

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI**

**TRUST KURUMU
VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Gökçe KURTULAN GÜNER
115812017**

Prof. Dr. Yeşim M. ATAMER

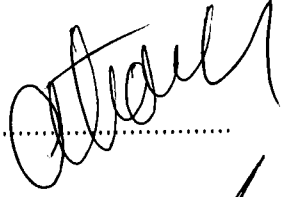
İSTANBUL

2019

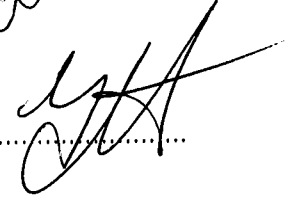
Trust Kurumu ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi
Trust and Its Evaluation Under Turkish Law

Gökçe Kurtulan Güner
115812017

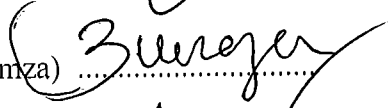
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Yeşim M. Atamer
İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza) 

Jüri Üyeleri : Prof. Dr. İlhan Helvacı
İstanbul Üniversitesi

(İmza) 

Prof. Dr. Burak Özen
Marmara Üniversitesi

(İmza) 

Prof. Dr. M. Murat İnceoğlu
İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza) 

Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı
İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza) 

Tezin Onaylandığı Tarih : 30.12.2019

Toplam Sayfa Sayısı : 602

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Trust
- 2) common law
- 3) civil law
- 4) üçüncü kişi lehine sözleşme
- 5) malvarlığın tekliği ilkesi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) trust
- 2) common law
- 3) civil law
- 4) third party beneficiary contract
- 5) unity of ownership

ÖNSÖZ

"Trust Kurumu ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı bu tez, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı'nda, Prof. Dr. Yeşim M. Atamer'in danışmanlığında hazırlanmış ve 30.12.2019 tarihinde Prof. Dr. Yeşim M. Atamer, Prof. Dr. İlhan Helvacı, Prof. Dr. Burak Özen, Prof. Dr. M. Murat İnceoğlu ve Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı'dan oluşan tez jürisi önünde savunularak oybirliğiyle geçerli bulunmuştur.

Bu tezin konusunun belirlenmesinden sonuca bağlanmasına kadar her adımda bana yol gösteren değerli Hocam Prof. Dr. Yeşim M. Atamer'e, tüm sorularımı büyük dikkatle dinleyerek benimle tartışan, bana yol gösteren Hocalarım Prof. Dr. M. Murat İnceoğlu'na, Prof. Dr. Burak Özen'e, Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı'ya ve Dr. Öğretim Üyesi Ece Baş Süzel'e müteşekkirim. Ayrıca tezin yazımı sırasında Londra Gelişmiş Hukuk Araştırmaları Enstitüsü ve Hamburg Max Planck Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nde çalışmamı yürütmemi mümkün kılan Bilgi Üniversitesi'ne de bu akademik ziyaretleri yürüttüğüm dönem fakültemizin Dekanlığını üstlenen Hocam Prof. Dr. Turgut Tarhanlı nezdinde teşekkür ederim.

TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Programlarından 2211-A yurt için doktora programı ve 2214-A yurt dışı doktora burs programı sayesinde sadece çalışmalarına odaklanarak doktora tez çalışmamı tamamlayabildim. Bu nedenle eldeki çalışmanın hızla ve layıkıyla hayata geçirilmesine büyük katkı sağlayan TÜBİTAK'a da her zaman müteşekkirim kalacağımı belirtmek isterim.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR CETVELİ	XIII
ÖZET	XVIII
ABSTRACT	XIX
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM: TRUST NEDİR?	9
1.1. TRUSTIN TARİHÇESİ, GELİŞİMİ ve İŞLEVLERİ	9
1.1.1. Trustın İngiliz Hukukunda Doğuşu	9
1.1.1.1. İngiliz Hukuk Sisteminin İki Başlı Yapısı: <i>Common Law</i> ve <i>Equity Law</i> Ayrımı	13
1.1.1.2. 1536 tarihli Statute of Uses	20
1.1.2. Diğer Hukuk Sistemlerinde ve Uluslararası Hukukta Trustın Gelişimi	23
1.1.2.1. Amerika Birleşik Devletleri	24
1.1.2.1.1. Genel Açıklamalar	24
1.1.2.1.2. Trustlara Uygulanacak Kuralların Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Güncel Gelişmeler	28
a. <i>Restatement of Law</i>	28
b. <i>Uniform Trust Code</i>	30
1.1.2.2. Bazı Civil Law Sistemleri	31
1.1.2.2.1. Fransa	34
1.1.2.2.2. İtalya	38
1.1.2.2.3. İsviçre	41
1.1.2.2.4. Almanya	47
1.1.2.3. <i>Offshore</i> Sistemleri İçin Bir Örnek: Cayman Adaları	53
1.1.2.3.1. <i>Offshore</i> Sistemlerine ve Trust Düzenlemelerine İlişkin Genel Açıklamalar	53

1.1.2.3.2. Cayman Adaları Trustları	61
1.1.2.4. Uluslararası Düzlemde Trust	64
1.1.2.4.1. Trustlara Uygulanacak Hukuk ve Trustların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu	64
1.1.2.4.2. Avrupa Trust Hukukunun İlkeleri	69
1.1.2.4.3. Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak (<i>DCFR</i>)	70
1.1.3. Günümüzde Trustın İşlevleri ve Uygulamadaki Yeri	73
1.1.3.1. Varlık Yönetimi ve Finansman İşlevi	77
1.1.3.1.1. Emeklilik Fonları	77
1.1.3.1.2. Yatırım Fonları	81
1.1.3.2. Teminat İşlevi	85
1.1.3.3. Miras Planlaması İşlevi	93
1.1.3.4. Hayır İşlerini Gerçekleştirme İşlevi	99
1.2. TRUSTIN TANIMI, YAPISI ve TÜRLERİ	103
1.2.1. Trustı Tanımlamak?	103
1.2.2. Trust İlişkisinin Yapısı ve İlgili Kavramlar	107
1.2.2.1. Taraflar	107
1.2.2.1.1. Kurucu – Güvenilen – Lehtar Üçgeni	107
1.2.2.1.2. Atipik Üçgen Yapıları	113
a. Kurucu ve Güvenilenin Aynı Kişi Olması	113
b. Kurucu ve Lehtarın Aynı Kişi Olması	114
c. Güvenilen ve Lehtarlardan Birinin Aynı Kişi Olması	115
1.2.2.1.3. Lehtar İlkesi	115
1.2.2.1.4. Üçgenin Yeni Üyesi?: Gözetici (<i>Protector/Enforcer</i>)	124
1.2.2.2. Trusta Özgülenen Mal Varlığı: Trust Fonu	127
1.2.2.3. Trustın Kurucu Belgesi	129
1.2.2.3.1. Kurucu Belgenin Rolü	129
1.2.2.3.2. Kurucu Belgenin Temenniler Mektubundan Farkı	130
1.2.3. Trust Türleri	131

