHK md.10/B f. 5 uyarınca, teminat havuzunda yer alan bir alacağın vadesi gelen

⁶⁹ Doğru, İTMK sahiplerinin teminat havuzuna kayıtlı alacaklar üzerindeki haklarının TMK bağlamında alacak rehni olarak kabul etmemekte; İTMK sahiplerinin teminat konusu alacaklar üzerinde SerPK md. 13/A hükmüne tâbi olmak üzere TMK'da düzenlenmemiş yeni bir tür teminat hakkına sahip oldukları sonucuna varmaktadır. Doğru, s. 323.

⁷⁰ İTMK'lerin sağladığı hakkın Medeni Kanun anlamında alacaklar üzerindeki rehin hakkı niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. Adıgüzel, s. 334. Yazar, İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş rehinli tahvil kurumu ile İTMK'leri hukuken eş nitelikte olarak değerlendirmektedir. İsviçre'deki rehinli tahvil (pfandbrief) düzenlemelerine bakıldığında, tahvillerin karşılığı olarak belirlenen alacak hakları üzerinde, iki aşamada, iki farklı kişi lehine rehin hakkı tesisi söz konusudur. Öncelikle, kredi kuruluşu olan bankalar, rehinli tahvil ihraççısı olarak yetkilendirilmiş rehinli tahvil merkezlerinden, finansman sağlama amaçlı ödünç almaktadırlar. Bu ödünç ilişkisinden doğan alacak hakkı, bankaların taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış alacakları üzerinde, rehinli tahvil merkezlerinden ödünç alınan lehine rehin hakkı tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmaktadır. İkinci aşamada, rehinli tahvil merkezlerinden rehinli tahvil satın alan yatırımcılar bulunmaktadır. İsviçre'deki rehinli tahvil merkezleri, bankalara verdikleri ödünçü finanse edebilmek için, yatırımcılara rehinli tahvil ihraç etmektedir. Yatırımcıların rehinli tahvillerden kaynaklanan alacaklarının teminatını ise, PfG md. 18 uyarınca, tıpkı Türk Medeni Kanunu'na kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınmış olan rehinli tahvillerde de (TMK md. 970) öngörülmüş olduğu üzere, rehinli tahvil çıkaran kuruluşun, taşınmaz rehni ile güvence altına alınmış alacakları (Bu alacakların, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış taşınmaz kredi işlerinden kaynaklanan alacaklar olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 809.) ile cari işlerinden elde ettiği alacakları teşkil etmektedir. Belirtilen alacaklar üzerinde, rehinli tahvil sahipleri lehine olacak bu teminat; yine PfG md. 18 çerçevesinde herhangi bir yazılı rehin sözleşmesine ya da senet teslimine gerek olmaksızın kanundan kaynaklanan bir rehin hakkıdır. Rehlinli tahvillerin teminatını teşkil edecek alacakların bireyselleştirilmelerine (tek tek belirli hale getirilmesine) ve özel bir rehin sözleşmesine gerek bulunmaksızın, alacakların teminat siciline tescil edilmesi ile birlikte doğmaktadır. (Bkz. Hunziger, s. 126 ve 135; Kaufmann, s. 109.) Rehlinli tahvil alacaklıları lehine tesis edilen teminatın, taşınmaz rehinine hakim olan belirlilik ilkesine bir istisna teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede rehinli tahvil (pfandbrief), anapara ve faiz ödemelerinin kanuni rehin hakkı ile teminatlandırıldığı bir tür borçlanma senedi olarak tanımlanmaktadır. Kaufmann, s. 106. Buradaki rehin hakkı, doğrudan bir alacak rehniyle, dolaylı olarak ise, birinci derecede tesis edilmiş bir taşınmaz rehniyle teminat sağlamaktadır. Arthur Meier-Hayoz / Hanz Caspar Von Der Crone, **Wertpapierrecht**, Zweite, Überarbeitete Auflage, Staempfli Verlag AG, Bern, 2000, s. 315; Hunziger, s. 50. Ancak, teminat sicillerine tescil suretiyle rehinli tahvil merkezi ve yatırımcılar lehine tesis edilen her iki rehin hakkının da, rehin hakkı sahiplerine rehnedilmiş alacakları paraya çevirme yetkisi sağlamadığına dikkat çekilmelidir. Bu itibarla, ne rehinli tahvil merkezinin ve ne de yatırımcıların, gerçek anlamda bir taşınır ya da taşınmaz rehin alacaklısı olduğunu söylemek mümkündür. Bu itibarla, tesis edilen bu rehin hakkının sui generis nitelikte olduğunun kabul edildiği vurgulanmalıdır. Rehlinli tahvil alacaklılarının teminat altına alınması, özellikle de kanundan doğan alacak rehni vasıtasıyla teminatlandırmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hunziger, s. 125 vd.; Walther Brühlmann, **Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25.Juni.1930**, Polygraphischer Verlag, Zurich, 1931, s. 76 vd.; Schwalm, s. 16 vd. Ayrıca bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 12 vd.

ödemelerinde birbirini izleyen en az iki sefer temerrüde düşülmesi halinde borcun tamamını talep edebilme yetkisini kredi sözleşmesinde saklı tutabilecektir. Bu durumda ard arda tarihli iki ödemede temerrüde düşülmesi halinde, kredi borçlusunun kalan vadelerden istifade hakkı son bulacak ve tüm alacağın ödenmesi talep edilebilecektir⁷¹.

Bu alacakların tahsiline ilişkin olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvurulması gereken hallerde, 5582 sayılı Kanun ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikler uyarınca, taşınmazın paraya çevrilmesi prosedürünün kolaylaştırıldığı ve hızlandırıldığı görülmektedir. Bu doğrultuda önce rehne müracaat kuralının istisnalarına bir ekleme yapılmıştır.

Kural olarak, alacağını cebri icra yoluyla almak isteyen rehin alacaklısı, İİK md. 45 / f. 1 uyarınca ilk önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak durumundadır⁷².

⁷¹ Karş. Bölüm III / III / B / 2 kısmında yer alan açıklamalarımız.

⁷² “...Davacı, kısmen ipotekle temin edilmiş alacağının ödenmemesi üzerine başlattığı icra takibinin itirazla durduğunu iddia ederek, itirazın iptali talebinde bulunmuştur. İİK’nun 45. maddesine göre, rehin ile temin edilen alacaklarda önce rehne başvurma zorunluluğu bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, önce ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna gidilmesi, şayet ipotek alacağı karşılamıyorsa, kalan kısım için ilamsız takip yapılması gerekir. Bu durumda ipotekle temin edilmiş alacak yönünden davanın reddi gerekir.” Yrg. 11. H.D. 16.02.2007 T. 2007/824 E. 2007/2980 K. Sayılı Kararı için bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 26.10.2008. “....Davacı banka vekili, kredi borçlusu aleyhine rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişildiği, tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla yapılan genel haciz yoluyla takibe vaki itirazın haksız olduğunu iddia ederek itirazın iptali talebinde bulunmuştur. Rehin ile temin edilmiş alacağın borçlusu iflasa tabi olsa bile alacaklı yalnızca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak, rehin tutarı borcu ödemeye yetmezse, alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluya takip edebilir....” Yrg. 19. H.D. 13.12.2005 T. 2005/1457 E. 2005/12131 K. Sayılı Kararı için bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 26.10.2008. “...İİK’nun 45. maddesi asıl borçlular ile ilgili düzenlenmiş olup, alacağı rehinle temin edilen bir kimsenin, rehni veren hakkında doğrudan doğruya genel haciz yolu ile takibe geçilmesini önlemekte ve rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile, alacaklının yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceğine ilişkin bulunmaktadır. İİK’nun 45. maddesi borçlu için getirilmiş bir kural olup, kefiller hakkında uygulanmaz. BK’nun 487. maddesinde ise “kefil borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmişse, alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel, kefil aleyhine takibat icra edebilir” denilmektedir. Söz konusu hükme ve takip dayanağı kredi sözleşmesinin içeriğinde kefaletin müteselsil olduğunun yazılmasına göre müteselsil kefil ... hakkında takip yapılması mümkün bulunduğundan, bu borçlu hakkında takibin iptaline karar vermek isabetsizdir....” Yrg. 12. H.D. 19.09.2006 T. 2006/13596 E. 2006/16612 K. Sayılı Kararı için bkz. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 26.10.2008.

5582 sayılı Kanun, bu kuralın bir istisnasını, İİK md. 45'e 2. fıkra hükmünü eklemek suretiyle düzenlemiştir⁷³. Buna göre, konut finansmanından kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacaklar için, rehin alacaklısının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yoluna veya haciz yoluna başvurabilmesi mümkündür⁷⁴. Bir başka ifade ile, konut finansmanı alacakları ile ilgili olarak yapılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, önce rehne başvurma kuralı uygulanmayacaktır⁷⁵. İpotekle teminat altına alınmış alacakların takip süreci kısaltılarak, alacaklı kredi kuruluşunun alacağını daha kolaylıkla tahsil edebilmesini sağlayacak bu düzenleme sayesinde, nakit akışında aksama olan teminat konusu varlık, teminat havuzunun değişken karakteri sayesinde havuzdan hemen çıkartılacak ve yerine derhal yenisi ikame edilecektir⁷⁶. Teminat havuzundan çıkarılan alacağın teminatını teşkil eden taşınmazın paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen meblağ da, yeni taşınmaz rehni teminatlı kredi ilişkilerine yönlendirilecektir. Böylelikle, ihraççının alacak portföyüne hizmet ederek, ihraççının gerektiğinde teminat havuzuna dahil edebileceği nitelikte bir karşılık yaratılmış olacaktır.

(2) Öncelik Hakkının Kullanılması

SerPK md. 13/A ve SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğin 28. hükümlerinde yer alan düzenleme uyarınca, ihraççının iflası halinde atanan idareci, İTMK'lerin karşılığını teşkil eden varlıklardan elde edilen nakit akışlarının yeterli olması halinde, bu gelirlerin yukarıda belirttiğimiz "öncelikli alacaklıların"⁷⁷ tatmininde kullanılmasını sağlamakla görevlidir. Bir başka ifade ile, ihraççının iflası halinde SPK tarafından

⁷³ Konut finansmanı alacağından doğan takibin alacaklısı banka lehine böyle bir istisnanın getirilmesinin, Anayasa'daki eşitlik ilkesine açık aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. Bilge Umar, Uzun Vadeli Konut Finansmanı Kanunu Tasatısı Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğ, **YTÜHFD**, C. II, Y. 2005, S. 2, s. 514.

⁷⁴ 5582 sayılı Kanun, İİK md. 45, md.128, md.128/a, md. 134, md. 149/a hükümlerine ilişkin değişiklik ve yenilikler getirmiştir. Bu yeni düzenlemelerden İİK md. 45 hükmüne eklenen ikinci fıkranın içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 420; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 342.

⁷⁵ Ali Cem Budak, **İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip**, Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2008, s. 35-36.

⁷⁶ Teminat havuzunun yapılandırılması ve değişken karakterine ilişkin olarak bkz. Bölüm III / II / B.

⁷⁷ Öncelikli alacaklılar için bkz. Bölüm V / II / E / 1 / a.

atanan idareci, toplam yükümlülüklerden⁷⁸ kaynaklanan ödemeleri yapmak amacıyla, teminat defterinde kayıtlı varlıklardan kaynaklanacak nakit akışlarına ilk el atma hakkına sahip olan kimsedir.

Teminat konusu varlıkların nakit akışlarının toplam yükümlülükleri karşılamaya yetmemesi halinde ise, idarecinin öncelikli tatminini sağlama görevini gereği gibi yerine getirmemesi söz konusu olmayacaktır. Zira, Tebliğ md. 29 / f. 6 hükmü, bu durumda idarecinin sorumluluğuna gidilemeyeceğini açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak, teminat konusu varlıkların nakit akışları yeterli olmakla beraber, idareci, nakit akışlarının öncelik hakkı sahiplerinin tatmininde kullanılmasını sağlayamaz ise ne olacaktır? Öncelikli alacaklıların, idarecinin görevini ifa etmesini sağlamak adına ifa davası açma ya da cebri icra yoluna başvurabilme hakları bulunmadığından, burada ancak SerPK tarafından yüklenen görevin yerine getirilmesini isteme hakkından bahsedilebilir. İdarecinin görevine aykırı davranışının hukuki sonucu, SPK tarafından atamanın geri alınması şeklinde ortaya çıkabilecektir. Bu durumda da, yeni bir idarecinin atanması ihtiyacı doğacaktır. Diğer taraftan, ortaya çıkan zararın, idarecinin sorumluluğu çerçevesinde tazmin ettirilmesi söz konusu olabilecektir⁷⁹.

2. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Başka Bir Yetkili İhraççıya Devri

a. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Tamamen Devri

İdarecinin İTMK'lerden kaynaklanan toplam yükümlülükler ve İTMK'lerin karşılığını teşkil eden varlıkların devri işlemini, sadece teminat konusu varlıkların öncelik hakkı sahiplerinin tatmininde yetersiz kalması halinde gerçekleştirebileceğini söylemek mümkün değildir. Zira, ne SerPK ne de SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ bu sınırlamayı getirmemiştir. O halde, ihraççının ihraççı niteliğini kaybettiğine ilişkin karar alan SPK tarafından atanan idarecinin, SPK'nun görüşünü almak suretiyle,

⁷⁸ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

⁷⁹ İdarecinin hukuki sorumluluğuna ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm V / II / C / 4.

teminat konusu varlıkları ve İTMK'lerden kaynaklanan toplam yükümlülükleri, kendisi hiç yönetim faaliyetinde bulunmaksızın bir başka ihraççıya devretmesi de söz konusu olabilecektir.

İdarecinin, teminat konusu alacakları temlik etmesi, tasarruf yetkisi ve temlik engeli olup olmadığı açılarından değerlendirilmelidir. Ayrıca, İTMK'lerden kaynaklanan toplam yükümlülüklerin de devredilecek olması, borcun nakli müessesesine ilişkin bazı hususların ele alınmasını zorunlu hale getirmektedir.

Alacağın temliki, alacağı devreden alacaklı ile devralan (yeni alacaklı) arasında yapılacak sözleşme ile gerçekleşen bir tasarruf işlemidir⁸⁰. Alacağın temliki bir tasarruf işlemi olduğundan, alacağı devreden, tasarruf konusu alacak hakkı/ları üzerinde tasarruf yetkisini haiz olması gerekmektedir⁸¹. Alacak üzerinde temlik yolu ile tasarruf etme yetkisi, alacak hakkının içeriğindedir⁸². Burada, temlik edilecek alacakların alacaklısı, ihraççı kredi kuruluşudur. Gerek alacakların başka ihraççıya devri ve gerekse nakde dönüştürülmeleri işlemleri neticesinde, teminat varlıklardan kaynaklanan alacak hakları, ihraççının malvarlığından çıkacaktır. O halde, temlik, ancak alacaklı veya alacakta tasarruf etmeye yetkili kanuni veya akdi temsilcisi tarafından yapılabilecektir⁸³. SerPK md. 13/A f. 15 (b) bendi, SPK tarafından atanan idareciyi, kanuni temsil yetkisi ile donatmıştır. Bu çerçevede idarecinin SerPK'ndan kaynaklanan kanuni temsil yetkisine dayanarak, teminat defterine kayıtlı varlıkları devralacak yeni ihraççı ile BK md.163 gereğince yazılı şekil şartına tâbi olan temlik sözleşmesi kurması gerekecektir. Diğer taraftan, temlike konu alacağa ilişkin bir temlik engeli de bulunmamalıdır. Burada hedeflenen temlik, teminat amacı dahilinde

⁸⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 241 ve 242.

⁸¹ von Tuhr, s. 827; Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 922; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 241; Engin, s. 19.

⁸² Kocayusufpaşaoğlu, s. 43.

⁸³ von Tuhr, s. 827. Hukuken geçerli bir tasarruf işlemi yapabilmek için kural olarak tasarruf yetkisini haiz olmak gerekmektedir. Bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 47.

olduğundan, evvelce incelemiş olduğumuz SerPK md. 13/A f. 13 hükmünde yer alan temlik engeli, bu işlemler açısından etkili olmayacaktır⁸⁴.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 32 hükmü, ihraç edilen rehinli tahvillerin (pfandbrief) karşılığını teşkil eden teminat konusu varlıkların nasıl devredileceğini ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, teminat havuzu idarecisi (sachwalter), denetim otoritesinin (BaFin) onayı ile teminat siciline tescil edilmiş bulunan varlıkları, (kısmen ya da tamamen) bir bütün olarak, aşağıdaki hükümleri içeren bir devir sözleşmesi⁸⁵ uyarınca, başka bir rehinli tahvil bankasına (ihraççıya) devredebilecektir:

- Teminat sicilinde kayıtlı varlıkları devreden ve devralan rehinli tahvil bankalarının adları ve merkezlerinin bulunduğu yerler;
- Teminat sicilinde kayıtlı olan varlıkların bir bütün olarak devredildiği hususunda birbirine uygun irade beyanları;
- Eğer söz konusu ise ivaz;
- Devredilecek varlıkların kesin olarak belirlenmesi.

Bu çerçevede, İTMK'lerin karşılığı olarak teminat defterine kaydedilen varlıkların temlikinin nasıl gerçekleştirileceğine gelince; ihraççıyı temsilen, teminat defterine kayıtlı varlıklar üzerinde kanuni temsil yetkisine dayanarak tasarruf edebilecek olan idareci ile teminat defterine kayıtlı varlıkları devralacak yeni ihraççı, yazılı şekil şartına tâbi bir temlik sözleşmesini imzalayacaklardır. Temlike konu olacak alacaklar, ihraç edilen İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere, teminat defteri olarak anılan kayıt sistemi çerçevesinde teminat defterine kaydedilerek belirli hale getirilmiş olan alacak haklarıdır. Teminat defterine kaydedilmiş olan alacakların her biri için, ayrı ayrı temlikname düzenlenmesinin zahmetli olacağı açıktır. Bu sebeple,

⁸⁴ Kanundan doğan temlik engeline ilişkin olarak bkz. Bölüm IV / III / E / 2 kısmında yer alan açıklamalarımız.

⁸⁵ Alman Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) md. 32 hükmü, devir sözleşmesinin noterde tasdik edilmiş olması şartını da ihtiva etmektedir.

sözleşme metninde, teminat defterinde kayıtlı tüm alacakların bir bütün olarak temlik edileceğine ilişkin ortak iradenin ortaya konulmasını takiben, teminat defterinde kayıtlı alacakların açık listesi eklenmelidir. Böylelikle, bir tasarruf işlemi olan alacağın temlikinde, temlik konusunun belirli ya da belirlenebilir olması şartı⁸⁶ yerine getirilmiş olacaktır⁸⁷.

İpotekle teminat altına alınan bir alacağın devri ile birlikte fer'i bir hak niteliğindeki ipotek de, BK md. 168 hükmü gereği alacağı devralana geçecektir. Bu geçiş, TMK md. 891 hükmü uyarınca kendiliğinden gerçekleşecektir. Çalışmamızın üçüncü bölümündeki, taşınmaz rehin hakkının devri ve bu devre ilişkin hukuki problemlere ait açıklamalarımız, burada da aynen geçerlidir. Bu itibarla ilgili bölüme yollama yapmakla yetineceğiz⁸⁸.

İdarecinin, İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerini, ihraççı niteliğini haiz başka bir kuruluşa devretmesi de incelenmelidir. Burada, teminat defterine kayıt edilmiş tüm İTMK'lerden doğan her bir yükümlülüğün tek tek devredilmesi söz konusudur. Bu devir esasen, Borçlar Kanunu md. 173 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan borcun nakli müessesesinin konusunu teşkil edecek niteliktedir. Borcun nakli, eski borçlunun yerine bir yenisinin geçmesi suretiyle borçtan kurtulması olup, bu hususta alacaklı ile borcu yüklenecek kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir sözleşme ile gerçekleşir⁸⁹. Bu doğrultuda, İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerin, ihraççıdan –onu borçtan kurtarmak suretiyle-, yeni bir ihraççıya geçmesi hususunda, İTMK alacaklısı yatırımcılar ile bu yeni ihraççının mutabakata varmaları gerektiği açıktır. O halde, İTMK'lerden kaynaklanan borçların nakli için, İTMK alacaklılarının açık ya da zımni muvafakatı aranmalıdır⁹⁰. Ancak, binler hatta

⁸⁶ Engin, s. 29; Oktay Özdemir, **Teminaten Temlik**, s. 285 vd.

⁸⁷ Karş. Bölüm III / IV / C / 2 kısmında yer alan açıklamalarımız.

⁸⁸ Taşınmaz rehin hakkının devriyle ilgili hukuki problemlere ilişkin açıklamalarımız ve bu problemlerin nasıl aşılabileceğine ilişkin öneriler için bkz. Bölüm III / IV / C / 4.

⁸⁹ Oğuzman / Öz, **Borçlar Hukuku**, s. 954; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 272. “Borcun dış üstlenilmesi” kavramı için bkz. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 617 vd.

⁹⁰ Borcun nakli sözleşmesinin kurulması için, alacaklının, borcun nakline ilişkin olarak kendisine yapılmış olan icabı, açık ya da zımni olarak kabul etmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz,

on binlerle ifade edilebilecek sayıda ihraç edilmiş İTMK'in varlığının kabulü halinde, her bir İTMK alacaklısından muvafakat alınması zor olabilecektir.

Diğer taraftan, mali durumu bozulan ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerinin başka bir ihraççıya devredilmesi İTMK alacaklısı yatırımcıların yararınadır. Yatırımcıları korumayı amaçlayan bu devir, SerPK md. 13/A / f. 15 ve SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 / f. 5 hükümlerinde sadece öngörölmüş, devrin uygulamada nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. O halde, uygulamada karşılaşılabacak olan her bir yatırımcının muvafakatının alınması sorunu çözümlenmelidir.

Benzer bir sorunla, sigorta şirketlerinin portföy devirlerinde de karşılaşılmaktadır. Mali durumu bozulan ya da çalışmalarına son vermek isteyen sigorta şirketleri, sigortalıları zarara uğratmamak adına, portföylerinde bulunan sigorta poliçelerini diğer bir sigorta şirketine devretmektedirler⁹¹. Bu durumda da, poliçelerden kaynaklanan yükümlölüklerin yeni bir şirket tarafından üstlenilmesinde borcun nakli söz konusudur. Ancak, nakil için her bir sigortalıdan muvafakat alınmasının uygulamada mümkün olmaması sebebiyle ve sigortalıların menfaatinin korunması amacıyla, sigorta murakabe kanunlarındaki özel düzenlemeler ile portföy devri işleminin kolaylaştırılmış olduğu görölmektedir⁹². Buna göre, sigortalıların hak ve menfaatlerinin koruyucusu olan murakabe makamının muvafakatının alınması, sigortalıların muvafakatı yerine geçmektedir⁹³.

Aynı mantık zinciri İTMK'ler açısından tesis edildiğinde, bu kez İTMK'lerden kaynaklanan yükümlölüklerin yeni bir ihraççıya devri için, İTMK alacaklılarının menfaatlerinin korunması amacını da gözetten bir kamusal denetim otoritesi olan SPK'nun onayının alınmasının, İTMK alacaklılarının onayının yerine geçeceğini

Borçlar Hukuku, s. 962; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 275; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 619.

⁹¹ Rayegan Kender, **Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku**, Yenilenmiş 9. Bası, Arıkan, İstanbul, 2008, s. 64.

⁹² Kender, s. 64 ve s. 66.

⁹³ Kender, s. 66.

söylemek mümkündür. Bu çözüm doğrultusunda, SerPK md. 13/A f. 15'te yer alan "...kurul (SPK), teminat havuzundaki varlıkların, İTMK'lerden kaynaklanan her türlü yükümlülüğü üstlenecek ihraççı niteliğini haiz bir başka kuruluşa devredilmesi hususunda karar vermeye yetkilidir" ifadesini, SPK'nun bu kararının, İTMK alacaklısı tüm yatırımcılar adına devre ilişkin onayı teşkil edeceği biçimde yorumlamak gerekmektedir. Kaldı ki, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 f. 5'de yer alan "İdareci, Kurul'un uygun görüşünü alarak teminat varlıkları ve toplam yükümlükleri⁹⁴ kısmen veya tamamen ihraççı niteliğini haiz başka bir banka veya ipotek finansmanı kuruluşuna devredebilir" hükmündeki "kurulun onayı" ifadesi de bu yorumu destekleyici niteliktedir.

O halde, İTMK'lerin karşılığı olarak teminat defterine kaydedilmiş olan varlıkların temlikine ilişkin sözleşme metnine; ihraç edilen İTMK'lerden kaynaklanan ve teminat defterinde kayıtlı olan yükümlülüklerin kesin belirlenebilir nitelikteki dökümleri ile bunların yeni ihraççıya devrine ilişkin SPK'nun yazılı onayının da eklenmesi suretiyle, devir sağlanabilecektir⁹⁵.

⁹⁴ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

⁹⁵ Yükümlülüklerle ilişkin devir, Alman Hukukunda Rehinli Tahvil Kanunu (PfandBG) 33 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, devreden ve devralan rehinli tahvil bankalarına, varlıklara ve yükümlülüklerle ilişkin devir işleminin, hem devreden, hem de devralan rehinli tahvil bankalarının merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil edilmesi için başvuruda bulunma yükümlülüğü getirmiştir. Alman hukuku uyarınca noterlikçe resmiyet verilen devir sözleşmesinin ve denetim makamının devre ilişkin onayının da, yapılacak bu başvuruya eklenmesi gerektiği, anılan maddede açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, devrin devreden rehinli tahvil bankasının merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescilinin, devralan rehinli tahvil bankasının merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline yapılacak tescilden sonra gerçekleştirileceği belirtilmiştir; devralan rehinli tahvil bankasının merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline yapılacak tescilin, devreden rehinli tahvil bankasının merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline yapılacak tescilden sonra hüküm ifade edeceği de vurgulanmıştır. Kanun'un 34. maddesinde ise, devrin, devreden rehinli tahvil bankasının merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescilinin ardından, devir sözleşmesinde belirli hale getirilen devre konu varlık ve yükümlülüklerin bir bütün olarak devralan rehinli tahvil bankasına devredilmiş olacağı; bir başka ifade ile ticaret siciline yapılacak tescillerin hükmü düzenlenmiştir. Bunun ardından artık, devredilen yükümlülüklerden devreden ve devralan rehinli tahvil bankalarının müteselsilen sorumlu olmaya devam edecekleri de ifade edilmiştir.

b. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Kısmen Devri

İTMK’lerden doğan yükümlülüklerin⁹⁶ bir kısmının ve bu kısmın karşılığını teşkil etmeye elverişli değerdeki taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış kredi alacaklarının temlik edilmesi söz konusu olduğunda da, varlık ve yükümlülüklerin tamamen devrine ilişkin olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar⁹⁷, devredilmek istenen kısım/lar açısından geçerli olacaktır. Buradaki özellik, gerek varlıklar ve gerekse yükümlülüklerin devredilecek olan kısmının, idareci ile devralacak yeni ihraççı arasında kurulacak olan sözleşme metninde, hiçbir tereddüte yer bırakmayacak netlikte belirlenmiş olması gereğidir.

c. Teminat Konusu Varlıkların ve Toplam Yükümlülüklerin Devrine Bağlanan Sonuçlar

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 29 f. 5 hükmü, ihraççı tarafından ihraç edilmiş olan İTMK’lerden kaynaklanan yükümlükleri ve bunların karşılığını teşkil etmek üzere, teminat defterine kaydedilmiş olan varlıkları devralan yeni ihraççının, toplam yükümlülüklerden kaynaklanan ödemelerden sorumlu olurken, diğer taraftan da teminat konusu varlıkların yeni maliki olacağını belirtmiştir.

Medeni Kanun’da tanımlanmamış, ancak TMK md. 683 hükmünde içeriği belirtilmiş olan mülkiyet hakkı doktrinde, “eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynî hak” olarak tanımlanmıştır⁹⁸. Bir aynî hak olması itibarıyla “eşya”⁹⁹ üzerinde söz konusu olabilecek olan mülkiyet hakkının, eşya ile ilgili olmayan alacak hakkından ayrıldığı açıktır¹⁰⁰. İTMK’lerin karşılığı olarak teminat defterine kaydedilmiş olan taşınmaz

⁹⁶ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

⁹⁷ Bkz. Bölüm V / II / E / 2 / a.

⁹⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 229. Mülkiyet hakkına ilişkin diğer tanımlamalar için bkz. Ertaş, s.233 vd.; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 329; Esener / Güven, s. 157; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 66; Saymen / Elbir, s. 203.

⁹⁹ “Hukuki anlamda eşya, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi dışı cismani varlıklardır”. Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 6.

¹⁰⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 16.

rehni ile teminatlandırılmış alacak hakları ile ikame varlıklardan ve türev sözleşmelerden kaynaklanan alacaklar üzerinde mülkiyet hakkından söz edilemez¹⁰¹.

Bu itibarla, yeni ihraççının, borçlulardan, belirlenen miktarda para vermelerini isteme yetkisi sağlayan alacak haklarını haiz olduğunun ifade edilmesi yerine, yeni ihraççının “malik” olacağının belirtilmiş olması isabetli olmamıştır. Tebliğ’in anılan hükmü doğrultusunda, toplam yükümlülüklerin karşılanmasından sonra teminat konusu varlıklardan arta kalan olur ise, yeni ihraççı bu alacakları talep yetkisine de sahip olacaktır.

SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in taslağında, İTMK’lerden kaynaklanan toplam yükümlülüklerin yeni ihraççıya devredilmesi halinde, yükümlülükleri devralan yeni ihraççının eski ihraççı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. Tebliğ’in 26603 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren metninde ise, bu düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Müteselsil borç ilişkisi, birden fazla borçlunun, bir veya birden fazla alacaklıya karşı edimin tümünden sorumlu olduğu ve bu borçlulardan biri ya da birkaçının ifa ettiği miktarda diğer borçluların da borçtan kurtulabildiği bir borç ilişkisi niteliğinde olup, kanuni düzenlemelerle böyle bir borç ilişkisinin tesisi mümkündür¹⁰². Müteselsil borç ilişkisinde borç, ifa ya da başka bir yolla sona erinceye dek alacaklıların borçluların tümünü takip edebilmesi mümkün olduğundan, teminat defterine kayıtlı varlıklardan alacakları karşılanamayan İTMK alacaklılarının eski ihraççının diğer malvarlığına da başvurabilme hakkının devam etmesi imkanının, yatırımcılar açısından avantajlı olduğuna şüphe yoktur. Bu itibarla, teminat konusu varlıklar ve toplam yükümlülüklerin yeni ihraççıya devri sonrasında, eski ihraççı ile devralan yeni ihraççının müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceklerine ilişkin

¹⁰¹ “Haklar”ın mülkiyete konu teşkil etmeyeceğine ilişkin olarak bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Eşya Hukuku**, s. 475.

¹⁰² Oğuzman / Öz, s. 839; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 285; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1152; Tunçomağ, s. 1034.

düzenlemenin SerPK’nda yer alması isabetli olurdu¹⁰³.

3. İTMK’lerin Erken İtfası ve Teminat Konusu Varlıkların Nakde Dönüştürülmesi

Teminat konusu varlıklardan elde edilen gelirin toplam yükümlülükleri karşılamaya yetmediği, aynı zamanda varlıklar ve toplam yükümlülükleri devralacak yeni bir ihraççının da bulunamadığı hallere ilişkin olarak SerPK’nda özel bir düzenleme getirildiği görülmektedir. SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 29 f. 6 hükmü, sayılan bu hallerde idarecinin, teminat konusu varlıkların gelirlerini hakları oranında İTMK sahiplerinin alacakları, türev sözleşmelerin karşı taraflarının alacakları ve kendi idare hizmetleri alacağı arasında paylaştırmasını öngörmüştür. Ancak bu durumda, her üç grup alacaklı da tam tatmin edilememiş olacaktır.

İdareci, İTMK sahiplerinin menfaatlerinin korunmasına ilişkin son çare olarak, İTMK’lerin öngörülen vade tarihinden önce muaccel hale gelmeleri, bir başka deyişle, erken itfa edilmelerine ilişkin olarak SPK’na öneri götürebilecektir. SPK, bu öneriyi kabul eder ise, idarecinin bundan sonraki görevi teminat konusu varlıkların nakde dönüştürülmesi işlemlerini yürütmektir. O halde, teminat havuzunda yer alan, taşınmaz rehni ile teminatlandırılmış kredi alacakları ile teminat havuzu kapsamındaki menkul kıymetlerden kaynaklanan alacak hakları temlik edilecek ve elde edilen bedel ile alacaklıların haklarının karşılanması sağlanacaktır.