1.2.3.1. Sınıflandırmaya İlişkin Genel Açıklamalar	131
1.2.3.2. İradî Trust – Hukukî Trust Ayrımı	133
1.2.3.2.1. Terminolojiye İlişkin Açıklama	133
1.2.3.2.2. İradî Trust	133
a. Lehtarın Belirli Olduğu ve Lehtar Seçiminin Güvenilene Bırakıldığı Trustlar	134
□ Genel Açıklamalar	134
□ Lehtarın Seçme Yetkisinin Güvenilene Bırakıldığı Trustların Lehtarın Atama Yetkisinden (<i>Power of Appointment</i>) Ayırt Edilmesi	138
b. Basit ve Nitelikli Trust	140
c. Kurucu Tarafından Geri Alınabilir Trust ve Geri Alınamaz Trust	141
1.2.3.3. Hukukî Trustlar	142
1.2.3.3.1. <i>Resulting Trust</i>	142
a. Trustın Geçersizliği Durumunda Mal Varlığının <i>Resulting Trust</i> Yoluyla Geri Dönmesi	144
b. <i>Resulting Trust</i> ın Ortaya Çıktığı Diğer Hâller	146
1.2.3.3.2. <i>Constructive Trust</i>	147
II. BÖLÜM: TRUST NASIL İŞLER?	153
2.1. TRUSTIN KURULUŞU ve GEÇERLİLİĞİ	153
2.1.1. Trustın Kuruluşu: Üç Belirlilik Kuralı	153
2.1.1.1. Trust Kurma İradesinin Belirliliği	153
2.1.1.2. Trust Fonunun Belirliliği	156
2.1.1.3. Trust Lehtarının Belirliliği	159
2.1.1.3.1. Belirli Trustlar Bakımından	159
2.1.1.3.2. İhtiyari Trustlar Bakımından	160
2.1.1.3.3. Belirlilik Ne Zaman Sağlanır?: Kavramsal Kesinlik, Olgusal Kesinlik ve Trustın İşlerliği Sorunu	161

2.1.2. Trustun Geçerliliği	164
2.1.2.1. Ebedilik Yasağı	164
2.1.2.1.1. Yasağın Ortaya Konması	164
2.1.2.1.2. <i>Civil Law</i> Sistemlerindeki Benzer Düzenlemeler	169
2.1.2.1.3. Kuralın Etkinliği Sorunu ve Güncel Gelişmeler	173
2.1.2.2. Lehtar İlkesine Aykırılık	179
2.1.2.3. Şekle Aykırılık Sorunu ve 'Gizli Trustlar'	180
2.1.2.4. Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile	183
2.1.1.4.1. Genel Açıklamalar	183
2.1.1.4.2. Tartışmalı Örnekler	186
a. Kurucunun Yetkilerini Saklı Tutması	186
b. 'Kara Delik' Trustları	187
2.1.1.4.3. Muvazaa ve Kanuna Karşı Hilenin İspatı Sorunu ve Bunun Aşılmasının Yolları	189
a. <i>Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd.</i> Kararı	191
b. <i>Rybolovlev v Rybolovleva</i> Kararı (5A_259/2010)	193
2.2. TRUSTIN YÖNETİMİ	197
2.2.1. Güvenilene İlişkin İlkeler	197
2.2.1.1. Genel Açıklamalar	197
2.2.1.2. Farklı Güvenilen Tipleri	199
2.2.1.2.1. Amatör Güvenilen ve Profesyonel Güvenilen	199
2.2.1.2.2. <i>Public Trustee</i>	201
2.2.1.2.3. Mahkeme Tarafından Atanan Güvenilen	201
2.2.1.2.4. Yediemin Güvenilen	202
2.2.2. Güvenilenin Yükümlülükleri	203
2.2.2.1. Güven ve Sadakate Dayalı İlişki (<i>Fiduciary Relationship</i>) Kavramı	205
2.2.2.2. Görev ve Yetki Kavramları	214
2.2.2.3. Güvenilenin Yükümlülüklerinin Somut Görünümleri	216

2.2.2.3.1. Trustın Kurucu Belgesine Uygun İfa Yükümlülüğü	216
2.2.2.3.2. Şahsen İfa Yükümlülüğü	219
2.2.2.3.3. Sadakat Yükümlülüğü	224
a. Menfaat Çatışması Yaratmama Kuralı (<i>No Conflict Rule</i>)	224
b. Kendi Lehine Yarar Sağlamama Kuralı (<i>No Profit Rule</i>)	232
c. İstisna: Güvenilenin Ücrete Hak Kazanması	239
2.2.2.3.4. Özen Yükümlülüğü	241
a. Güvenilenin Tâbi Olduğu Özen Standardı	241
b. Güvenilenin Özen Yükümlülüğünün Bir Görünümü: Yatırım Yapma Yükümlülüğü ve Modern Portföy Teorisi	247
c. Güvenilen Özen Yükümlülüğünü Ne Zaman İhlal Eder?	251
d. Güvenilenin Özen Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğunu Sınırlayan ya da Kaldıran Kızlar	255
e. Vekilin Özen Yükümlülüğü İle Karşılaştırılması	260
2.2.2.3.5. Güvenilenin Hesap Verme Yükümlülüğü	262
2.2.3. Güvenilenin Yükümlülüklerini İhlali	268
2.2.3.1. Genel Açıklamalar	268
2.2.3.2. Güvenilenin Yükümlülüklerini İhlali Hâlinde Devreye Giren Yaptırımlar Sistemi	272
2.2.3.2.1. Yaptırımların Sınıflandırılmasına İlişkin Açıklamalar	272
2.2.3.2.2. Güvenilene Karşı İleri Sürülebilecek Nisbi Talepler	274
a. Genel Açıklamalar	274
b. Eski Hâle İade (<i>Restitution</i>)	277
<input type="checkbox"/> Eski Hâle İade Yaptırımı Nedir?	277
<input type="checkbox"/> Eski Hâle İade Yaptırımının Devreye Girmesi İçin Nedensellik Bağının Ortaya Konması Gerekli Midir?: <i>Target Holdings Ltd v Redferns</i> Kararı	281
c. Hakkaniyet Tazminatı (<i>Equitable Compensation</i>)	285
<input type="checkbox"/> Hakkaniyet Tazminat Yaptırımı Nedir?	285