Burada da, temlik işlemine ilişkin tasarruf yetkisi ve temlik engeli bulunup bulunmadığı problemleri ile karşılaşılabilecektir. SerPK md. 13/A f. 15 (a) bendindeki, SPK tarafından, tedavüldeki İTMK’lerin erken itfa edilmesi, teminat havuzundaki varlıkların nakde dönüştürülmesi ile bunlara ilişkin işlemleri yürütecek bir idareci atanmasına ilişkin hüküm de, idarecinin teminat konusu varlıkları devretmesine ilişkin olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda

¹⁰³ “İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülüklerin varlıkları devralan kuruluş tarafından üstlenilmesinden sonra da asıl ihraççı kuruluşun sorumluluğunun devam etmesi gerektiği” hakkında bkz. Doğru, s. 341. Müteselsil sorumluluğun kanun tarafından öngörülmesi gerektiği hakkında açıklamalarımız ve ilgili HGK Kararı için bkz. Bölüm IV / II / E / 4.

değerlendirilmelidir¹⁰⁴. Buna göre, SPK tarafından atanan idareci, ihraççı niteliğini kaybeden ihraççı adına nakde çevirme işlemlerini yapmak üzere de kanunen yetkilendirilmiş bulunmaktadır. Bu amaçla yapılacak temliklerin teminat amacına uygun olması, herhangi bir kanuni temlik engelinin bulunmadığı anlamındadır.

SerPK md. 13/A f. 15 uyarınca, ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan ödeme yükümlülüğünü yerine getirememesi ve teminat havuzlarına dahil edilen varlıkların alacakları karşılamaya yetmemesi halinde, alacağı teminat defterine kayıtlı varlıklardan karşılanamayan İTMK alacaklısı, ihraççının diğer malvarlığına başvurabilecektir. Aynı husus, SPK Seri III / 33 no'lu Tebliğ md. 28'in son fıkrasında da vurgulanmış bulunmaktadır. Bu durum ihraççı adına iflasın açılmasından sonra söz konusu olur ise, İTMK'lerden kaynaklanan alacakların teminat konusu varlıklar ile karşılanamamış olan kısmı için artık iflas masasına başvurmak ve iflas prosedürü dahilinde alacak haklarının karşılanmasını sağlamak gerekecektir.

III. İhraççının Yönetiminin Kamu Kurumuna Devri Halinde Alınacak Tedbirler

A. Genel Bakış

İTMK ihraççısının yönetiminin kamu kurumuna devredilmesi halinde İTMK alacaklılarının durumunun ne olacağı, İTMK'lerden kaynaklanan alacak haklarının hangi esas ve usuller çerçevesinde karşılanmaya devam edileceği SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 30 hükmünde özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenleme, yönetimi kamu kurumuna devredilmiş olan ihraççının İTMK ihracına ilişkin izninin kaldırılmış olup olmadığına göre iki açıdan değerlendirilmelidir.

Yönetimi kamu kurumuna devredilmiş olan ihraççının İTMK ihracına ilişkin faaliyet izni kaldırılmış ise, alacaklıların durumu artık SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 hükmündeki düzenlemelere tâbi olacaktır. Tebliğ'in ilgili maddesine ilişkin

¹⁰⁴ Bkz. Bölüm V / II / E / 2 / a kısmında yer alan açıklamalarımız.

açıklamalarımız bu durumda da geçerliliğini koruyacaktır¹⁰⁵. Ancak, yönetimi kamu kurumuna devredilmiş olan ihraççının, İTMK ihracına ilişkin faaliyet izni kaldırılmamış ise, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 30 hükmü uyarınca ihraççının ikili bir seçim hakkı bulunmaktadır. Bu ihtimaller aşağıda incelenecektir.

B. Faaliyet İzni Kaldırılmayan İhraççının Teminat Konusu Varlıkları Yönetmeye ve Toplam Yükümlülükleri Karşılamaya Devam Etmesi

Yönetimi kamu kurumuna devredilen ancak, İTMK ihracına ilişkin faaliyet izni kaldırılmamış olan ihraççının, ihraç etmiş olduğu İTMK’lerin karşılığını teşkil eden teminat konusu varlıkları yönetmeye devam etmesi mümkündür. Bu ihtimali seçen ihraççı, teminat defterine kaydedilmiş varlıkların ihraç edilmiş olan İTMK’ler ile olan uyumunu sağlamaya devam edecektir. Diğer yandan, teminat konusu varlıkların nakit akışları da, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 12 / f. 2 uyarınca ihraççı adına açılan hesaba aktarılmaya devam edecektir.

Bu durumda ihraççı, vadeleri geldiğinde, İTMK’lerden kaynaklanan toplam yükümlülükleri karşılamayı sürdürecektir. İTMK alacaklılarına yapılacak ödemelerde aksamalar söz konusu olur ise, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 29 hükmü çerçevesinde ihraççının ihraççı niteliğinin kaybı söz konusu olacağından, artık bu maddede düzenlenen ihraççı niteliğinin kaybına bağlanan sonuçlar söz konusu olacaktır¹⁰⁶.

C. Faaliyet İzni Kaldırılmayan İhraççının Teminat Konusu Varlıkları ve Toplam Yükümlülükleri Başka Bir İhraççıya Devretmesi

Yönetimi kamu kurumuna devredilen ancak, İTMK ihracına ilişkin faaliyet izni kaldırılmamış olan ihraççının, ihraç etmiş olduğu İTMK’lerin karşılığını teşkil eden teminat konusu varlıkları yönetmeye devam etmeyerek, SPK’nun uygun görüşünü almak suretiyle, ihraç etmiş olduğu İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülükleri ve

¹⁰⁵ İhraççı niteliğinin kaybı ve buna bağlı sonuçlar için bkz. Bölüm V / II.

¹⁰⁶ İhraççı niteliğinin kaybına bağlanan sonuçlara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Bölüm V / II.

İTMK'lerin karşılığını teşkil eden teminat konusu varlıkları kısmen veya tamamen ihraççı niteliğini haiz bir başka kuruluşa¹⁰⁷ devretmeyi seçmesi de mümkündür.

Bu ihtimalde, teminat konusu varlıkların devri, alacağın temlik müessesesi çerçevesinde; toplam yükümlülüklerin¹⁰⁸ devri ise, borcun nakli müessesesi çerçevesinde değerlendirilecektir. Malvarlığı dahilinde bulunan teminat defterine kayıtlı alacaklar üzerinde ihraççının tasarruf yetkisini haiz olduğuna şüphe yoktur. Burada söz konusu olacak temlik, İTMK alacaklılarının hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla yapıldığından, teminat amacına aykırılık ve bu bağlamda bir temlik engeli de bulunmamaktadır. İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerin devrinde ise, SPK'nun onayı, borcun nakli çerçevesinde alacaklıların muvafakatını karşılayacak nitelikte kabul edilmelidir. Teminat konusu varlıkların ve toplam yükümlülüklerin, SPK'na atanacak idareci tarafından başka bir ihraççıya devredilmesine ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamalar, buradaki temlik ve devirler açısından da aynen geçerli olacaktır¹⁰⁹.

IV. İhraççının İflası Halinde Yatırımcıların İflasın Hukuki Sonuçlarından Korunması

A. İhraççı Hakkında İflasın Açılmasının İTMK'lerden Kaynaklanan Haklar ve Yükümlülükler Üzerindeki Etkisi

İcra ve İflas Kanunu md. 195 uyarınca, ihraççının iflas etmesi halinde, vadesi gelmemiş borçlarının da muaccel hale gelmesi söz konusudur¹¹⁰. Ancak teminatlı borçlanma senetlerine dayanan bir finansman sistemi yapılandırılması; ihraççının iflası halinde dahi, bu borçlanma senetlerinden kaynaklanan vadesi gelmemiş

¹⁰⁷ Bu kuruluşun, SPK tarafından İTMK ihraççıları listesine alınmış olan bir banka ya da ipotek finansmanı kuruluşu olması mümkündür. Devralan kuruluşun bir banka olması halinde, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 30 / f. 1 / c. 2 uyarınca, SPK'nun devre onay vermeden evvel BDDK'nın görüşünü alması zorunludur.

¹⁰⁸ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

¹⁰⁹ Bkz. Bölüm V / II / E / 2 / a.

¹¹⁰ İflasın, müflisin alacaklılarının hakları üzerinde etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Saim Üstündağ, **İflas Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, 2007, s. 99 vd; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 526 vd.; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 463 vd.

yükümlülüklerin doğrudan muaccel hale gelmeyerek, vadelerinin sonuna dek karşılanmaya devam etmeleri esasına dayanmaktadır.

SerPK’nda, İTMK ihraççısının iflası halinde, bu borçlanma senetlerinin (İTMK’lerin), istisnai bir durum olarak doğrudan muaccel hale gelmeyecekleri, açıkça ifade edilmiş değildir. Kanunda ihraççının iflası halinde İTMK’lerin muaccel hale gelmeyeceğine ilişkin hüküm bulunmaması sebebiyle, İİK md. 195 hükmü uyarınca, İTMK’lerin, ihraççının iflası ile muaccel hale geleceğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır¹¹¹.

Ancak, SPK md. 13/A’nın düzenlenmesindeki temel amaç, ihraççının iflası halinde dahi varlığını, dönemsel ödemelerinin aksatılmaması suretiyle, belirlenen vadesinin sonuna dek sürdürebilecek bir teminatlı menkul kıymet yapılandırmaktır. Anılan madde f. 13 ve f. 15 ’de kullanılan ifadelerden bu sonucu çıkarmak mümkündür. 13. fıkra, ihraççının iflası halinde teminat havuzundaki varlıkların İTMK’ler itfa edilene dek iflas masasından ayrılacağı, 15. fıkra da, bu varlıklardan elde edilen gelirin öncelikle teminatlı borçlanma senedi alacaklılarına yapılacak olan ödemelerde kullanılacağı belirtilmiş; bunu takiben SPK tarafından İTMK’lerin akıbetine ilişkin hangi yönde karar verilebileceği sayılmıştır. Buna göre, ihraççının iflası sonrası gerekirse tedavüldeki İTMK’lerin erken itfasına karar verilebilecek, İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülüklerle birlikte teminat teşkil eden varlıklar bir başka yetkili ihraççıya devredilebilecek ya da bunlardan kaynaklanan yükümlülükleri üstlenmeksizin sadece teminat konusu varlıkları yönetmek üzere bir idareci atanması söz konusu olabilecektir. Erken itfa dışındaki her iki seçenekte de amaç, İTMK’lerin vadeleri dolana dek varlık havuzundaki nakit akışları ile tatmin edilmelerinin sağlanmasıdır.

¹¹¹ Doğru, s. 353. Doğru, bu belirlemeyi yaptıktan sonra, ihraççının iflası halinde İTMK’lerin muaccel hale gelerek erken itfasına engel olacak bir hükmün SerPK’na konulmamış olmasını, İTMK’lerin başarı şansını azaltan önemli bir hukuki eksiklik olarak yorumlamıştır. Doğru, s. 353. Bu yoruma katılmak mümkün değildir. Zira, İTMK’lerin iflasın açılması ile muaccel olacağının kabulü, İTMK ihraçlarının başarı şansını azaltan değil, İTMK ihracına dayalı bir finansman sistemi yapılmasını temelden çökerten bir eksiklik olurdu.

O halde, SerPK'nun 13/A maddesinin belirtilen fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan müccel yükümlülüklerinin, iflasın açılması ile birlikte, genel esasa istisna teşkil etmek üzere doğrudan muaccel hale gelmeyeceği söylenebilecektir.

İhraççının iflas etmesi durumunda, teminatlı borçlanma senetlerinden kaynaklanan yükümlülüklerin vadelerinden evvel muaccel hale gelmesi ise ancak, SPK md. 13/A f. 14 çerçevesinde SPK tarafından, İTMK'lerin erken itfa edilerek teminat havuzunda yer alan varlıkların nakde dönüştürülmesi için bir idareci atanmasına ya da İTMK'lerin Yatırımcıları Koruma Fonu¹¹² tarafından tedrici tasfiyeye tâbi tutulmasına karar verilmesi hallerinde söz konusu olacaktır.

Yukarıda, İTMK'lerin iflasa rağmen muaccel olmayacağını takiben sayılan diğer adımlarda öngörülen esasların sağlanması, İTMK sahiplerine İTMK'lerin karşılığını teşkil eden varlıklar üzerine tanınacak haklar ve yine İTMK sahiplerinin menfaatini korumak üzere İTMK'lerin karşılığını teşkil eden varlıkların nitelik / nicelik ve idarelerine ilişkin olarak alınması öngörülen sair tedbirler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Esasen, öngörülen haklar ve tedbirler bir bütün halinde işlev göstermektedir. Ancak devreye girmeleri, ihraççının mali durumuna bağlı olarak İTMK'lerden kaynaklanan ödemeleri vadelerinde yapıp yapamaması hallerine bağlıdır.

Bu itibarla İTMK sahiplerine tanınan haklar ile onların menfaatinin korunması amacıyla alınması öngörülen tedbirler, İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerin düzenli olarak karşılandığı varsayımından başlanarak, yükümlülüklerin karşılanmasında aksama oluşturan ihraççının mali durumunun zayıfladığı ve hatta

¹¹² Yatırımcıları Koruma Fonu, SerPK md. 46/A hükmü ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Fon varlığının kullanılış şekli ve esasları ile diğer konular, SPK tarafından, 21.06.2001 tarihli RG'de yayınlanan Yatırımcıları Koruma Fonu Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Yatırımcıları Koruma Fonuna ilişkin bilgi için bkz. Vural Günel, **Sermaye Piyasası Hukuku Esasları**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2007, s. 13-14. SerPK md. 46/A hükmüne, 5582 sayılı Kanun ile eklenmiş olan ikinci fıkra düzenlemesine göre; SPK, tedrici tasfiyesine karar verilen ipotek finansmanı kuruluşunun tedrici tasfiyesinin Fon tarafından yürütülmesine, ayrıca ihraççının yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, yönetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin kaldırılması veya iflası halinde İTMK'lerin teminatı olan varlıklardan oluşan teminat havuzlarının tedrici tasfiyesinin veya idaresinin Fon tarafından yürütülmesine karar verebilecektir.

ihraççının iflas ettiği hallere doğru bir silsile içinde incelenmelidir. Kanun koyucunun temel amacının, teminat havuzunun bütünlüğünü korumak ve İTMK'lerin vadesi boyunca varlığını sürdürmesini sağlamak olduğu burada bir kez daha vurgulanmalıdır¹¹³.

B. İhraççının İflası Halinde Yatırımcılara Tanınan Haklara Genel Bakış

Teminatlı borçlanma senetlerine ilişkin Kara Avrupası hukuklarındaki düzenlemelerde, ihraççının iflası halinde teminat konusu varlıkların hukuki durumu farklılık arz etmektedir. Almanya, Avusturya, İsveç, Finlandiya gibi ülkelerde, teminat konusu varlıkların, ihraççının iflası ile birlikte kanun gereği hiçbir işleme gerek kalmaksızın ayrı bir malvarlığı teşkil edecek biçimde düzenlendiği görülmektedir¹¹⁴.

Diğer taraftan Portekiz, İspanya, Fransa, Norveç, Çek Cumhuriyeti, Polonya gibi örneklerde, teminat konusu varlıklar iflas masasının bir parçası olmakta, ancak teminatlı borçlanma senetlerinin alacaklılarına iflas prosedüründe bir öncelik hakkı tanınmaktadır¹¹⁵.

İsviçre hukukunda, Rehinli Tahvil Kanunu ile rehinli tahvil merkezi ve yatırımcılar lehine tesis edilen sui generis nitelikteki rehin hakkı¹¹⁶, birinci aşamada borçlu bankanın ve ikinci aşamada rehinli tahvil merkezinin iflası ihtimallerinde etkisini göstermektedir. PfG md. 27 uyarınca, borçlu banka hakkında iflasın açılması halinde, rehinli tahvil sahiplerinin, rehinli tahvil merkezinin teminat siciline kaydedilmiş

¹¹³ Önen, Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması, s. 41.