□ Hakkaniyet Tazminatının Kapsamı Nasıl Belirlenir?: Zararın Uzaklığı Kavramı Üzerinden Sorumluluğun Sınırlandırılması Meselesi	289
d. Ara Sonuç	295
2.2.3.2.3. Herkese Karşı İleri Sürülebilecek Aynı Talepler	300
a. Genel Açıklamalar	300
b. İngiliz Hukukunda “Aynı Talep” Nedir?	302
c. <i>Tracing</i>	309
□ Aynı İkame İlkesi	309
□ <i>Common Law</i> Kurallarına Göre <i>Tracing</i>	320
□ Hakkaniyet Hukuku Kurallarına Göre <i>Tracing</i>	322
□ ‘İlk Giren İlk Çıkar’ Kuralı (First in First Out Rule- FIFO)	324
□ ‘Son Giren İlk Çıkar’ Kuralı (Last in First Out Rule - LIFO)	325
d. İyi Niyetli Üçüncü Kişilerin Korunması	326
2.3. TRUSTIN SONA ERMESİ	328
2.3.1. Sona Erme Sebeplerinin Trustın Kurucu Belgesinde Düzenlenmesi	328
2.3.2. Amacın İmkânsızlaşması veya Boşa Çıkması	329
2.3.3. Trustın Lehtar Tarafından Sona Erdirilmesi: <i>Saunders v Vautier</i> Kuralı	330
2.3.3.1. <i>Saunders v Vautier</i> Kuralının Anlamı Nedir?	330
2.3.3.2. <i>Saunders v Vautier</i> Kuralının Ratio 'su Nedir?	335
2.3.3.3. <i>Saunders v Vautier</i> Kuralı Trust Yapısı İçin Zorunlu Bir Unsur Mudur?	338
III. TÜRK HUKUKUNDA TRUST?	341
3.1. Trust, Türk Hukuku Bakımından Gerekli Bir Kurum Mudur?	348
3.1.1. Varlık Yönetimi İşlevi Bakımından	349
3.1.1.1. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik Sözleşmesi ve Trust	354
3.1.1.1.1. İnançlı Temlik Sözleşmesinin Genel Yapısı ve Hukuki Çerçevesi	354

a. İnançlı Temlik Sözleşmesi Nedir?	354
b. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlike Uygulanacak Kurallar Nelerdir?	359
3.1.1.1.2. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik ve Trustın, İnanılan ile Güvenilenin Tâbi Olduğu Yükümlülükler Rejimi Bakımından Karşılaştırılması	361
3.1.1.1.3. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik ve Trustın Üçüncü Kişilerin Kazanımları ve İnanılanın ya da Güvenilenin İflası Durumunda Sağlanan Hukuki Koruma Bakımından Karşılaştırılması	365
a. Trustta Lehtarın Sahip Olduğu Hukuki Koruma	366
b. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlikte İnananın Sahip Olduğu Hukuki Koruma	368
□ Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik Bakımından TBK m. 509 Düzenlemesinin Değerlendirilmesi	371
□ Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik Bakımından İİK m. 188 Düzenlemesinin Değerlendirilmesi	376
c. Değerlendirme	377
d. Öneriler	387
e. Ara Sonuç	390
3.1.2. Teminat İşlevi	393
3.1.2.1. Rehin, Teminaten Temlik ve Trust Kurumlarının Karşılaştırılması	397
3.1.2.1.1 Taşınır ve Alacaklar Bakımından	398
a. Taşınır	398
b. Alacak Hakları	405
3.1.2.1.2. Taşınmazlar Bakımından	408
3.1.2.1.3. Değerlendirme	413
3.1.2.2. Teminat Hukukunun Uygulamadaki İhtiyaçlar Karşısında Eksik Kaldığı Noktalara Bir Örnek: Sendikasyon Kredilerinde Teminatlandırma	416

3.1.2.2.1. Sendikasyon Kredilerine İlişkin Genel Açıklamalar ve Teminat Temsilcisi Kavramı	416
3.1.2.2.2. Uygulamanın Getirdiği Bir Çözüm: Paralel Borç Yapısı	422
3.1.2.2.3. Paralel Borç Yapısına İlişkin Sorunlu Hususlar ve Bir Çözüm Önerisi Olarak Trust	425
3.1.3. Karşılıksız Kazandırma İşlevi	430
3.1.3.1. Trustın Bir Karşılıksız Kazandırma Aracı Olarak Sıkça Kullanıldığı Kurgular	432
3.1.3.2. Türk Hukukunda Bu Kurgular Bağlamında Yararlanılabilecek Hukuki Araçlar Nelerdir?	436
3.1.3.2.1. Sağlar Arası İşlemler Bakımından Değerlendirme	437
3.1.3.2.2. Ölüme Bağlı Tasarruflar Bakımından Değerlendirme	446
a. Art Mirasçılık	447
b. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi Atama	452
c. Vakıf Kurma	456
d. Değerlendirme	460
3.2. Trust, Türk Hukukunda Benimsenmesi Mümkün Bir Kurum Mudur?	464
3.2.1. Eşya Hukukundan Kaynaklanabilecek Engellerin Değerlendirilmesi	466
3.2.1.1. Mülkiyetin Bölünmezliği ve <i>Numerus Clausus</i> İlkeleri Bağlamında Parçalanmış Mülkiyet Yapısının Değerlendirilmesi	467
3.2.1.1.1. Geleneksel Trust Yapısı Açısından Değerlendirme	470
3.2.1.1.2. Geniş Anlamda Trust Yapısı Açısından Değerlendirme	473
3.2.1.2. Mal varlığının Tekliği İlkesi Bağlamında Özel Mal varlığı Yapısının Değerlendirilmesi	476
3.2.1.3. Aleniyet İlkesi Bağlamında Güvenilenin Hak Sahipliğinin Değerlendirilmesi	480
3.2.2. Miras Hukukundan Kaynaklanabilecek Engellerin Değerlendirilmesi	482
3.2.2.1. Aile Fideikomisi Yasağına İlişkin Kurallar Bakımından Değerlendirme	483

3.2.2.2. Saklı Paylı Mirasçılık Kuralları Bakımından Değerlendirme	487
3.2.3. Usul Hukukundan Kaynaklanabilecek Engellerin Değerlendirilmesi	489
SONUÇ	494
TERİMLER DİZGESİ	498
KAYNAKÇA	506

KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
AC	Appeal Cases
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
All. E. R.	The All England Law Reports
Art.	Article/Artikel
ATF	Arrêt (publié) du Tribunal Fédéral
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Beav.	Beavan's Reports
BeckOK BGB	Beck Online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BG	Bundesgericht (İsviçre)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CA	Court of Appeal
Case. W. Res. L. Rev	Case Western Reserve Law Review
CC	Code Civil
Ch.	Chapter
Ch.	Law Reports Chancery Division

CISG	Convention on International Sale of Goods
CO	Code des Obligations
CUP	Cambridge University Press
çev.	Çeviren
DCFR	Draft Common Frame of Reference (Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak)
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	Dissertation
dn.	Dipnot
E.	Esas
eBK	818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu
ed.	Editör
eSerPK	2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
eSerPK	2499 sayılı (eski) Sermaye Piyasası Kanunu
EWHC	England and Wales High Court
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IMF	International Money Fund (Uluslararası Para Fonu)
InsO	Insolvenzordnung (Alman İflas Kanunu)
İMİK	İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JLR.	Jersey Law Reports
K.	Karar
Krş.	Karşılaştırınız

LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18.12.1987
LMA	Loan Market Association (Kredi Piyasası Birliği)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11.4.1889
LQR	Law Quarterly Review
LR	Law Reports
m.	Madde
M.S.	Milattan Sonra
Mass	Massachusetts
MPI Encyclopedia	The Max Planck Encyclopedia of European Private Law
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NY	New York Reports
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OUP	Oxford University Press
QB	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht
RDAF	Revue de droit fiscal
Rn.	Randnummer

RSDIE	La revue suisse de droit international et européen
s.	Sayfa
S.	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Sec.	Section
SerPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
ss.	Sayfa aralığı
STAR	The Special Trusts Alternative Regime (Cayman Adaları)
STEP	Society of Trust and Estate Practitioners
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMSF	Türkiye Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKPC	United Kingdom Privy Council
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
vd.	ve devamı
Ves.	Vesey Junior's Chancery Reports
WLR	Weekly Law Reports
WLR	Weekly Law Reports
Y.	Yıl
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEup	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZPO	Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ÖZET

Trust Kurumu ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi başlıklı bu doktora tez çalışmasında, İngiliz hukukunda Orta Çağ'dan beri var olan, *common law* sistemlerinde serpiyen ve varlık yönetiminden teminat ve finansmana, karşılıksız kazandırmalardan hayır işlerinin yerine getirilmesine kadar pek çok amaç için kullanılan trust kurumu ve bu kurumun Türk hukuku açısından gerekliliği ve yerindeliği incelenmiştir. Özellikle son yıllarda *civil law* hukuk ailesinde de trustun benimsenmesine yönelik atılmış adımlar ve uluslararası düzlemdeki gelişmeler, Türk hukuku açısından da bu kuruma ilişkin soruların sorulması ihtiyacını doğurmuştur. Tezin ilk iki bölümünde trust yapısına ilişkin temel açıklamalar, diğer sistemlerdeki gelişmeler ve trustun işlevleri ve işleyişi hususları ele alınmış, tezin son bölümünde ise trustın Türk hukuku bakımından varlık yönetimi, teminat ve karşılıksız kazandırma işlevleri bakımında gerekli bir kurum olup olmadığı sorgulanmış, ardından esasen parçalanmış mülkiyet yapısı üzerine kurulu trustın Türk hukukunun temel prensipleriyle uyumluluğu sorunu tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Trust, common law, civil law, parçalanmış mülkiyet, mal varlığının tekliği, üçüncü kişi yararına sözleşme, yatırım, teminat, karşılıksız kazandırma, numerus clausus ilkesi

ABSTRACT

Under this PhD dissertation entitled "Trust and Its Evaluation Under Turkish Law", I have tried to examine the necessity for the trust instrument which was born in Middle Age, in England and thrived over the centuries in other common law systems and which can be used for many purposes, such as wealth management, financing, collateralization, donation and charity and the compatibility of this legal instrument with Turkish legal system. The recent developments in civil law systems and international law have rendered such a research imperative for Turkish law. In the first two chapters of the dissertation, the questions such as "what is a trust?" and "how does it work?" are tried to be answered and the recent developments in the world and the varying functions of the trust are discussed. In the last chapter of the dissertation, I have tried to evaluate the necessity of adopting the trust instrument under Turkish law from a functional perspective and discussed whether the trust has an added value for the legal rules regarding wealth management, securities and gifts. Finally I have discussed the compatibility of the trust, which is normally based on the idea of segregated ownership, with basic principles and compulsory legal rules of Turkish legal system.

Key Words: Trust, common law, civil law, segregated ownership, unity of ownership, third party beneficiary contract, wealth management, securitization, gift, numerus clausus principle

GİRİŞ

Dünya genelinde özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gittikçe önem kazanan ve günümüzde hukuk biliminin en önemli dallarından veya kimilerine göre araştırma yöntemlerinden birini teşkil eden karşılaştırmalı hukuk çalışmasının temelleri Türk hukukunda henüz cumhuriyetin ilanından önce yaşanan batılılaşma hareketleri bağlamında 19. yüzyılın sonlarında atılmıştır.¹ Bu doğrultuda önceleri Roma hukukunun yanı sıra Fransız ve Alman hukuk sistemleri üzerinden yürütülen karşılaştırmalı çalışmalar² daha sonra İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasıyla bu sistemi de içine almış³ ve son yıllara kadar özellikle aynı kökten gelen ve ancak ulusallaşma hareketlerini takiben birbirinden ayrılan *civil law* sistemlerine odaklanmıştır. Buna karşılık özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının *civil law* sistemlerinin yanında diğer önemli ayağını teşkil eden *common law* sistemlerine yönelik çalışmaların sayısı ve kapsamı daha sınırlı kalmış ve bu hukuk geleneğine ve bunda içkin hukuki kurumlara uzun yıllar boyunca ön yargıyla yaklaşmıştır. Her ne kadar *Kubalı* 1973 yılında ortaya koyduğu eserinde 1960'lı yıllardan sonra yürütülen karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının sadece Roma-Cermen hukuk sistemlerini değil, buna eş ağırlıklı bir biçimde Anglosakson hukuk sistemlerini de ele aldığını ileri sürmüş olsa da en azından mikro karşılaştırmalı hukuk bakımından bu hukuk geleneklerine aynı önemin atfedildiğini söylemek kanımca güçtür.⁴ Nitekim Orta Çağ'dan beri *common law* uygulamasının bir parçası olup öğretildeki yerini de gittikçe sağlamlaştıran ve bu açıdan *common law* hukuk geleneğinin "gelmiş geçmiş en

¹ **Tuncay Başoğlu**, Türkiye'de Mukayeseli Hukuk Çalışmaları, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 12, S. 24, 2014, s. 205; **Hüseyin Nail Kubalı**, XIX. Yüzyılın Sonlarından İtibaren Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü Durumu (çev. Özer Seliçi), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 10, 1973, s. 14 vd.; **Arzu Oğuz**, Türk Medeni Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, s. 199.