¹¹⁴ Stöcker, **Funding of Mortgages**, s. 29; ECBC Technical Questionnaires (İlgili Ülke Raporları). Ayrıca Almanya için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 9; Avusturya için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 12; İsveç için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 10; Finlandiya için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 13.

¹¹⁵ Stöcker, **Funding of Mortgages**, s. 29; ECBC Technical Questionnaires (İlgili Ülke Raporları). Ayrıca Portekiz için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 13; İspanya için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 11; Fransa için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 10; Norveç için bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 13.

¹¹⁶ Karş. Bölüm V / II / E / 1 / b / (1) kısmında yer alan açıklamalarımız ve özellikle anılan bölümde yer alan dipnot 70.

alacak hakları üzerinde diğer alacaklılar karşısında öncelikli tatmin hakkı bulunacaktır. Aynı şekilde rehinli tahvil merkezinden ödünç alan bankanın iflası halinde de, bu kez bankanın teminat siciline kaydedilmiş alacak hakları üzerinde rehin hakkı bulunan rehinli tahvil merkezinin alacaklarının, bankanın diğer alacaklıları karşısında öncelikli olarak karşılanma hakkı bulunacaktır¹¹⁷.

Alman hukukundaki düzenlemelere daha ayrıntılı olarak bakılırsa; rehinli tahvil (pfandbrief) ihraç eden kurumun iflası halinde, ihraç edilmiş olan tahvil, vadesine kadar varlığını sürdürecektir ve vade geldiğinde tahvilleri ellerinde bulunduran yatırımcılar, teminat havuzundaki nakit akışı üzerinde, öncelikli talep haklarını kullanabileceklerdir. Burada önemli olan, rehinli tahvillere karşılık teşkil eden taşınmaz rehinli alacakların, ayrı ayrı bu husustaki bir sicile kayıt edilmeleri ve ihraççının iflası halinde iflas masasına dahil olmalarının engellenmesidir. Böylelikle, iflas halinde dahi, teminat konusu varlıklar rehinli tahvil yatırımcıların tahvillerden kaynaklanan alacaklarına tahsis edilebileceklerdir. Sicile kayıtlı taşınmaz rehinlerinin paraya çevrilmeleriyle elde edilen tutarın, tahvil yatırımcılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi halinde ise, yatırımcıların iflas etmiş olan tahvil ihraççısı kuruluşun diğer malvarlığı değerlerine başvurma hakları da saklı tutulmuştur¹¹⁸.

İTMK'lere ilişkin paralel düzenlemelere gelince, ihraççının iflası halinde, teminat havuzundaki varlıklardan elde edilecek gelirin, SerPK md. 13/A f. 15 çerçevesinde öncelikle İTMK alacaklılarının tatminine hizmet edeceğini evvelce de belirtmiştik. Ancak, ihraççının iflası halinde, öncelik hakkının kullanılabilmesi için, iflas hukuku ilkelerine istisna teşkil edecek bazı düzenlemelerin bulunması gerekmektedir. İflas halinde, borçlunun iflasın açılması anındaki malvarlığı, bu ana kadar alacaklı bulunan tüm alacaklıların yararına olarak tasfiyeye tâbi tutulmaktadır¹¹⁹. Bu çerçevede İTMK ihraççısının iflasına kararı verilmesi ve müflis sıfatını almasıyla,

¹¹⁷ Hunziger, s. 125 vd.; Brühlmann, s. 76 vd.; Schwalm, s. 16 vd. Ayrıca bkz. **Mortgage Banks and the Mortgage Bond**, s. 12 vd.

¹¹⁸ Stöcker (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2699 vd.; Seliçi, **İpoteğe Dayalı Uzun Vadeli Konut Kredisi Semineri**, s. 88.

¹¹⁹ Üstündağ, s. 5.

iflasın açıldığı anda nerede ve kimin elinde olduğu önem taşımaksızın ihraççının haczi kabil bütün mal ve hakları bir masa teşkil edecektir¹²⁰. Kural olarak, borçlunun malvarlığını oluşturan mal, alacak ve haklar, alacaklılar için bir tür teminat teşkil ederler ve bu nedenle de alacaklılar tarafından borç için haczettirilebilirler¹²¹. Ancak, borçlunun bazı mal ve haklarının haczedilmesi hiç mümkün değildir. Tamamı haczedilemeyen mal ve hakların ilk grubunu, maddi hukuka göre, bir başka ifade ile kanun gereği başkasına devri yasak olan mal ve haklar oluşturur. SerPK'nun 13/A maddesinin 13. fıkrasında İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine kaydedilen varlıkların haczedilemeyecekleri açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu anlamda İTMK'lerin teminatını teşkil eden varlıklar olarak belirlenmiş olan ipotek teminatlı ve sair alacak haklarının, SerPK gereği haczedilemeyecekleri için, iflas masasına girmeyeceklerini söylemek mümkündür¹²².

Ancak, iflas eden borçlunun bir anonim ortaklık olması halinde, ortaklığa ait olup ve mameleki bir değeri olan her türlü mal, hak ve alacağın, haczi caiz olup olmamasına bakılmaksızın, iflas masasına girmesi gerekmektedir¹²³. Anonim ortaklık olan ihraççının, ihraç ettiği İTMK'lerin karşılığını teşkil eden varlıklarının, bu esas doğrultusunda iflas masasına girmesini önlemek amacıyla, özel hüküm sevk edilmiştir. Buna göre SPK md. 13/A f. 13 hükmü, teminat konusu varlıkların, ihraççının diğer malvarlığından ayrılıp özel bir malvarlığı statüsüne kavuşturulmasına hizmet edecek maddi hukuk düzenlemesini içermektedir. Böylelikle İTMK'ler itfa edilinceye kadar, teminat defterine kaydedilmiş olan varlıklar, iflas masasına dahil edilemeyecektir¹²⁴. İTMK alacaklılarının teminat

¹²⁰ Hakkında iflas kararı verilen ve müflis sıfatını alan borçlunun, haczi kabil bütün mal ve haklarının, nerede ve kimin elinde olduğu önem taşımaksızın, iflasın açıldığı an itibarıyla bir masa teşkil edeceğine ilişkin olarak bkz. Üstündağ, s. 76; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 508 vd.; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 447 vd.

¹²¹ Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, C. I, 3. Bası, İstanbul, 1988, s. 778.

¹²² “Müflisin masaya girecek olan mal, alacak ve hakları haczedilebilir olanlardır. ...özel kanun hükümlerine göre tamamı haczedilemeyen mal, alacak ve haklar iflas masasına girmez.” Bkz. Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, C. III, 3. Bası, Ankara, 1993, s. 2834.

¹²³ Hakan Pekcanitez, **Anonim Ortaklıkların İflası**, Ankara, 1991, s. 78.

¹²⁴ Teminat havuzunun hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. Bölüm III / II / C.

konusu varlıkları iflas masasından ayırma (çıkarma) hakkı olarak nitelenen bu hak aşağıda incelenecektir.

C. Teminat Konusu Varlıkları İflas Masasından Ayırma Hakkı

1. Ayırma Hakkının Hukuki Niteliği

İTMK ihraççıları, İTMK alacaklılarına karşı tüm malvarlığı değerleri ile sorumludurlar¹²⁵. Ancak, ihraççının karşısındaki tek alacaklının İTMK sahipleri olmadığı hukuki durumlar ile karşılaşıldığında, İTMK sahibi alacaklılarının, teminatlı bir borçlanma senedine yatırım yapmış olmalarının sağladığı korumadan tereddütsüz yararlanabilmesi sağlanmalıdır.

Esasen, öncelikle cevaplanması gereken, İTMK sahibi yatırımcının neden korunması gerektiğidir. İTMK'ler konut finansmanı sistemi çerçevesinde fon fazlası olup, bunu güvenli bir yatırım aracında kullanmak isteyen yatırımcıdan, bu fona ihtiyaç duyan kimselere sermaye aktarımının sağlanması için kullanılan sermaye piyasası araçları olarak bir döngü meydana getirmektedir. Bu döngüde, yatırımcıdan toplanan para, yeni kredilere aktarılmakta, yeni kredilerden kaynaklanan alacakların vadelerinde gelen ödentileri de yine yatırımcıları İTMK'lerden doğan alacaklarının vadelerinde karşılanmasına hizmet etmektedir. O halde geniş bir perspektiften bakıldığında, kredi kullandırmak suretiyle ihraççı lehine doğan ve hukuken onun malvarlığında yer alan alacak hakları, esasen İTMK sahiplerinin yatırdıkları paradan kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede, hukuken hak sahibi olmamakla birlikte, bir anlamda ekonomik hak sahipliği¹²⁶ bulunan yatırımcıların, ihraççının iflası halinde özel olarak korunması gerekmektedir.

¹²⁵ Karş. Bölüm I / II / F / 3 / b kısmında yer alan açıklamalarımız.

¹²⁶ Aynı yöndeki değerlendirme, yatırım fonlarına ilişkin olarak da yapılmıştır. Yatırım fonu ihraç eden kuruluşlar, tasarruf sahiplerinin birikimlerinin, sermaye piyasası araçları ve/ya kıymetli madenlerden oluşan fon portföyüne aktarılması, bu portföyün de, riskin dağıtılması ilkesi ve inançlı mülkiyet hükümlerine göre, tasarruf sahipleri hesabına işletilmesi esaslarına dayanmaktadır. Bkz. Burçak Yıldız Destanoğlu, **Yatırım Fonu Katılma Belgeleri**, Ankara, 2004, ss. 1-2. Bu çerçevede; fon kurucusu, fon malvarlığının hukuken sahibi olmakla birlikte, esasen fon malvarlığı yatırım fonu katılma belgesi satın alan yatırımcıların parası ile oluşturulmuş bulunmaktadır. Bu itibarla, hukuken fon kurucusunun malvarlığını teşkil eden değerlerin büyük bölümü, ekonomik olarak yatırımcılara

Bu korumanın nasıl sağlanabileceği ise, cevaplanması gereken ikinci soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

İsviçre hukukunda rehinli tahvil ihracına ilişkin düzenlemeler, ihraççı kurumun iflası halinde, rehinli tahvilleri (pfandbrief) ellerinde bulunduran yatırımcılara, ayırma hakkı tanımamaktadır. Ancak, tahvillerin teminatını teşkil eden varlıkların iki kademedede (Rehinli Tahvil Merkezi ve banka) var olması, tahvil hamillerinin taleplerini hem Rehinli Tahvil Merkezine, hem de bankalara karşı ileri sürebilmesini mümkün kılmaktadır¹²⁷. Diğer taraftan, sicile kayıtlı taşınmaz rehinlerine başvurulması ve bunların paraya çevrilmeleri halinde elde edilen tutarın, tahvil yatırımcılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi durumunda yatırımcıların, banka veya tahvil ihraççısı konumundaki Rehinli Tahvil merkezinin diğer malvarlığı değerlerine başvurma hakları da saklıdır¹²⁸.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu (Pfandbriefgesetz) düzenlemelerinde, rehinli tahvil (pfandbrief) yatırımcısının teminatının esas dayanağı olarak nitelendirilen¹²⁹, iflastan ari bir teminatlandırılmış alacak havuzu yaratılması fikri, bu alanda yapılan diğer ülke düzenlemelerinin de kaynağı olmuş, hatta İspanya’da olduğu gibi, bu esasın kabul edilmediği düzenlemeler doğrultusunda ihraç edilen teminatlı borçlanma senetlerinin, pazarda yatırımcıya hitap edebilmesi için geliştirilerek, Almanya’daki düzenlemeler seviyesine çıkarılması gerektiği önemle vurgulanmıştır¹³⁰. Özellikle, teminatlı borçlanma senedi ihraççısının sadece bu alanda uzmanlaşmış bir kuruluş

aittir. Bu çerçevede, fon malvarlığının, fon idaresinin kişisel sorumluluğunun dışında bırakılması suretiyle fon yatırımcılarının korunması bir gereklilik olarak ifade edilmiştir. Bkz. Gürsoy, **M.H. Yatırım Fonları**, ss. 186-187.

¹²⁷ Karş. Bölüm V / IV / B kısmında yer alan açıklamalarımız.

¹²⁸ Rehinli tahvil alacaklılarının, alacak haklarını ileri sürmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hunziger, s. 157 vd.

¹²⁹ Otmar Stöcker, New Legislation on Covered Bonds in Europe: Structure of the Issuer, ALM, Banking Supervision, Segregation and Bankruptcy Remoteness, **9th Central European Covered Bond Conference**, 17-18 Kasım 2005, Budapeşte, Power Point Sunum, s. 21, Çevrimiçi: www.pfandbrief.de, Erişim: 02.03.2007; Stöcker, (Schimansky / Bunte / Lwowski), s. 2699.

¹³⁰ Nasarre-Aznar, Funding of the Mortgage Loans In Spain, s. 352.

olmadığı, sair bankacılık işlemlerini yürüttüğü ve bunlara bağlı sorumlulukları da yüklendiği ülkelerde (*Türkiye gibi*), teminatlı borçlanma senetlerinin tercih edilir kılınması için, bunların teminatını teşkil edecek varlıkların korunmasına ilişkin düzenlemelerin daha da açık ve ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir¹³¹.

Bu belirlemeler çerçevesinde, İTMK yatırımcıları açısından korumanın sağlanabilmesi, İTMK'lerin teminatını teşkil etmek üzere teminat defterine kayıt edilerek belirli kılınan varlıkların, bir başka söyleyişle, teminat havuzunu teşkil eden varlıkların, ihraççının iflası halinde ihraççının diğer malvarlığından ayrı bir işleme ve ayrı bir hukuki düzenlemeye tâbi tutulmasına bağlıdır¹³².

Borçlunun iflasında, bazı malvarlığı değerlerinin iflas masasına dahil edilmemesini sağlamak amacıyla, bu mal ve hakların masadan çıkarılmasını istemek hususunda tanınan özel talep hakkı “ayırma” ya da “çıkarma” hakkı olarak ifade edilmektedir¹³³. Bu anlamda, teminat havuzunda yer alan varlıkların, özel malvarlığı nitelikleri gereği iflas hukuku anlamında bir istisna teşkil etmeleri de, iflas masasına karşı bir “ayırma hakkı” (çıkarma hakkı) niteliğindedir. Böylesi bir ayırma hakkının varlığından söz edebilmek için, haklı sebep bulunması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁴. İTMK'lere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, İTMK sahiplerinin teminat konusu varlıklara ilişkin ayırma hakkının kabulü için haklı sebep bulunmaktadır. Zira, İTMK ihraççısının kredi kullandırmak suretiyle malvarlığına katmış olduğu alacak hakları, konut finansmanı sisteminin döngüsü içinde esasen İTMK yatırımcılarının yatırdıkları meblağdan kaynaklanmaktadır. Benzer yaklaşımla, vekâlet sözleşmesinde, vekilin iktisap ettiği hakların müvekkile intikaline ilişkin Borçlar Kanunu düzenlemesinde de karşılaşılmaktadır. BK md. 393 f. III'de düzenlenmiş

¹³¹ Stöcker, New Legislation on Covered Bonds in Europe, s. 22.

¹³² Benzer hukuki menfaati korumak amacıyla yatırım fonlarına ilişkin yapılan hukuki değerlendirme için bkz. Gürsoy, **M. H. Yatırım Fonları**, s. 187.

¹³³ Baki Kuru, **İflas ve Kontordato**, Ankara, 1975, s.173. Gürsoy, **M. H. Yatırım Fonları**, s. 120-121.

¹³⁴ Gürsoy, **M. H. Yatırım Fonları**, s. 120- 121.

olan, vekilin iflası halinde müvekkile tanınan iflas masasından ayırma hakkı da¹³⁵, benzer hukuki gerekçeye, vekilin mülkiyetindeki değerlerin aslında vekâlet verene ait olmasına dayandırıldığı görülmektedir. Madde metninde sadece, vekilin kendi adına ve müvekkil hesabına iktisap ettiği taşınır malları iflas masasından ayırma hakkına sahip olmasından söz ediliyor olsa da, maddenin geniş yorumlanması suretiyle, BK 393/III hükmünün, taşınmaz mal ve alacaklar hakkında da, en azından kıyas yolu ile uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹³⁶. Bu anlamda, kanun koyucunun esas hareket noktası, ayırma hakkına konu olacak değerlerin hukuki açıdan olmasa bile, ekonomik açıdan özde kimin malvarlığından kaynaklandığıdır¹³⁷. Bu bağlamda, İTMK sahibi yatırımcıya, inançlı vekâlet düzenlemeleri ile aynı paralelde olan ve SerPK md. 13/A f. 13 hükmünde kanuni dayanağını bulan, ihraççının diğer alacaklılarına karşı bir cebri icra ayrıcalığı tanınmış olmaktadır.