² **Başoğlu**, s. 205-207; **Oğuz**, s. 199-200.

³ **Oğuz**, s. 202-203. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasından sonra Türk hukukunda yürütülen karşılaştırmalı çalışmaların bir süre için sekteye uğramış olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Kubalı**, s. 21-22.

⁴ **Kubalı**, s. 36.

büyük ve özel başarısı”⁵ olarak nitelendirilen trust kurumunu konu alan eserlerin sayısının çok az olması da bunu kanıtlar niteliktedir.⁶

Türk hukukunun aksine diğer bazı *civil law* ülkelerinde trusta duyulan ilgi özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren yükselişe geçmiştir. Örneğin Fransız hukukçu *Pierre Lepaulle*’ün trustı *civil law* kurumlarıyla karşılaştırdığı ünlü eserini henüz 1927 yılında yayınladığı,⁷ Almanya’da 1931 yılında gerçekleşen 36. Alman Hukukçular Günü’nün (*Deutscher Juristentag*) tartışma konularından birininse trust olarak belirlenmiş olduğu bilinmektedir.⁸ İsviçre’de ise trusta ilişkin ilk geniş çaplı incelemeler henüz 1954 yılında *Claude Reymond* ve *Friedrich Gubler* tarafından yayınlanmıştır.⁹ Bununla birlikte trustın *civil law* uygulamasının bir parçası hâline gelmesinin çok daha güncel bir gelişme olduğu itiraf edilmelidir.

Trustın *civil law* sistemlerinde akademik bir merakın konusu olmanın ötesine geçerek uygulamada da yer edinmesinin arka planındaki dinamikler çeşitlidir. Bunlardan ilki, küreselleşme ve sermaye hareketliliğinin artması olgularını takiben *civil law* mahkemelerinin git gide artan bir şekilde trustları konu alan

⁵ **Frederic William Maitland**, *Selected Essays* (ed. H. D. Hazeltine/G. Lapsley), CUP, 1936, s. 129 (“... the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence”).

⁶ Tespit edebildiğim kadarıyla bu konudaki en kapsamlı çalışma, trustın milletlerarası özel hukuk boyutunu ele alan bir yayınlanmamış yüksek lisans tezidir. Bkz. **Onur Can Saattioğlu**, *Uluslararası Özel Hukukta Trust Kurumu*, Ankara Üniversitesi SBE, 2010 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi). Bunun dışında öğretilerde trustın ancak makale boyutunda ele alındığı görülmektedir. Bu eserler yayım tarihlerine göre şunlardır: **Yaşar Karayalçın**, *İngiliz Hukukunda Trust ve Avrupa Hukuku*, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, ss. 651-687; **Erkan Küçükgüngör**, *Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust’ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukukuna Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, *BATİDER*, C. 23, S. 2, 2005, ss. 5-30; **Turgut Öz**, *Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust*, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 2, *On İki Levha Yayıncılık*, 2010, C. 2, ss. 1425-1444; **Eylem Apaydın**, *Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler*, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 160, 2016, ss. 1791-1838.

⁷ **Pierre Lepaulle**, *Civil Law Substitutes for Trusts*, *Yale Law Journal*, C. 36, S. 8, 1927, ss. 1126-1147.

⁸ Bkz. *Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages*, C. I, Walter de Gruyter, Berlin & Leipzig, 1931.

⁹ **Claude Reymond**, *Le Trust et Le Droit Suisse* (bundan böyle ‘Trust’), *ZSR*, C. 73, 1954, ss. 119a-214a; **Friedrich T. Gubler**, *Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (Trust)?*, *ZSR*, C. 73, 1954, ss. 215a-470a.

uyuşmazlıklarla karşı karşıya gelmesidir. Bunun sonucunda trustlara uygulanacak hukukun tespit edilmesi sorunu baş göstermiş ve uluslararası düzlemde trusta yönelik ilk geniş çaplı çalışma da bu amaçla yapılmıştır. Hem *common law* hem de *civil law* ülkelerinin önde gelen hukukçuları tarafından yürütülen bu çalışma sonunda karşılaştırmalı hukuk bağlamında trust konusuna yeni bir soluk getiren 1985 tarihli Trustlara Uygulanacak Hukuk ve Trustların Tanınmasına İlişkin Lahey Konvansiyonu hazırlanmıştır. Bu sayede trustın sözleşme veya şirket gibi mevcut hukuki kurumlara benzeştirilmesi gayreti bir kenara bırakılmış ve bunun *sui generis* bir kurum olduğu gerçeği *civil law* ülkelerinde de kabul edilmiştir. Ayrıca Konvansiyon'un trustın tanımına ilişkin olarak benimsediği ve çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bir şekilde ele alınacak olan parçalanmış mülkiyet yapısından bağımsız, yenilikçi tutum da trustın münhasıran bir *common law* kurumu olarak görülmekten çıkmasına katkıda bulunmuştur.