2. Ayırma Hakkının İleri Sürülmesi

İflas masasından ayırma hakkının, özel kanunlarda düzenlenmiş olduğu bazı durumlarda, kanunun öngördüğü malların iflas masasından ayrılabilmesi için iflas memurunun malların masadan ayrılmasına (tefrikine) karar vermesi gerekmektedir. Örneğin; 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun 19. maddesinde, finansal kiralama konusu malların iflas masasından ayrılması, iflas memurunun bu yönde karar almasına bağlanmıştır. O halde, kanun koyucu, iflas memuru tarafından herhangi bir karar alınması suretiyle masadan ayrılmanın gerçekleşmesini öngördüğü hallerde, bunu açıkça düzenlemektedir. Bu gibi hallerde, iflas memurunun öngörülen

¹³⁵ BK 393/III’ deki “istihkak” sözcüğünün, hakim görüşüne göre “ayırma hakkı” (aussonderungsrecht) olarak kullanılmış olduğuna ilişkin olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 371 ve özellikle aynı sayfadaki dipnot 89. Serozan, **Eşya Hukuku**, s. 32. Dolaylı temsil olunana, onun hesabına yapılan sözleşmedeki hukuki durumun geçmesi gerektiği; güvenenin ayırma hakkını değil, doğrudan mülkiyet hakkını kazandığını ileri süren görüş için bkz. Cevdet Yavuz, **Türk – İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, İstanbul, 1983, s. 232.

¹³⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 370 / dipnot 88 ve ilgili metin. Haluk Tandoğan, “İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun BK md. 393’ten Yararlanma Olanağı”, **Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar**, İstanbul, 1977, s. 92.

¹³⁷ BK md. 193 / f. 3 kuralı çerçevesinde, inançlı vekâlet veren kişiye, güvendiği vekilin iflası halinde, hukuki açıdan olmasa bile, ekonomik açıdan güvenen kişiye ait sayılması gereken vekâlet borcunun konusu taşınır eşyayı, vekilin iflas masasından çıkarma hakkı tanınmış olduğu hakkında bkz. Serozan, **Eşya Hukuku**, s. 32.

yönde ayırma (tefrik) kararı almaması halinde ne olacağı sorunu ile karşılaşmaktadır¹³⁸.

SerPK md. 13/A f. 13 hükmü, teminat havuzunda yer alan varlıkların, İTMK'ler itfa edilinceye kadar iflas masasına dahil edilemeyeceğini açıkça düzenlemiş bulunmaktadır. Bu hükme göre, ayırma hakkının herhangi bir hukuki ya da idari işleme başvurulmak suretiyle ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır. Bu anlamda, iflas memuru tarafından ayırma kararı alınıp alınmadığı sorunları ile karşılaşılması da söz konusu olmayacaktır. İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine kaydedilen varlıklar, ihraççı hakkında iflasın açılmasıyla birlikte, kanuni düzenleme gereği, ihraççının diğer malvarlığı değerlerinden doğrudan ayrılacak ve farklı bir hukuki akıbete sahip olacaktır. Bu anlamda, teminat konusu varlıklar artık, öncelikli olarak İTMK sahiplerinin ve diğer öncelik hakkı sahiplerinin hak ve menfaatlerine hizmet etmek üzere, özel bir malvarlığı olarak idare edilmeye devam edilecektir.

D. İflas Masasından Ayrılan Varlıkların İdaresi

İflas hukuku prensipleri uyarınca, iflas masasına giren malların idaresi, alacaklılar ile icra mahkemesinin birlikte seçmiş oldukları, hukuki niteliği itibariyle müflisin veya alacaklıların temsilcisi olmayıp, iflas masasının kanuni mümessili olan iflas idaresine aittir¹³⁹. SerPK uyarınca, ihraççının iflası halinde, kanun gereği hiçbir işleme gerek kalmaksızın iflas masasından ayrılacak olan teminat konusu varlıkların, bu aşamadan sonra idaresinin, iflas idaresine ait olmayacağına şüphe yoktur. Zira, bunun kabulü

¹³⁸ Örneğin, Finansal Kiralama Kanunu'nda düzenlenen ayırma hakkı açısından, bu sorunun nasıl çözümleneceği düzenlenmiş değildir. Yrg. bu gibi hallerde; kanun tarafından iflas masasından ayrılması öngörülen finansal kiralama konusu mala ilişkin olarak, öncelikle iflas idaresinden tefrik talep edilmesini, bunun reddi halinde ise malın mülkiyetine sahip olmaya devam eden kiralayanın İİK md. 228'de öngörülen istihkak prosedürü çerçevesinde, istihkak davası açması gerektiği yönünde karar vermiştir. Yrg. 13. Hukuk Dairesi E 1995/3332 K. 1995/6465 sayılı ve 12.07.1995 tarihli kararı. Kazancı Bilişim. Çevrimiçi: www.kazanci.com, Erişim: 19.07.2008. SerPK md. 13/A f. 13 hükmü ile öngörülmüş olan iflas masasından ayırma hakkının ise, iflasın açılması ile birlikte kanun gereği doğrudan sonuç doğuracaktır.

¹³⁹ Üstündağ, s. 140; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 564; Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 486.

halinde, iflas masası alacaklıları ile İTMK alacaklılarının çatışan çıkarlarının himayesinin aynı ellere bırakılması söz konusu olur ki, bu da amaca uygun değildir.

Bu itibarla, ihraççı hakkında iflasın açılmasını takiben, SPK tarafından, SerPK md. 13 / f. 15 (c) hükmü uyarınca atanan idareci, teminat konusu varlıkların akıbetini takip edecektir. İdarecinin, teminat konusu varlıkları, İTMK alacaklılarının hak ve menfaatlerini gözeterek yönetme görevi, iflas idaresinin SerPK düzenlemelerine uygun davranıp davranmadığının izlenmesini de kapsamaktadır.

E. İTMK’lerden Kaynaklanan Hakların İflas Masasından Ayrılan Varlıkların Nakit Akışlarından Öncelikli Olarak Karşılanması

İTMK’in karşılığını teşkil eden varlıkların, SPK Seri III / 33 no’lu Tebliğ md. 12 f.2 hükmü uyarınca, ihraççının diğer hesaplarından ayrı bir hesapta toplanan nakit akışlarından, öncelikle İTMK alacaklıları, türev sözleşmelerin karşı tarafları ve idarecinin alacakları karşılanacaktır. Bu anlamda ihraççı hakkında iflasın açılmış olması halinde de, iflas masasına girmeyerek özel malvarlığı olarak yönetilmeye devam edilecek karşılıklar, öncelikle İTMK alacaklılarının tatminine hizmet edecektir¹⁴⁰.

Toplam yükümlülükler¹⁴¹ tamamen karşılanıp, İTMK’ler itfa edilinceye dek, teminat defterine kayıtlı varlıkların –ihraççının iflası söz konusu ise- iflas masasına kaydedilmesi, evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere, SerPK md. 13/A f. 13 hükmü uyarınca mümkün değildir. Bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden, toplam yükümlülükler tamamen karşılanıp, İTMK’ler itfa edildikten sonra, arta kalan teminat defterine kayıtlı varlık ya da varlıkların bulunması halinde, bunların ihraççı hakkında iflasın açılmış olduğu hallerde artık iflas masasına kaydedilmelerinin mümkün olacağı anlamı çıkmaktadır.

¹⁴⁰ İTMK’lerden kaynaklanan alacakların öncelikli olarak karşılanmasına ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm V / II / E / 1 / b.

¹⁴¹ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

O halde, ihraççı hakkında iflasın açılmış olması ihtimalinde, iflas idaresi ancak toplam yükümlülüklerin tatmininden geride kalan varlıkların iflas masasına girmesini talep edebilecektir. Ancak, elbetteki bu durumda iflas idaresi tarafından talep edilen malların, geride kalan mallar olduklarını ispat yükü iflas idarecisi üzerinde olacaktır.

Henüz toplam yükümlülükler tamamen karşılanmadan, iflas idaresinin gereğinin çok üzerinde “fazla teminatlandırma” söz konusu olduğu iddiasını ispatlayarak, herhangi bir talepte bulunup bulunamayacağı hususu da değerlendirilmelidir. Evvelce de belirtmiş olduğumuz üzere, fazla teminatlandırma, ihraç edilecek İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat defterine kayıt edilen varlıkların net bugünkü değerinin, İTMK’lerden kaynaklanan yükümlülüklerin net bugünkü değerinden, SerPK md. 13/A f. 8 (d) gereği %2 fazla olması zorunluluğudur¹⁴². Bu zorunlu fazla teminatlandırma oranının ihraççının ihtiyarı ile arttırılması önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda zorunlu oranı aşan fazla teminatlandırma, ihtiyari fazla teminatlandırma teşkil edecektir.

Alman Rehinli Tahvil Kanunu md. 30 / f. 4 (1) hükmü, ihtiyari fazla teminatlandırmanın iflas idaresince talep edilebilmesine, sadece, bu varlıkların tahvillerin teminatlandırılmaları için açıkça gerekli olmadıklarının ispatlanması hallerine ilişkin olarak izin vermiştir¹⁴³. SerPK’nda böyle bir özel düzenleme bulunmadığından, teminat defterine kaydedilmiş olan her varlık, kaydın hükmünden yararlanarak, ihraççının iflası halinde iflas masası dışında kalacaktır¹⁴⁴. Bu itibarla İTMK ihraççısının iflası söz konusu olduğunda, teminat konusu varlıkların toplam yükümlülüklerin¹⁴⁵ karşılanması için gerekenden açıkça fazla olduğu hallerde dahi, iflas idaresinin İTMK’lerden kaynaklanan tüm yükümlülükler karşılanana dek bu nitelikteki varlıkları talep edebilmesi, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde mümkün değildir. Ancak, ihraççının, diğer alacaklılarının zarar görmesini

¹⁴² Karş. Bölüm IV / III / E / 3 kısmında yer alan açıklamalarımız.

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Stöcker (Schimnsky / Bunte / Lwowski), s. 2701-2702.

¹⁴⁴ Teminat defterine yapılan kayıtların hükmüne ilişkin açıklamalarımız için bkz. Bölüm IV / V.

¹⁴⁵ Toplam yükümlülüklerin hangi unsurlardan teşekkül ettiğine ilişkin olarak bkz. Bölüm V / I.

engelleyebilmek için, SerPK ile, ihtiyari fazla teminatlandırmaya ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemenin getirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Karş. Bölüm IV / III / E / 3 kısmında yer alan ihtiyari fazla teminatlandırmaya ilişkin açıklamalarımız.

SONUÇ

- 1- Teminatlı borçlanma senetleri, taşınmazlar üzerinde tesis edilen rehin haklarından faydalanılarak, yeni finansman kaynakları yaratılması amacına hizmet etmek üzere, 18. yüzyılın sonlarında Danimarka ve Almanya’da ilk temelleri atılmış borçlanma senetleridir. Teminatlı borçlanma senetlerinin günümüzdeki hukuki işlevine en yakın biçimde düzenlenmesi, 1900 tarihli Alman İpotek Bankaları Kanunu ile olmuştur. Türk Hukuku’nda teminatlı borçlanma senedi olarak nitelendirilebilecek ilk borçlanma senedi, İsviçre Medeni Kanunu’nun iktibası suretiyle, 1926 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanun’un 884 – 886. maddeleri arasında yer alan “Rehinli Tahvil”dir. Ancak, anılan hükümlerde öngörülen ayrıntılı düzenleme ihtiyacını karşılayacak özel kanun, 1926 tarihli Medeni Kanun döneminde çıkarılmamıştır. Rehinli tahvillere ilişkin hükümler, 01.01.2001 tarihinden bu yana yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na da aynen aktarılmakla yetinilmiş, günümüze dek ayrıntılı düzenleme gerçekleştirilememiştir. Kanuni düzenleme eksikliği neticesinde, rehinli tahvillerin Türk Hukuk uygulamasında kullanılması ve gelişmesi de mümkün olamamıştır. Türk Hukuku’nda konut finansmanı sistemi yapılandırılması adı altında, 06.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5582 sayılı Kanun ile SerPK’nda yapılan değişiklik ve yenilikler; teminatlı borçlanma senedi niteliğinde, yeni menkul kıymet türlerini hukukumuza kazandırmıştır. Bu menkul kıymetlerden, SerPK md. 13/A hükmünde kanuni dayanağını bulan “İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler”, taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış belirli nitelikteki alacak haklarının güvencesi altında sermaye piyasalarında ihraç edilen ve yatırımcılardan fon toplamayı mümkün kılan borçlanma senetleridir.
- 2- İTMK’lerin kanuni dayanağı, SerPK md. 13/A hükmü olmakla birlikte, bu borçlanma senetlerinin ihracına ilişkin usul ve esaslar, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de, Alman İpotek Bankaları Kanunu’nu ilga ederek, 2005 tarihinde yürürlüğe

girmiş olan Alman Rehinli Tahvil Kanunu hükümlerinden faydalandığı görülmektedir.

- 3- SPK tarafından yetkilendirilmiş olan bankalar (katılım bankaları dahil) ile SerPK md. 39/A maddesinde düzenlenen ipotek finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilebilecek olan İTMK'ler, sahiplerine, belirlenen anapara ile faiz alacağını talep etme, SerPK md. 13 /A f. 15'deki hallerde, teminat konusu varlıklardan öncelikle tatmin edilme, teminat konusu varlıkları iflas masasından ayırma haklarını bahşeden, menkul kıymetlerdir.
- 4- Borçlunun malvarlığı ile sınırsız sorumlu olmasına ilişkin genel prensip çerçevesinde, İTMK ihraççısı da, ihraç etmiş olduğu İTMK'lerden kaynaklanan borçlarından tüm malvarlığı ile sorumludur. Ancak bu prensip ile sağlanan güvence, ihraççının malvarlığını oluşturan değerlerin değişkenlik göstermesi ya da her alacaklının ihraççının malvarlığına başvurma konusunda eşit durumda olması nedenleriyle, İTMK sahiplerine her durumda yeterli koruma sağlayamayabilecektir. Bu riskler bertaraf edilerek, İTMK sahiplerinin bu menkul kıymetlerden kaynaklanan alacak haklarının, İTMK vadelerinin sonuna dek gereği gibi karşılanmalarının temini için, SerPK, İTMK alacaklarına belirli teminatlar bahşetmiştir. Bu teminatların özünü, ihraççının malvarlığı içinde yer alan belirli nitelikteki varlıkların, ihraç edilen İTMK'lerin karşılığı olarak, ihraççının diğer malvarlığı değerlerinden ayrı bir hukuki rejime tâbi kılınması teşkil etmektedir.
- 5- İTMK ihraççısının, İTMK alacaklılarına teminat sağlamasına yönelik borcu, SerPK md. 13/A hükmünden kaynaklanmaktadır. SerPK md. 13/A f. 1 hükmü, İTMK'lerin oluşturulacak teminat havuzunda yer alan varlıklar karşılık gösterilmek suretiyle ihraç edileceğini düzenlemiştir. Teminat havuzu, ihraç edilecek İTMK'lerin karşılığını teşkil etmek üzere, ihraççının malvarlığı içindeki belirli varlıklardan oluşan, özel malvarlığı niteliğinde varlıklar bütünüdür. Bu varlıklar bütünü, hem nicelik, hem de nitelik açısından ihraççının İTMK'lerden kaynaklanan borcunu yerine getirmesini güvence altına almaya elverişli olmalıdır. Teminat havuzunda hangi nicelikte varlık bulunması gerektiği, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ'in "Teminat

Uyum İlkeleri” başlıklı beşinci bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İTMK’ler ile bunların karşılığını teşkil eden teminat konusu varlıklar arasında herhangi bir uyumsuzluk söz konusu olması halinde, bunun giderilmesi için havuza varlık eklenmesi ya da havuzdan varlık çıkarılması önünde bir engel bulunmamaktadır.