Bunun yanı sıra trustın özellikle varlık yönetimi, finansman ve teminatlandırma bağlamında yerine getirdiği işlevlerin fark edilmesinin de bu kuruma *civil law* sistemlerinde duyulan ilginin artmasının bir diğer önemli nedenini teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Trustın ulusal ekonomik gelişmeye ve büyümeye katkı sağlayabileceği fikri, söz gelimi Fransa, İtalya ve İsviçre gibi ülkelerde trustın iç hukukta da benimsenmesine ilişkin akademik tartışmaların hararetlenmesi ve yasa tekliflerinin sunulması (ve bazı sistemlerde başarıya ulaşması) sonucunu doğurmuştur. Orta Çağ'dan beri *common law* sistemlerinin bir parçası olan trusta olan ilginin (ve ne yazık ki ön yargının) son yıllarda ivme kazanmasının bir diğer önemli sebebiyse *offshore* finans merkezlerinde sunulan hizmetlerin önemli bir kısmının trust yapısı üzerine kurulu olması, böylece dünya genelinde trustlara özgülenen mal varlığı miktarının da çarpıcı şekilde artmasıdır.¹⁰

Aslında trust hukuku alanındaki gelişmeleri küreselleşme ile büyük önem kazanan hukuk düzenleri için yasa rekabeti (*regulatory competition*) olgusundan bağımsız

¹⁰ Bu gelişmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 67.

değerlendirmek mümkün değildir. Bu nedenle yukarıda bahsedilen gelişmeler ışığında gelecek yıllarda Türk hukukunda da trust yapısının benimsenmesine ilişkin tartışmaların başlaması, hatta bu yönde somut adımların atılması kanımca olasıdır.

Bununla birlikte trust kurumunun anlaşılması, irdelenmesi ve tahlil edilmesinin aynı zamanda şahsi bir akademik merakın ürünü olduğu gerçeği de itiraf edilmelidir. Bu bağlamda *Karayalçın*'ın şu sözlerine katılmamak elde değildir: *“Temel hukuk eğitimi safhasında ağırlık milli hukuk alanındadır. Fakat bir hukuk sisteminde oluşmuş ve gelişmiş bir kavram ve müessesenin aynı düzeyde gelişmiş başka bir hukuk sisteminde mevcut olmamasının sebeplerini ve aynı ihtiyacı karşılamak üzere başka bir hukuk sisteminde benimsenen kavram ve müessesenin ne olduğunu, nasıl oluştuğunu araştırmak ve öğrenmek; konuları ve problemleri ülke hukukunun üstünde makro açıdan karşılaştırabilmek hukukçu için çok zevkli bir çalışma alanıdır...”*¹¹

İnceleme Konusu ve Planı

Çalışmanın temel inceleme konusu İngiliz hukuku menşeli trust kurumunun tanıtılması ve bu kurumun bir hukuk sistemi için sunabileceği olası katma değerlerin incelenmesidir. Hukukun birçok alanında kavramlar tartışılmaya başlamadan önce okuyucunun aklında hâli hazırda bir fikir, bir tasavvur mevcut olsa da trust söz konusu olduğunda bu varsayımın gücünü kaybettiğini söylemek mümkündür.¹² Bu nedenle eldeki çalışmanın çıkış noktası, ilk bölümde ele alınan **“Trust Nedir?”** sorusu olarak belirlenmiştir. Bunun için öncelikle trustın İngiliz hukukundaki tarihsel gelişimi ve dünyanın çeşitli sistemlerine yayılışı incelenecek, ardından trustın günümüzde yerine getirdiği işlevler tespit edilmeye çalışılacaktır. Daha sonra ise trustın tanımı ve yapısı üzerinde durulacaktır. Ancak şimdiden trust kavramına ilişkin olarak verilebilecek tek bir tanımın veya tüm trust türlerini içine alan bir çerçevenin sunulmasının mümkün olmadığı belirtilmelidir. Bunun sebebi

¹¹ *Karayalçın*, s. 652.

¹² *Charlie Webb/Tim Akkouh*, *Trusts Law*, Palgrave Law Masters, 4. bası, 2015, s. 1.

trustın çeşitli amaçlar için kullanılması ve bu yüzden özelliklerinin değişkenlik göstermesinin yanı sıra, trust kavramının zaman içinde dinamik bir şekilde gelişmesi ve de gelişmeye devam etmesidir.¹³ *Common law* sistemleri içinde dahi trust hukukunun bir yeknesaklık göstermediği düşünüldüğünde, trustın *sine qua non* unsurlarının tespit edilmesinin önemi daha da göze çarpmaktadır. Bu nedenle çalışmada İngiliz hukukunda kabul edildiği ve bu çalışmada “geleneksel trust” olarak nitelendirilen trust yapısından hareket edileceği ancak bu yapının özelliklerine eleştirel yaklaşılarak hangilerinin trust yapısının işlevlerini yerine getirebilmesi için olmazsa olmaz unsurlar olduğunun belirlenmeye çalışılacağı ifade edilmelidir.

Çalışmanın bel kemiği olarak nitelendirilebilecek ikinci bölümünde ise “**Trust Nasıl İşler?**” sorusu ele alınmıştır. Bu yönde trustın kuruluşu ve geçerliliği hususları incelenmiş ve İngiliz hukukunun ilgili kurallarının günümüzde yerindeliği ve etkinliği sorunları tartışılmaya çalışılmıştır. Akabinde trustın yönetimi başlığı altında güvenilenin görev ve yetkileri, hem okuyucu hem de yazar açısından takibi ve mukayeseyi kolaylaştırmak adına Türk Borçlar Kanunu’nda vekilin görev ve yetkilerine ilişkin düzen esas alınarak incelenmiştir. Son olarak trust ihlali durumunda devreye giren, trust hukukuna adeta rengini veren ve Türk hukuk sistemine epey yabancı olan yaptırımlar sistemi ve trustın sona ermesi hususları ele alınmıştır.

Çalışmanın “**Türk Hukukunda Trust?**” başlıklı üçüncü ve son bölümünde ise öncelikle trustın Türk hukuku bakımından gerekli/faydalı bir kurum olup olmadığı tartışılmıştır. Bu tartışma bağlamında trustın özellikle mal varlığı yönetimi, teminat ve miras planlaması işlevleri üzerinde durulmuş ve bu alanlarda Türk hukukunda mevcut çeşitli kurumların, söz gelimi yönetme amaçlı veya teminat amaçlı inançlı işlemin ya da art mirasçılık ve vasiyeti tenfiz memuru kurumlarının trust

¹³ Graham Moffat/Jonathan Garton/Gerry Bean/Rebecca Probert, *Moffat’s Trusts Law* (bundan böyle ‘Moffat’), 6. bası, CUP, 2015, s. 2.

karşısındaki avantajları ve dezavantajları tespit edilmeye çalışılmıştır. Son olarak, özellikle klasik *civil law* öğretisinde trustın benimsenmesi karşısında ileri sürülen temel savların geçerliliği hususu değerlendirilerek, trustın Türk hukuku bağlamında benimsenmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt vermeye çalışılmıştır. Bu sorunun yanıtının olumlu olduğu, okuyucunun merakını arttıracacağı ümidiyle, şimdiden ifade edilmelidir.