- 6- Teminat havuzuna hangi nitelikteki varlıkların dahil edilebileceği, SerPK md. 13/A f. 3 ile SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 8 – 12 hükümlerinde, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler doğrultusunda, teminat havuzu, üç varlık grubundan teşekkül edebilecektir. Bu varlık gruplarından ilki, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’de “ipotekli krediler” olarak ifade edilmiştir. İpotekli krediler, haiz oldukları özellikler ve teminat havuzunda yer alma oranları açısından farklılık arzeden iki alt gruba ayrılmaktadır. Tebliğ’in “ipotekli konut kredisi” ve “ipotekli ticari kredi” olarak isimlendirdiği her iki grup varlık da, SerPK md. 38/A hükmünde tanımlanmış olan, konut finansmanı işlemlerinden kaynaklanan alacak haklarıdır. Buna göre, bir alacağın teminat havuzunda bulunabilmesi için, tüketicilere konut edinmeleri amacıyla kredi kullandırılmasına ilişkin kredi sözleşmelerinden, “konut” niteliğindeki taşınmazların tüketicilere finansal kiralanmasına ilişkin finansal kiralama sözleşmelerinden ya da “konut” niteliğinde bir taşınmazın teminatı altında kullandırılan tüketici kredisi sözleşmelerinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Her üç sözleşme de, “konut finansmanı sözleşmeleri” başlığı altında düzenlenmiş olan TKHK md. 10/B hükmünde öngörülen şartlara uygun olarak kurulmuş olmalıdır. Konut finansmanı sözleşmelerine taraf olabilecek tüketicilerin, TKHK md. 3 (e) hükmü çerçevesinde, sözleşme konusu malı ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen gerçek kişiler ve -ticaret şirketleri hariç olmak üzere- ticari veya mesleki amaç gütmeyen tüzel kişiler olabileceği kabul edilmelidir.
- 7- Konut finansmanı sözleşmelerinden kaynaklanan alacak hakları dışında, İTMK ihraççısının TOKİ’nden devralmış olduğu alacak haklarının da, teminat havuzuna dahil edilmesi mümkündür. Her iki alacak türü bakımından, teminat havuzuna dahil edilme tarihi itibarıyla, vadesi gelmiş geri ödeme bulunmaması esastır.

- 8- Gerek belirlenen özellikleri haiz hukuki işlemlerden kaynaklanan konut finansmanı alacaklarının, gerekse TOKİ’nden devralınan alacakların teminat havuzuna dahil edilebilmesi, SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 9 hükmünde öngörülen esaslar çerçevesinde teminat altına alınmış olmalarına bağlıdır. Hüküm, teminat havuzuna dahil edilecek alacak haklarının, “T.C. sınırları içinde yer alan, belirtilen risklere karşı sigortalanmış, SPK Seri VIII / 53 No’lu Tebliğ çerçevesinde belirlenen kuruluşlar tarafından piyasa değeri hesaplanmış ve yapı kullanma izni bulunan taşınmazlar” üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış olmaları gerektiğini düzenlemiştir. Yapı kullanma izni, tamamlanmış “yapılar” açısından söz konusu olabildiğinden, hangi taşınmazların ipoteğin konusunu teşkil edebileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Yapı kullanma izni bulunan ve diğer özellikleri de haiz olan, kat mülkiyetine tâbi bir bağımsız bölüm üzerinde ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınan alacak haklarının teminat havuzunda yer alabilecekleri tartışmasızdır. Henüz kat mülkiyetine geçilmemiş, ancak yapı kullanma izni bulunan kat irtifakı tapusunu haiz bağımsız bölümler üzerinde ipotek tesisi de, alacağın havuza dahil edilebilmesini sağlamalıdır. Üzerinde yapı kullanma izni olan ve diğer özellikleri de haiz bir yapı bulunan araziler üzerinde kurulan ipotekler de, teminat altına aldığı alacağın havuza girebilmesini sağlamalıdır. Tapu sicilinde ayrı sayfaya kaydedilerek, taşınmaz gibi işlem gören üst hakkının konusu olan tamamlanmış inşaatın (yapı), yapı kullanma izni bulunması durumunda da, üst hakkı üzerinde kurulmuş olan ipotek ile teminat altına alınmış alacağın teminat havuzuna dahil edilebileceği kabul edilmelidir. Nihayet, yapı kullanma izni bulunan, kat mülkiyetine tâbi olan ya da kat irtifakı tapulu bir bağımsız bölümün, paydaşlarından birinin paylı mülkiyet payı üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle teminat altına alınmış alacak hakkının da, teminat havuzuna dahil edilebilmesi gerekir. Aynı prensip, üzerinde, yapı kullanma iznine sahip bir yapı bulunan müşterek mülkiyete tâbi araziler açısından da uygulanmalıdır.
- 9- SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ’in 9. maddesinde belirtilen tüm şartları haiz bir taşınmazın tahsis amacı, teminat altına aldığı alacağın teminat havuzuna

hangi kategoride dahil edilebileceğini belirlemektedir. İpoteğe konu bağımsız bölüm ya da arazi üzerindeki yapı, “konut” olarak kullanılmaya tahsis edilmiş ve bu durum tapu sicilinden anlaşılıyor ise, bu surette teminat altına alınmış alacak hakları “ipotekli konut kredisi” olarak nitelendirilecektir. Bu özellikteki varlıkların teminat havuzundaki toplam varlıklara oranı, SerPK md. 13/A f. 6 ve SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 18 ile md. 19 çerçevesinde, en az % 55 olmalıdır. İpoteğe konu bağımsız bölüm ya da arazi üzerindeki yapı, “konut” olarak kullanılmaya tahsis edilmemiş ise, bu surette teminat altına alınmış alacak hakları “ipotekli ticari kredi” olarak nitelendirilecektir. Bu özellikteki varlıklar, SerPK md. 13/A f. 6 ve SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 18 ile md. 19 çerçevesinde, teminat havuzunun en fazla % 15’lik kısmını oluşturabilecektir.

- 10- Konut finansmanı sözleşmesi niteliğinde bir finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan alacak hakkı, İTMK ihraççısına devredilir ise, teminat havuzuna dahil edilebilecektir. Ancak bunun için; finansal kiralama konusu taşınmaz üzerinde, İTMK ihraççısı lehine ipotek tesis edilmelidir.
- 11- 5582 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinde önce doğmuş ve SerPK md. 38/A çerçevesinde konut finansmanı alacağı olarak nitelenmeye uygun olan alacak haklarının teminat havuzuna dahil edilmeleri, borçluların, SerPK geçici md. 11 uyarınca 5582 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 06.03.2007 tarihinden itibaren 3 ay içinde, sözleşmenin diğer tarafı olan kredi kuruluşuna başvurarak, konut finansmanı sistemine dahil edilmek istemedikleri yönünde irade açıklamamış olmalarına bağlıdır. Teminat havuzuna dahil edilmek üzere TOKİ’nden devralınacak alacak hakları bakımından ise, alacak hakkının kaynaklandığı hukuki işlemin tarihi önem arz etmemektedir.
- 12- İpotekli krediler dışında teminat havuzunda yer alacak diğer varlık grupları, ikame varlıklardan kaynaklanan haklar ile türev sözleşmelerden kaynaklanan haklardır. Bu varlık grupları, SerPK md. 13/A f. 6 ve SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ md. 18 ile md. 19 hükümleri uyarınca, teminat havuzunun en fazla, ayrı ayrı % 15’lik kısmını oluşturabileceklerdir.

- 13-** İTMK ihraççısının aynı zamanda bir kredi kuruluşu olduğu hallerde, ihraç edilecek İTMK’lerin karşılığını teşkil etmek üzere teminat havuzuna dahil edilecek “ipotekli krediler”, ihraççının taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacak portföyü içinden sağlanacaktır. Ancak kredi kuruluşu ihraççının alacak portföyünün nitelik ya da nicelik bakımından yetersiz olması veya ihraççının kredi kuruluşu olmaması dolayısıyla alacak portföyü bulunmaması (bir başka ifade ile ihraççının SerPK md. 39/A hükmünde düzenlenmiş “ipotek finansmanı kuruluşu” olması) hallerinde, teminat havuzunu oluşturacak alacak haklarının devralınması ihtiyacı ile karşılaşılmaktadır. Taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış alacak haklarının devredilmesiyle birlikte, alacakların fer’i hakkı niteliğindeki ipotek hakları da, kendiliğinden devralana geçecektir. Bu yolla ipotek hakkını kazanan yeni alacaklı, ancak rehin konusu taşınmazın tapu sicilindeki sayfasındaki beyanlar hanesine, yeni alacaklı olarak kaydedildiğinde, tam anlamıyla güvende olacaktır. Çok sayıda alacak hakkının devredilmesi ihtimalinde, bu güvencenin sağlanmasının beraberinde getireceği prosedürel yükler kuşkusuz ağır olacaktır. Bu prosedürel yükler, tapu sicil kayıtlarının bir merkezden değiştirilebilmesini sağlayacak bilgi işlem sisteminin tesisinin sağlanması ve tapu işlemleri mevzuatında gerekli değişikliklerin yapılması sayesinde aşılabilecektir.
- 14-** Teminat havuzunda yer alacak varlıklar, “Teminat Defteri” adı altında yürütülecek bir kayıt sistemi sayesinde belirli hale getirilecektir. Böylelikle, SerPK düzenlemeleri ile İTMK sahiplerine bahsedilen teminatın konusunu teşkil edecek varlıklar, ihraççının diğer malvarlığı değerlerinden ayrıştırılarak, farklı bir hukuki akıbete tâbi kılınmış olmaktadır. İhraççı, teminat defterini denetlemek üzere, SPK’nun oluşturduğu listeden bir bağımsız denetim kuruluşu belirleyecektir. Belirlenen kuruluş ile ihraççı arasında kurulacak bağımsız denetim sözleşmesi, bağımsız denetim kuruluşuna teminat sorumlusu niteliği kazandıracaktır. İhraççı ile teminat sorumlusu arasındaki ilişki, kısmen vekâlet ve kısmen de eser sözleşmesinin unsurlarını taşımakla birlikte, kısmen de kanunda öngörülmüş iş görme sözleşmelerinden hiçbirinde olmayan unsurları barındıran, kendine özgü bir

sözleşme niteliğindedir. Teminat sorumlusu bu sözleşme ile kendisine yüklenen görevleri, sermaye piyasası mevzuatında öngörülen bağımsız denetim standartlarına bağlı kalarak ifa etmek durumundadır. SerPK md. 16 / f. 4 hükmü, bağımsız denetim kuruluşlarının yürüttüğü denetim faaliyeti neticesinde doğan zararlar bakımından hukuki sorumluluğunun kanuni dayanağını teşkil etmektedir. Bağımsız denetim kuruluşu olan teminat sorumlusunun, ihraççıya karşı sorumluluğu, özen borcuna aykırılık sebebiyle sözleşmeye dayanan bir sorumluluktur. Teminat sorumlusunun, fikrî emeğini raporlama biçiminde somutlaştırdığı hallerde, raporda sadece şekli bir hata bulunmakta ise, ihraççının eser sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerinin uygulanmasını talep edebileceğinin kabulü de, ihraççı yararına olacaktır. Teminat sorumlusunun, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 14 / f. 2 hükmü uyarınca yükümlendiği, bir varlığın teminat havuzundan çıkarılabilmesine onay verme görevinin ifası sırasında, üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep olması hali ise, özellikle İTMK yatırımcılarının durumu açısından, özel olarak değerlendirilmelidir. İTMK yatırımcılarının uğradıkları zararların teminat sorumlusunca tazmini taleplerini, haksız fiil hükümlerine dayandırmaları mümkün görünmemektedir. Ancak, bağımsız denetim sözleşmesinin, teminat sorumlusunun, varlıkların havuzdan çıkarılmasına onay borcu bakımından, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilebilmesi halinde, İTMK yatırımcılarının tazmin taleplerini, sözleşmeye aykırılık temeline dayandırabilecekleri söylenebilir. İhtiyaç duyulan bu talep hakkına, SerPK düzenlemelerinde, tereddüte yer bırakmayacak biçimde yer verilmesi, amaca en uygun çözümdür.

- 15-** SerPK md. 13/A f. 13 hükmü, öngörülen nitelikleri haiz varlıklara ilişkin olarak, teminat defterine yapılacak kayıtlara, belirli sonuçlar bağlamıştır. Buna göre ihraççı, teminat defterine kaydedilmiş varlıkları üzerinde, teminat amacı dışında herhangi bir tasarrufta bulunamayacaktır. Teminat defterine kayıtlı varlıkların çok büyük bir kısmını alacak hakları teşkil etmektedir. Bu itibarla, SerPK md. 13/A f. 13 hükmü, kanuni bir temlik engeli niteliğinde olup, teminat konusu varlıkların temlik edilmeleri ya da rehnedilmeleri halinde dahi, işlemin geçersiz olacağı vurgulanmalıdır. Teminat defterine

kaydedilen varlıkların teminat amacı dışında hacze ve geçici hukuki koruma tedbirlerine konu edilebilmesi de mümkün olamayacaktır. Nihayet, ihraççının iflası halinde, teminat defterine kaydedilmiş olan varlıklar, hiç bir hukuki ya da idari işleme gerek olmaksızın, kanun gereği iflas masasının dışında kalacaktır. Teminat defterine kaydedilen varlıklar bütünü, bir başka ifade ile teminat havuzu, belirli amaca hizmet etmek üzere sınırları belirlenmiş özel bir malvarlığı niteliğindedir. Bu amaç, teminat havuzundaki varlıkların güvencesi altında ihraç edilmiş son İTMK'in vadesi dolana dek, bundan kaynaklanan alacak hakkının gereği gibi karşılanabilmesini sağlamaktır.

- 16-** Teminat havuzunun, İTMK'lerin vadesi dolana dek, bunlardan kaynaklanan toplam yükümlülüklerle hizmet etmek üzere ihraççının nezdinde varlığını sürdüremeyeceğine ilişkin belirtilerin ortaya çıkmasıyla birlikte, SerPK md. 13/A f. 15 hükmünde kanuni dayanağını bulan bir dizi önlemin alınması gerekmektedir. Teminat havuzunun ihraççı nezdinde muhafaza edilmesinin İTMK yatırımcılarının menfaatlerini zedeleyeceği haller üç başlık altında toplanabilir. Buna göre, ihraççı niteliğinin kaybedilmesi, ihraççının yönetiminin bir kamu kurumuna devredilmesi ve ihraççının iflası hallerinde, teminat havuzunun idaresinin ihraççıdan alınması gerekmektedir. SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ md. 29 uyarınca; teminat havuzundaki varlıklar ile İTMK'lerden kaynaklanan haklar arasındaki uyumsuzlukların, teminat sorumlusu tarafından yapılan bildirimden itibaren 15 gün içinde giderilmemesi ve İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerin vade tarihinden itibaren 15 gün geçmiş olmasına rağmen ifa edilmemiş olması hallerinde, SPK ihraççı niteliğinin kaybedildiğine ilişkin karar verebilecektir. SPK, yine eşzamanlı olarak, teminat havuzundaki varlıkların yönetimi için bir idareci atayabilecektir. İdarecinin, toplam yükümlülükleri üstlenmeksizin, sadece teminat konusu varlıkları muhafaza etmesi ve bunların nakit akışlarından İTMK alacaklılarının haklarının karşılanmasını sağlaması mümkündür. SerPK md. 13/A f. 15, teminat konusu varlıkların nakit akışlarından öncelikle İTMK sahiplerinin alacaklarının karşılanacağını hükme bağlamıştır. İTMK sahiplerine tanınan bu öncelik hakkı, İTMK

sahiplerine, teminat konusu varlıkları paraya çevirme yetkisi bahsetmediğinden, alacak rehni niteliği taşımamaktadır. Ancak, alacak rehnine benzer şekilde, hak sahibine ihraççının diğer alacaklıları karşısında kanundan doğan bir tercih, bir öncelik sağlamaktadır. İdareci, gerekli gördüğü durumlarda, SPK'nun da onayını alarak, toplam yükümlülükler ile teminat konusu varlıkların başka bir ihraççıya devredilmesine ilişkin karar alıp, buna ilişkin işlemleri de yürütebilir. Teminat konusu varlıkların kısmen ya da tamamen devredilmesi gereken hallerde, devir işlemine konu olan varlıkların toptan temlik söz konusu olabilecektir. Teminat konusu varlıkların, teminat defterine kaydedilmek suretiyle belirli kılınmış olması, bir tasarruf işlemi olan alacağın temlikinde, temlik konusunun belirli ya da belirlenebilir olması şartını karşılayacak niteliktedir. İTMK'lerin karşılığı olan alacakların temlik ile alacak hakkının fer'i hakkı niteliğindeki ipotek hakları da, kendiliğinden temlik alana (yeni ihraççı) geçmiş olacaktır. Ancak alacakları devralan yeni alacaklının tam olarak güvencede olabilmesi, her bir alacağın teminatını teşkil eden taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasında beyanlar hanesine temlik işleminin kaydedilmesi suretiyle mümkün olabilecektir. Çok sayıda alacağın devredilmesinin söz konusu olduğu hallerde karşılaşılabilecek prosedürel yükler, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, tapu sicil kayıtlarının bir merkezden değiştirilebilmesini sağlayacak bilgi işlem sisteminin tesisi ve tapu işlemleri mevzuatındaki değişiklik sayesinde aşılabilecektir.