Kullanılan Kavramlar

En basit şekilde trust, bir kimsenin belirli bir mal varlığı unsurunu bir başkasına devrettiği, ancak bu devir yapılırken söz konusu mal varlığı unsurunun belirlenen bir üçüncü kişi menfaatine elde bulundurulacağı ve vakti geldiğinde bu üçüncü kişiye devredileceğinin kabul edildiği bir hukuki yapıdır. İngilizce’de trustı kuran kişi *settlor*, ilgili mal varlığı unsurunu elinde bulunduran ve yöneten kişi *trustee* ve bu mal varlığı unsurundan menfaat sağlayan kişi de *beneficiary* olarak anılmaktadır. Bu çalışmada “trust” ifadesi karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilime paralel olarak bu şekilde kullanılmış olmakla birlikte trust ilişkisinin tarafları bakımından tercih bunların Türkçeleştirilmesi yönünde olmuş ve *kurucu*, *güvenilen* ve *lehtar* kavramları kullanılmıştır.

Geleneksel trust yapısının en temel özelliği, trusta konu olan mal varlığı üzerindeki mülkiyet hakkının iki kişi arasında paylaşılıyor olmasıdır. Bu parçalanmış mülkiyet¹⁴ yapısında güvenilenin mülkiyet hakkı *legal title*, lehtarın mülkiyet hakkı ise *equitable ya da beneficiary title* olarak ifade edilmektedir. Bu çalışmada söz konusu kavramlar, onları en iyi şekilde karşıladığı umuduyla asli mülkiyet hakkı ve türev mülkiyet hakkı olarak Türkçeleştirilmiştir.

¹⁴ İngilizce’deki “*segregated ownership*” ifadesini Türkçe’de “*parçalanmış mülkiyet*” olarak Prof. Dr. Turgut Öz kullanmıştır. Bkz. Öz, s. 1425 vd. Bunun dışında kullanılan diğer ifadeler şunlardır: “çifte mülkiyet” (Ergun Özsunay, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968, s. 247); “ikili mülkiyet” (Apaydın, s. 1801) ve “bölünen mülkiyet” (Küçükgüngör, s. 8). Bu çalışmada Öz’ün kullandığı ifade tercih edilecektir.

Kullanılan kavramlara ilişkin olarak ortaya konulması gereken bir diğer çekince *common law* ve *civil law* ayırımına ilişkindir. Türk hukuku öğretisinde *civil law* kavramı yerine *Kara Avrupası sistemleri* ifadesinin, *common law* kavramı yerineyse *Anglo-Amerikan hukuk sistemleri* ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Ancak ne *civil law* sistemleri Kara Avrupası sistemleriyle, ne de *common law* sistemleri İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'yle sınırlı olduğu için bu çalışmada söz konusu kavramların esasına sadık kalındığı belirtilmelidir.¹⁵ Ayrıca *common law* ifadesi de hem yukarıda bahsedildiği gibi bir hukuk geleneğini ifade edecek şekilde, hem de İngiliz hukukunun iki sütunlu yapısından birini anlatacak şekilde kullanılmıştır. Bu sistemin ikinci sütununu ise hakkaniyet hukuku olarak çevirdiğimiz *equity law*'un oluşturduğu şimdiden ifade edilmelidir.¹⁶

Son olarak bu çalışmanın odak konusunu bir hukuki işlemle kurulan ve İngilizce'de *express trusts* olarak anılan "iradi trustların" oluşturduğu söylenmelidir. Bununla birlikte *common law* sistemlerinde trustın sadece bir hukuki işlem yoluyla kurulmadığı, bazı hâllerde kurucunun iradesinden bağımsız bir şekilde ortaya çıkan ve hukukun kendisine trust olarak nitelendirilme sonucunu bağladığı trustların da söz konusu olduğu bilinmektedir.¹⁷ İngilizce'de *trusts arising by operation of law*¹⁸ veya *trusts implied by law*¹⁹ olarak nitelendirilen bu trustlar eldeki çalışmada "hukuki trustlar" olarak nitelendirilmiştir. Hukuki trustların iki temel alt başlığı

¹⁵ Aynı yönde bkz. **Yeşim M. Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (bundan böyle 'CISG'), Beta Yayınevi, 2005, s. 7.

¹⁶ İngiliz hukukunun bu iki başlı yapısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 16.

¹⁷ Bu çalışmanın konu sınırlaması dışında olsa da *common law* uygulamasında hukuki trustların öneminin azımsanamayacak derecede büyük olduğunu söylemek mümkündür. Hatta öyle ki bazı yazarların hukuki trust yapısını "trust hukukunun kalbi" olarak nitelendirildiği bile görülür. Bu yönde bkz. **Maurizio Lupoi**, *Trusts: A Comparative Study* (bundan böyle 'Trusts') (çev. Simon Dix), CUP, 2000, s. 14. Buna karşılık hukuki trustın gerçek bir trust örneği olmadığını ileri süren yazarların da mevcut olduğu belirtilmelidir. Bkz. **Alexandra Braun/William Swadling**, *Management: Trust, Treuhand and Fiducie, Cases, Materials and Text on Property Law* (ed. Sjev Van Erp/Bram Akkermans), Hart Publishing, 2012, s. 555.

¹⁸ **John Mowbray/Lynton Tucker/Nicholas Poidevin/Edwin Simpson/James Brightwell**, *Lewin on Trusts* (bundan böyle *Lewin on Trusts*), 18. bası, Sweet and Maxwell, 2008, s. 23; **James Penner**, *The Law of Trusts*, 10. bası, OUP, 2016, s. 15.

¹⁹ **Roman Cincelli**, *Der Common Law Trust*, Schulthess, 2017, s. 71.

vardır ve bunlar bakımından İngilizce terimlere sadık kalınması tercih edilmiştir. Bu alt başlıklardan ilki *constructive trust*, diğeryse *resulting trust*'tır. Bu terimlerin Türkçeleştirilmemesi tercihinin arkasındaki sebep, bunların *civil law* sistemlerine tamamen yabancı ve kendine özgü kurgular olmasıdır. *Constructive trust* ve *resulting trust* yapılarına çalışmanın ilk bölümünde kısaca değinilecektir.