- 17-** İdareci tarafından toplam yükümlülüklerin de devredilebileceğini düzenleyen SerPK, devrin usulü hakkında bir düzenleme getirmemiştir. Borcun nakli kurumu uyarınca, İTMK'lerden kaynaklanan yükümlülüklerin, yeni bir ihraççıya devri için, İTMK alacaklısı yatırımcılar ile yükümlülükleri üstlenecek ihraççının mutabakata varmaları gereklidir. Bunun pratik bakımdan mümkün olmadığı açıktır. Bu problemin aşılması için, İTMK yatırımcılarının hak ve menfaatlerinin koruyucusu olan SPK'nun muvafakatinin alınmasının, İTMK sahiplerinin muvafakati yerine geçeceğinin kabulü gerekmektedir. O halde, SPK Seri III / 33 No'lu Tebliğ

md. 29 / f. 5 hükmünde yer alan “kurulun onayı” ifadesine bu çerçevede anlam yüklenmelidir.

- 18- İTMK sahiplerinin haklarının, ihraççı hakkında iflasın açılması halinde korunması özel önem arz etmektedir. İhraççının İTMK’lerden kaynaklanan müeccel yükümlülükleri, genel kuralın bir istisnası olarak, ihraççı hakkında iflasın açılmasıyla birlikte doğrudan muaccel hale gelmeyecektir. Teminat havuzunun özel malvarlığı niteliği, burada da kendini gösterecek ve SerPK md. 13/A f. 13 hükmü doğrultusunda, teminat defterine kayıtlı varlıkların iflas masasına dahil edilebilmesi mümkün olmayacaktır. İTMK alacaklılarına tanınan bu ayırma hakkı, alacaklıları bir cebri icra ayrıcalığına kavuşturmakta olup, sistemin özünü teşkil etmektedir. Kanun gereği doğrudan gerçekleşecek bu ayırma sonrasında, teminat konusu varlıkların yönetimi için atanan idareci, teminat havuzunda yer alan varlıkların nakit akışlarını toplamaya ve yeterli oldukları ölçüde, bu nakit akışlarından İTMK’lerden kaynaklanan alacak haklarının karşılanmasına aracılık etmeye devam edecektir.
- 19- SerPK ve SPK Seri III / 33 No’lu Tebliğ ile kendisine verilen görevleri ifa ile yükümlü olan idareci, esasen kayyım niteliğinde olup, vekilin sorumluluğuna kıyasen, iş görmede özen borcu bulunduğu kabul edilmelidir.
- 20- Çalışmamızı, İTMK ihracına dayalı finansman sistemine ilişkin tüm bu belirlemeler ışığında, genel bir değerlendirme yaparak noktalamak uygun olacaktır. İTMK’ler, Kara Avrupası Hukuklarında çok başarılı biçimde uygulanagelmiş finansman sağlama araçlarının örneğidir. Ancak, bu menkul kıymetlerin, SerPK’nda, 17 fıkradan oluşan tek bir madde ile düzenlenerek, işleyişteki tüm ayrıntının ikincil nitelikteki düzenlemelere bırakılmış olması isabetli olmamıştır. Kanun hükmündeki düzenlemenin de, yeterince açık ve en azından temel esasları, tereddüte yer vermeyecek biçimde düzenlemiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Mevcut düzenlemelerde iyileştirmeye gidilmeksizin İTMK ihracı yapılması halinde, pek çok hukuki problem ile karşılaşılması ihtimali bulunmaktadır. Uygulamada karşılaşılması muhtemel her problemin öngörülebilmesi elbetteki mümkün değildir. Öngörülebilien her problemin, kazuistik bir yaklaşımla tek, tek düzenlenmesi de çözüm

değildir. Ancak, İTMK ihracına dayalı finansman sisteminin temel taşlarını oluşturan, teminat konusu varlıkların, teminat havuzunun teşekkülü ve muhafazası esaslarının, teminat sorumlusu ve idarecinin hukuki sorumluluklarının, tereddüte yer bırakmayacak açıklıkta, kanun hükmü ile düzenlenmesi, şüphesiz, sistemin daha güvenli biçimde işlemlerini sağlayabilecektir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Acar, Faruk** Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.
- Acemoğlu, Kevork** Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971. (Malvarlığı)
- Adıgüzel, Burak** İpotekli Sermaye Piyasası Araçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Akgül, Aydın** Danıştay Kararları Işığında Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Akipek, Şebnem** Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999.
- Akyol, Şener** Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Alıcı, Yaşar** Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Alptürk, Ercan** Gayrimenkul Değerleme Rehberi, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- Altop, Atilla** Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990. (Finansal Kiralama)
- Altop, Atilla** “Finansal Kiralamanın Dünyada ve Ülkemizde Gelişimi ve Ülkemizde Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Olarak Finansal Kiralama Kanunundan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 33 vd. (Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar)

- Altop, Atilla** 4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği ve Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayırımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları, MHMÖHB, Y. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul, 2001. (İpoteğin Kapsamı)
- Altop, Atilla** Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003. (Yönetim Danışmanlığı)
- Altop, Atilla** “Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Asgari Süreye ve Devir Yasağına İlişkin Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 1 vd. (Devir Yasağı)
- Aral, Fahrettin** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007. (Borçlar Hukuku)
- Aral, Fahrettin** Topyekün Temlik, **AÜHFD**, C. 42, Y. 1992-93, S. 1-4.
- Arıcı, Mehmet Fatih** Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Association of German Pfandbrief Banks** “Mortgage Lending Value”, Çevrimiçi : www.pfandbrief.de/internet.nsf/tindex/en_real_estate.htm , Erişim : 02.10.2008.
- Atamer, Yeşim M.** Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.
- Atay, Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, Hasan Tahsin** Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Ateş, Derya** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007.
- Aydoğdu, Murat** Konut Finansmanı Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, DEÜHFD, C. 9, S. 1, Y. 2007, s. 1 vd.
- Ayiter, Nuşin** Mamelek Kavramı Üzerine Bir İnceleme, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

- Balai, David** “United Kingdom”, “Uncovering Covered Bonds”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006.
- Barlas, Nami** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992. (Temerrüt)
- Barlas, Nami** “Yeni Medeni Kanunun Aynî Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt. II, İstanbul, 2003, s. 569 vd. (Aynî Teminatlar)
- Barlas, Nami** “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 115. (Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü)
- Baş, Sanlı** “Konut Finansmanı Kanununun Finansal Kiralama İşlemleri Bakımından İrdelenmesi”, Çevrimiçi: www.alomaliye.com/2007/sanli_bas_mortgage.htm , Erişim: 06.10.2008.
- Başpınar, Veysel** Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004. (Vekilin Özen Borcu)
- Baums, Theodor / Wymeersch, Eddy** Asset-backed Securitization in Europe, London, 1996.
- Bellinger, Dieter** “Historical Development of the Mortgage Bond System”, Mortgage Banks and The Mortgage Bond in Europe, EMF Yayını, 4. bası, Brüksel, Kasım 2003. (Historical Development)
- Bellinger, Dieter / Kerl, Volkher** Hypothekenbankgesetz Kommentar, Yenilenmiş 4. Bası, Verlag C. H. Beck, Münih, 1995.
- Bozkurt, Kutluhan / Türe, Murat / Oral, Ümit** “Avrupa Birliği ve Belçika Hukuk Sistemlerinde İpoteğe Bağlı Konut Finansman Sistemi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan C. I-II, İstanbul, 2007, s. 1763 vd.
- Brühlmann, Walther** Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25.Juni.1930, Polygraphischer Verlag, Zurich, 1931.

- Budak, Ali Cem** İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2008.
- Burcuoğlu, Haluk** Hukukçu Gözüyle Banka Uygulamasında İpotekle İlgili Önemli Sorunlar, İstanbul, 1991. (İpotekle İlgili Önemli Sorunlar)
- Buz, Vedat** Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- von Büren, Bruno** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.
- Cansel, Erol** “Rehinli Tahvilat”, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 13-18 Mayıs 1963, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1964. (Rehinli Tahvilat)
- Cansel, Erol** Türk Menkul Rehni Hukuku - Teslim Şartlı Menkul Rehni, C. I, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- Canyürek, Murat** Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- Cartwright, John M.** Glossary of Real Estate Law, New York, 1972.
- Clark, Wayne** (Editör) Fisher and Lightwood’s Law of Mortgage, 12. Bası, London, 2006.
- Comparison of Covered Bond Legislation in Europe** www.hypverband.de, 13.3.2006, Erişim: 08.01.2007.
- Çakırca, Seda İrem** Adi Alacakların Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Çelik, Aytekin** Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel** Konut Finansman Kanunu’nun Leasing Sözleşmesi Üzerindeki Etki ve Sonuçları, İBD, C. 81, S. 5, Y. 2007, s. 2015 vd.
- Davran, Bülent** Rehin Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.

Dennis, Marshall W. / Pinkowish, Thomas J.	Residential Mortgage Lending / Principles and Practices, 5. Edition, USA, 2004.
Destanoğlu, Burçak Y.	Yatırım Fonu Katılma Belgeleri, Ankara, 2004.
Doğan, Murat	Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
Doğru, Halil	Menkul Kıymetleştirme ve Mortgage – Genel ve Hukuki Esaslar, Doğru Hukuk Yayınları, İstanbul, 2007.
Dörtgöz, Gürsel Öcal	Açıklamalı Tapu Sicili / Tapu Sicili Tüzüğü Şerhi, Ankara, 2005.
Dural, Mustafa / Sarı, Suat	Türk Özel Hukuku Cilt I - Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 3. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006.
Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper	Türk Özel Hukuku Cilt III - Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008.
Egemen, Işıl	“İpoteğe Dayalı Konut Finansmanı ya da Mortgage”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 2006/3.
Engin, Baki İlkay	Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
Erel, Şafak	Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara, 1974.
Eren, Fikret	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008. (Borçlar Hukuku)
Erman, Hasan	“Karar Eleştirisi (Yolsuz Terkin-İyiniyetle Sınırlı Ayni Hak Kazanılması)”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 345 vd.
Erman, Hasan	Medeni Hukuk Dersleri – Başlangıç Bölümü, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2007. (Medeni Hukuk)

- Ergüne, Serkan** Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002.
- Ertaş, Şeref** Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Esener, Turhan / Güven / Kudret** Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- European Covered Bond Council Technical Questionnaires** (İlgili Ülke Raporları) Çevrimiçi: www.ecbc.hypo.org/Content/Default.asp, Erişim: 03.03.2008. (ECBC Technical Questionnaires (İlgili Ülke Raporları)).
- European Covered Bond Council** Covered Bond Fact Book, Brüksel, 2006. (Covered Bond Fact Book)
- European Mortgage Federation** Mortgage Banks and the Mortgage Bond in Europe, EMF Yayını, Brüksel, 2003. (Mortgage Banks and the Mortgage Bond)
- Fabozzi, Frank J.** The Handbook of Mortgage Backed Securities, 5. Bası, Newyork, 2001.
- Franscini, Mathilde / Schillinger, Tamara** European Mortgage Markets' Securitisation Process Lozan Üniversitesi, 2001, Yayınlanmamış MasterTezi, Çevrimiçi: www.hec.unil.ch/cms_mbf/master_thesis/0012.pdf, Erişim: 17.02.2005.
- Goedecke, Wolfgang / Kerl, Volkher / Scholz, Helmut** German Mortgage Banks, Frankfurt am Main, 1997.
- Golin, Jonathan** "Uncovering Covered Bonds", Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 11 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006. (Covered Bonds – Golin)

Gözler, Kemal	İdare Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2007. (İdare Hukuku Dersleri)
Gözler, Kemal	İdare Hukukuna Giriş, Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2007. (İdare Hukukuna Giriş)
Gözübüyük, Şeref / Tan / Turgut	İdare Hukuku, C. I , Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
Gülekli, Yeşim	İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
Gümüş, Mustafa Alper	Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001. (Özen Borcu)
Gümüş, Mustafa Alper	Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003. (Yeni Şerhler)
Gümüş, Mustafa Alper	Türk Medeni Hukukunda Kayyımılık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006. (Kayyımılık)
Gümüş, Mustafa Alper	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
Günel, Vural	Sermaye Piyasası Hukuku Esasları, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2007.
Gürsoy, Kemal Tahir	Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
Gürsoy, Kemal Tahir	Mukayeseli Hukukda ve Özellikle Türk ve İsviçre Hukuklarında Yatırım Fonları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1977. (M.H. Yatırım Fonları)
Gürsoy, Kemal Tahir / Eren, Fikret / Cansel, Erol	Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978.
Hagen, Louis	“Zur Novellierung des Hypothekenbankgesetzes”, Immobilien & Finanzierung, S. 16, Y. 2003, s. 580 vd.
Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı,	Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1991.

Abdülkadir

**Heinrich,
Alexander**

“Luxembourg”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 244 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006. (Covered Bonds – Golin)

Helvacı, İlhan

Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria Yasağı, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1997.

Helvacı, İlhan

Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008. (İpotek)

**Helvacı, Mehmet
:**

Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000. (Faiz Kavramı)

**Hillenbrand,
Florian**

“Spain”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 174 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006.

**Hillenbrand,
Florian**

– “Italy”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 233 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006.

Hunziker, Laura

Der Schweizerische Pfandbrief, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürih, 1986.

İhtiyar, Mustafa

Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

İnal, Tamer

“Konut Mülkiyetinin İpotekli Konut Finansmanı Sistemine Dayalı Olarak Edinilmesi”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2005, S. 13-14.

**Jowitt, Earl /
Walsh, Clifford**

Jowitt’s Dictionary of English Law, 2. bası, Cilt 2, London, 1977.

**Kaelberer,
Wolfgang**

“Mortgage Sigorta Ürünleri” “Konut Finansmanı Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayınları No:18, İstanbul, 2006. (Konut Finansmanı Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi)

Kalabalık, Halil

İmar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

Kaplan, İbrahim	Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Dayındarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.
Karahasan, Mustafa Reşit	Türk Borçlar Hukuku, C. 6, İstanbul, 1992.
Kaufmann, Thomas	Der Einsatz eines Hypothekenportfolios einer Bank als Sicherheit bei der Refinanzierung, Schulthess, Zürich, 2006.
Kender, Rayegan	Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2008.
Kern, Christoph	Die Sicherheit gedecter Wertpapiere, Mohr Ziebeck, Tübingen, 2004.
Keskin, Ayşe Dilşad	Swap İşlemi ve Hukuki Niteliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
Kılıçoğlu, Ahmet	Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002. (Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler)
Kılıçoğlu, Ahmet	Türk Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2003.
Kılıçoğlu, Ahmet	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008. (Borçlar Hukuku)
Kocağa, Köksal	Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama Sözleşmesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1999.
Kocayusufpaşaoğlu, Necip	Borçlar Hukuku Genel Bölüm – Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem-Sözleşme, C. I, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2008.
Koçak, Duygu	1u Konut Finansmanı Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage / Türk Uzun Vadeli Konut Finansman Sisteminde Varlığa Dayalı Menkul Kıymetlerin Rolü, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
Koelsch, Regina	“France”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 119 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006. (Covered Bonds – Golin)

Kostakoğlu, Cengiz	Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim	Sınırlı Aynî Haklar, Geliştirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
Köteli, Argun	Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama, Kazancı, İstanbul, 1991.
Kratovil, Robert / Werner, Raymond	Modern Mortgage Law and Practice, Second Edition, Prentice-Hall, New Jersey, 1981.
Kucherenko, Kostyantyn	Das Refinanzierungsregister: Gründe für die Einführung, Funktionweise, Anwendungsprobleme, Yayınlanmamış Master Tezi, Hamburg Üniversitesi, Hamburg, 2007.
Kuntalp, Erden	Anapara ve Üst Sınır (Maximal) İpotek Ayırımı, Ankara, 1989. (Anapara ve Üst Sınır İpoteği)
Kuntalp, Erden	“Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995.
Kuru, Baki	İflas ve Kontordato, Ankara, 1975.
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukuku, C. I, 3. Bası, İstanbul, 1988.
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukuku, C. III, 3. Bası, Ankara, 1993.
Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder	İcra ve İflas Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.
Leemann, Hans	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht, II. Abteilung, Art. 730-918, Bern, 1925. (Sachenrecht)
Leemann, Jacob	Zur Einführung des Hypothekenpfandbriefes in der Schweiz, Zürich, 1931.

**Meier-Hayoz,
Arthur / Von
Der Crone, Hanz
Caspar**

Wertpapierrecht, Zweite, Überarbeitete Auflage, Staempfli Verlag AG, Bern, 2000.

**Mortgage Banks
and The
Mortgage Bond
in Europe**

European Mortgage Federation, 4. bası, Brüksel, Kasım 2003. (Mortgage Banks and the Mortgage Bond)

**Nasarre-Aznar,
Sergio**

“The Funding of the Mortgage Loans In Spain By the Issue of Mortgage Securities. Their Legal Structure”, “Housing Construction. An interdisciplinary task”, Vol. I, XXX IAHS World Congress on Housing, Eylül 2002, Coimbra – Portekiz. (The Funding of Mortgage Loans in Spain)

**Nasarre-Aznar,
Sergio**

Securitisation and Mortgage Bonds, Essex, Gostick Hall Publications, 2004. (Securitisation and Mortgage Bonds)

Nomer, N. Füsün

“Yatırım Fonlarında Katılma Belgesi Sahibi ile Kurucu Arasındaki Hukuki İlişki ve Katılma Belgesi Sahibinin Hukuki Konumu”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul, 2002, s. 595 vd. (Yatırım Fonları)

Nomer, N. Füsün

Yatırım Ortaklıkları, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2003.

Nomer, Haluk N.

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

**Oftinger, Karl /
Baer, Rolf**

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Dritte neuarbeitete Auflage, Zurich, 1981.

Oğurlu, Yücel

İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

**Oğuzman,
Kemal**

“Özel Sektörde Gayrimenkul Sertifikası Sistemi Kurulması”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 300 vd.

**Oğuzman, M.
Kemal / Öz, M.
Turgut**

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006. (Borçlar Hukuku)

- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami** Medeni Hukuk – Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar,14. Bası, Arıkan, İstanbul, 2007.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe** Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006.
- Oktay Özdemir, Saibe** Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Oktay Özdemir, Saibe** Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LVII, S. 1-2, 1999, s. 265 vd. (Teminaten Temlik)
- Oskay, Suna** “İpoteğe Dayalı Konut Kredileri”, Birlik’ten / Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Yayını, S. 4, Nisan-Haziran 2006, s. 24 vd.
- Oskay, Suna** “Konut Finansmanı Sisteminde Sigortanın Yeri”, Türkiye Bankalar Birliğinde 04.04.2006 tarihinde yapılan sunum; Çevrimiçi: www.tbb.org.tr/turkce/konutfinansmani/mortgageABTsunu m, Erişim: 06.10.2008.
- Oskay, Suna (Editör)** Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, Mortgage ve Mortgage Sigortaları, İstanbul, 2006.
- Öcal, Nurcan** Türkiye’de Menkul Kıymetleştirme Uygulaması, Etkileri, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, SPK Yayınları, Ankara, 1997.
- Önen, Seda** “Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması ve İpotekli Sermaye Piyasası Araçları”, Konut Finansmanı Çalıştayı, İstanbul, 29-30.06.2006, Çevrimiçi: www.spk.gov.tr, power point sunum s. 19, Erişim: 20.02.2008. (Önen, Konut Finansman Sisteminin Yapılandırılması)
- Önen, Seda** “Essentials of Turkish Mortgage Covered Bonds”, 20.10.2006 tarihinde Kiev’de 10. Central European Covered Bond Conference’da sunulan Bildiri, Çevrimiçi: www.pfandbrief.org, Erişim: 02.01.2008.
- Öz, Turgut** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı, İstanbul, 1989.

- Özay, İl Han** Günişığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004.
- Özkök, Süleyman** İhtiyati Tedbirler, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.
- Özmen, E. Saba** Uzun Vadeli Konut Finansmanı Kanunu Tasarısı Sempozyumu'nda Sunulan Tebliğ, YTÜHFD, C. II, Y. 2005, S. 2, s. 501 vd.
- Özsunay, Ergun** Karşılaştırmalı Hukukun Görevleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XLI, No:3-4, Sayı 34, Yıl:1975.
- Özsunay, Ergun** Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986. (Medeni Hukuk)
- Özsunay, Ergun** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968. (İnançlı Muameleler)
- Öztan, Fırat** Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007.
- Pahlı, Ali** “Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2007, s. 1513 vd.
- Pekcanitez, Hakan** Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara, 1991.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin, Özkan, Meral / Özekes, Muhammet Picherer, Martin H.** İcra ve İflas Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Pleyer, Klemens / Bellinger, Dieter** Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Frankfurt am Main, 2002.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal** Das Recht der Hypothekenbanken in Europa, Münih, Beck's, 1981.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin	Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, Arıkan, İstanbul, 2005.
Reisoğlu, Seza	Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 2002. (Şerh)
Reisoğlu, Seza	“Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, Bankacılar Dergisi, S. 61, Y. 2007, s. 75 vd. (Konut Finansmanı Sözleşmeleri)
Reisoğlu, Seza	Konut Kredisi – Konut Finansmanı ve Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 319 vd. (Konut Finansmanı)
Rey, Heinz	Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Geliştirilmiş 2. bası, Bern, 2000.
Sarı, Suat	Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.963 vd. (Belirlilik İlkesi)
Sarı, Suat	Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Kitapevi, İstanbul, 2004. (Vekâlet Sözleşmesi)
Sarı, Suat	Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007.
Saymen, Ferit Hakkı / Elbir, Halit Kemal	Türk Eşya Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.
Schimansky / Bunte / Lwowski	Bankrechts-Handbuch, Verlag C.H. Beck, München, 2007. (Schimansky / Bunte / Lwowski).
Schmidt-Bürgel, Jens	“Der Fitch-Ratingansatz zur Bewertung Irischer Pfandbrief”, Immobilien & Finanzierung, S. 18, Y. 2002, s. 584 vd.
Schleiffer, Guido	Länderbericht Deutschland, Runder Tisch “Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa”, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Berlin, 2006.
Schwalm, Wilhelm	Der Pfandbrief und seine rechtliche Sicherstellung im schweizerischen Recht, Bern, 1931.

Schwarz, Otmar	“Finland”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 223 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006. (Covered Bonds – Golin)
Seliçi, Özer	“Türkiye’de Başarılı Bir Mortgage Uygulaması için Gerekli Hukuki Şartlar”, Mortgage-İpoteğe Dayalı Uzun Vadeli Konut Kredisi Semineri, İstanbul, 2001.
Serozan, Rona	“Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2001, s. 987 vd. (Temlik)
Serozan, Rona	Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002. (Eşya Hukuku)
Serozan, Rona	Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İkinci Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006. (Özel Bölüm)
Serozan, Rona	İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku, C. 3, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006. (İfa)
Sirmen, Lale	Alacak Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990.
SPK Açıklaması	Konut Finansmanı Fonlarına ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, Çevrimiçi: www.spk.gov.tr/konutfinansmani/seriIII_No34_aciklama.html Erişim: 18.09.2007.
SPK Bilgilendirme Notu	Bağımsız Denetim Faaliyeti, Çevrimiçi: www.spk.gov.tr , Erişim: 24.03.2007.
Standard&Poor’s Commentary Report	“Approach to Rating European Covered Bonds Refined”, Rapor Tarihi: 16.10.2003, Çevrimiçi: www.pfandbrief.de/d/internet.nsf/tindex/enstandard&poors.htm Erişim Tarihi: 17.04.2007.
Stöcker, Otmar M.	Die Hypothekenbanken und der Pfandbrief in den mitteleuropäischen Reformländern, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekenbanken, Frankfurt am Main, 1998.

- Stöcker,Otmar M.** “Das neue Hypothekbankgesetz in Finland”, Der Langfristige Kredit 15 – 16, 2000, s. 44 vd.
- Stöcker,Otmar M.** “Die Weiterentwicklung des Pfandbriefrechts in Europa”, Immobilien & Finanzierung 23, 2002, s. 40 vd.
- Stöcker,Otmar M.** “Die Novelle des Hypothekbankgesetzes in Polen”, Immobilien & Finanzierung 18, 2002, s. 575 vd.
- Stöcker,Otmar M.** “Auslaendische Deckungswerte und Insolvenzvorrecht der Pfandbrief”, **Immobilien & Finanzierung**, S. 16, Y. 2003.
- Stöcker,Otmar M.** Realkredit und Pfandbriefsicherheit, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekbanken, Frankfurt am Main, 2004.
- Stöcker,Otmar M.** New Legislation on Covered Bonds in Europe: Structure of the Issuer, ALM, Banking Supervision, Segregation and Bankruptcy Remoteness, 9th Central European Covered Bond Conference, 17-18 Kasım 2005, Budapeşte, Power Point Sunum, Çevrimiçi: www.pfandbrief.de , Erişim: 02.03.2007. (New Legislation on Covered Bonds in Europe)
- Stöcker,Otmar M.** “Funding of Mortgages via Covered Bonds”, Haziran 2006, Varşova, Çevrimiçi: [http://pfandbrief.eu/publicity/vdh/internet.nsf/0/54F49F2389F80F52C12574AB0034676B/\\$FILE/Warschau%20CB%20Conference.pdf?OpenElement](http://pfandbrief.eu/publicity/vdh/internet.nsf/0/54F49F2389F80F52C12574AB0034676B/$FILE/Warschau%20CB%20Conference.pdf?OpenElement) , Erişim: 10.09.2008. (Funding of Mortgages)
- Stöcker,Otmar M.** “Questions on German Covered Bond Legislation – Pfandbrief Act /Pfandbriefgesetz”, ECBC Technical Questionnaires - Germany (İlgili Ülke Raporları), Çevrimiçi: www.ecbc.hypo.org/Content/Default.asp, Erişim Tarihi: 03.03.2008.
- Stöcker,Otmar M.** “The Funding Register – On the Insolvency Remoteness of the Land Charge Held In a Fiduciary Capacity”, The Trust, III. Conference On Catalan Civil Law, Madrid – Barcelona, 2006. (Funding Register)
- Stöcker,Otmar M.** Die Grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen, WM, S. 41, 2006, s. 1941 vd.

Stürner, Rolf	Die Sicherung der Pfandbrief und Obligationgläubiger vor einer Insolvenz der Hypothekbank, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekbanken, Frankfurt am Main, 1998.
Stürner, Rolf / Stadler, Astrid	Pfandbrief und Beleihung in Spanien, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekbanken, Frankfurt am Main, 2002. (Beleihung in Spanien)
Stürner, Rolf / Stadler, Astrid	Hypothekpfandbrief und Deckungswerte in der Schweiz, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekbanken, Berlin 2007.
Stürner, Rolf / Kern, Christopher	Deutsche Hypothekpfandbrief und US-amerikanische Deckungswerte, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekbanken, Berlin 2007.
Stürner, Rolf / Kern, Christopher	Deutsche öffentliche Pfandbrief und japanische Deckungswerte, Schriftenreihe des Verbandes deutscher Hypothekbanken, Berlin 2006.
Şıpka, Şükran	Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
Tandoğan, Haluk	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. (Özel Borç İlişkileri, C. I/1)
Tandoğan, Haluk	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. (Özel Borç İlişkileri, C. I/2)
Tandoğan, Haluk	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987. (Özel Borç İlişkileri, C. II)
Tandoğan, Haluk	“İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun BK md. 393’ten Yararlanma Olanağı”, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977.
Tanör, Reha	Türk Sermaye Piyasası, C.I, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.
Tekinalp, Ünal	Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul, 1982.

Tekinalp, Ünal	Banka Hukuku'nun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul, 1988. (Banka Hukuku)
Tekinay, Selahattin Sulhi	Kat Mülkiyeti, İstanbul, 1991.
Tekinay, Selahattin Sulhi	Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994. (Sınırlı Aynî Haklar)
Tekinay, Selahattin S. / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla	Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1989. (Eşya Hukuku)
Tekinay, Selahattin S. / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla	Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993. (Borçlar Hukuku)
Topaloğlu, Mustafa	“ABD’de Mortgage Uygulaması ve İpotekli Konut Finansmanına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006.
Topaloğlu, Mustafa	İpoteğe Dayalı ve İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Karahan Kitapevi, Adana, 2007.
Tornes-Hansen, Stig	“Denmark”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 99 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006. (Covered Bonds – Golin)
von Tuhr, Andreas	Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.
Tunçomağ, Kenan	Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. bası, İstanbul, 1976.
Turanboy, Asuman	Varakasız Kıymetli Evrak, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998.

Tyson, Eric / Brown, Ray	Amatörler İçin Mortgage, Çev. Tuba İlze, İstanbul, 2006.
Uğurlu, Murat	“Mortgage-ABD Modeli ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Mayıs 2004
Umar, Bilge	Uzun Vadeli Konut Finansmanı Kanunu Tasatısı Sempozyumu’nda Sunulan Tebliğ, YTÜHFD, C. II, Y. 2005, S. 2, s. 511 vd.
Uyar, Talih	Gerekçeli İçtihatlı Türk Medeni Kanunu / Eşya Hukuku, C. IV, Ankara, 2003.
Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan	Kıymetli Evrak Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
Üstündağ, Saim	İflas Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul, 2007.
Velidedeoğlu / Esmer	Gayrimenkul Tasarrufları, 2. bası, İstanbul, 1956.
Verbeek, Arjan / Engelhard, Fritz	“Ireland”, Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives, s. 160 vd., Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006. (Covered Bonds – Golin)
Volk, Bernd	“Germany”, “Covered Bonds – Beyond Pfandbrief: Innovations, Investment and Structured Alternatives”, Editör: Jonathan Golin, Euromoney Books, Londra, 2006. (Covered Bonds – Golin)
West Encyclopedia of American Law	C. 7, 2. Bası, Thomson-Gale, Detroit, 2005.
Wieland, C.	Kanunu Medenide Aynî Haklar, C. I-II, (Çev: İ. Hakkı Karafaki), 2. Bası, Ankara, 1946.
Wudarski, Arkadiusz	Der Pfandbrief und sein Treuhander, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006.
Yalçın, Kürşat	İpotek Karşılığı Menkulleştirilmiş Krediler, Gazi Kitapevi, Ankara, 2006.

Yaman, Sadettin	Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı İmar Kanunu ve İlgili Mevzuat, C. III, Ankara, 2004.
Yasin, Melikşah	Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
Yavuz, Cevdet	Türk – İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983. (Dolaylı Temsil)
Yavuz, Cevdet	“3226 Sayılı Kanunla Düzenlenen Finansal Kiralama Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Özellikleri, Prof. Dr. Ernst Hirsch’in Anısına Armağan, Ankara, 1986.
Yavuz, Cevdet	Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007. (ÖBİ)
Yavuz, Nihat	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007. (TKHK Şerhi)
Yılmaz, Ejder	Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001. (Tedbirler C.I)
Yılmaz, Ejder	Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001. (Tedbirler C.II)
Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe :	Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş – Güncellenmiş 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Özgeçmiş

Ayça Akkayan Yıldırım, 1975 yılında İstanbul, Kadıköy’de doğdu. Kadıköy Cenap Şahabettin İlkokulu’nu 1986 yılında, İSTEK Vakfı Özel Belde Lisesi’ni 1993 yılında ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni 1997 yılında bitirdi. Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 1416 sayılı Kanun çerçevesinde verilen bursla yüksek lisansını yapmak üzere Amerika Birleşik Devletleri’ne gitti. Boston Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 2000 yılında “LL.M in American Law” derecesi ile mezun oldu. Kullandığı bursun karşılığı olan mecburi hizmetini 2000-2002 yılları arasında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak tamamladı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde özel hukuk doktora programına 2002 yılında kaydoldu ve aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’na araştırma görevlisi olarak atandı. Doktora çalışmaları sırasında 2005 ve 2007 yıllarında olmak üzere iki kez, Hamburg’daki Max-Planck Enstitüsü’nün sağladığı bursla anılan enstitüde tez konusu ile ilgili araştırmalarını yürüttü. Halen, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.