Bahsedilen bu kavramların dışında da çalışmanın muhtelif yerlerinde İngilizce terimlerin kullanıldığı görülecektir. Her ne kadar ilgili yerlerde bunların anlamı açıklanmaya çalışılmışsa da okuyucu açısından kolaylık arz etmesi düşüncesiyle çalışmanın sonunda dar kapsamlı bir terimler dizgesine yer verilmesinin isabetli olacağı düşünülmüştür

I. BÖLÜM: TRUST NEDİR?

1.1. TRUSTIN TARİHÇESİ, GELİŞİMİ ve İŞLEVLERİ

1.1.1. Trustın İngiliz Hukukunda Doğuşu

İngiltere’de ortaya çıkan trust kurumunun geçmişi orta çağa dayanır. Orta çağda mülkiyet hakkına ve bu hakkın devrine ilişkin sınırlamalar ve yasaklara bir tepki olarak ortaya çıkan trust kurumunun en başta feodal sistemin mülkiyete ilişkin olarak getirdiği engelleri aşmak için yaratıldığını söylemek mümkündür.²⁰ Tahmin edilebileceği üzere feodal düzenlerde mülkiyet kavramı bugünkü anlayıştan birçok noktada farklılaşmaktadır. Ancak trust kurumunun tarihçesi için asıl önem arz eden taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Bu nedenle aşağıda özellikle feodal yönetim düzeninde taşınmaz üzerindeki mülkiyet kavramı ve mülkiyetin devredilebilirliği hususu ve bunların trustın selefi olan *use* kurumunun ortaya çıkışına etkisi incelenecektir.

Feodal sistemde bir arazi üzerinde tek bir mülkiyet hakkı yerine hiyerarşik bir düzene tâbi birden çok hak söz konusudur. Kuşkusuz günümüzde eşya hukukunun temel ilkelerinden biri olan mülkiyet hakkının bölünmezliği ilkesi karşısında bu parçalanmış ve paylaşılan mülkiyet yapısının tasavvur edilmesi güçtür.²¹ Ancak bu yapı kısaca şu şekilde açıklanabilir: Arazi üzerindeki hak sahiplerinin bir piramit oluşturduğu düşünülürse, bu piramidin en üstünde Kral, en altındaysa arazinin

²⁰ Moffat, s. 35. Bir görüşe göre *use* kurumunun ortaya çıkmasının arkasındaki neden, dini sebeplerden dolayı mülkiyet hakkına sahip olamayan din adamlarının da mülkiyet hakkının bahsettiği imkânlardan yararlanmak istemesi; bir diğer görüşe göre ise hacı seferlerine çıkan kişilerin arkalarında bıraktıkları toprakları, yokluklarında ailelerinin geçimi için kullanılmasını ve döndüklerinde kendilerine iade edilmesi kaydıyla birine emanet etme arayışı içine girmesidir. Bkz. Alastair Hudson, *Understanding Equity & Trusts* (bundan böyle ‘Understanding’), 5. bası, Routledge, 2015, s. 15-16; Gary Watt, *Trusts and Equity*, 7. bası, OUP, 2016, s. 8.

²¹ Bugün eşya hukukunun temellerini teşkil eden mülkiyetin bölünmezliği veya mal varlığının tekliği gibi ilkelerin Fransız devrimini takiben ve feodal düzene tepki olarak kabul edildiği ve günümüze kadar önemini sürdürdüğünü söylemek mümkündür. Bkz. aşağıda s. 584.

zilyedi, Kral ve zilyet arasındaki kademelerdeyse bir veya birden fazla derebeyi yer almaktadır.²² Aslında bir vergilendirme sistemi olan bu hiyerarşik düzende kural, serflerinin toprağı işlemeyle topraktan ürün ve gelir elde eden zilyedin bu gelirin bir kısmını kendisinden bir üst kademede yer alan derebeyine vermesi ve bu ödemenin basamak basamak ilerleyerek Kral'a kadar gelmesidir.²³ Bu yüzden hem toprağı işleyip gelir elde eden zilyet için hem de arada yer alan derebeyleri için bu arazi üzerinde bir mülkiyet benzeri hakka sahip olmanın önemi büyüktür.²⁴

Bununla birlikte bu düzende söz konusu kişilerin arazi üzerindeki bu haklarını bir vasiyetname yoluyla tercih ettikleri birine bırakmaları yasaklanmıştır.²⁵ Arazinin zilyedinin ölmesi durumunda arazi üzerindeki hak kendiliğinden en büyük oğluna geçmektedir. Dolayısıyla günümüz hukukunda anladığımız şekliyle bir zümre sistemi ve miras ortaklığı söz konusu değildir.²⁶ Öte yandan ölüme bağlı bir tasarruf ile bu mülkiyet benzeri hakkın devri mümkün olmasa da sağlar arası işlemle böyle bir devrin gerçekleştirilmesi mümkün kabul edilmiştir.²⁷ İşte bu sayede *use*, en büyük oğlunun dışında veya onun yanı sıra ailesinin diğer fertlerini de koruma altına almak isteyen arazi zilyetlerinin bu amaçlarını gerçekleştirmek için başvurdukları bir hukuki yapı olarak kullanılmaya başlanmıştır.²⁸

Use yapısının trusta dönüşümünü incelemeye geçmeden önce bu yapı hakkında kısaca bilgi verilmesi yol gösterici olacaktır. Bu yapıda arazinin zilyedi sahip

²² Toprağı işleyen ve Kral arasındaki basamaklarda yer alan kişilere “*mesne lords*” denir. “*Mesne*” ortadaki anlamına gelir. Bkz. Küçükgüngör, s. 14; Moffat, s. 35; Penner, s. 9.

²³ Küçükgüngör, s. 14.

²⁴ Moffat, s. 35-36; Istvan Sandor, On the Emergence and Development of the Trust Legal Institution, Journal on European History of Law, C. 7, 2016, s. 85.

²⁵ Küçükgüngör, s. 15.

²⁶ John H. Langbein/Renée Lettow Lerner/Bruce P. Smith, History of the Common Law – The Development of Anglo-American Legal Institutions, Wolters Kluwer, 2009, s. 272.

²⁷ Küçükgüngör, s. 15.

²⁸ Küçükgüngör, s. 15 vd.; Penny Tucker, The Early History of the Court of Chancery: A Comparative Study, The English Historical Review, C. 115, S. 463, 2000, s. 792. Belirtmek gerekir ki *use* kurumunun ortaya çıkışının arkasındaki tek neden tabii ki bu değildir. Bunun dışında çeşitli dini veya siyasi sebepler de mevcut mülkiyet ve mirasçılık anlayışının katılığının törpülenmesini hızlandırmıştır. Bkz. Penner, s. 9; Philip H. Pettit, Equity and the Law of Trusts, 12. bası, OUP, 2012, s. 13.

olduğu bu hakkı güvendiği bir kişiye devretmekte ancak bu devri araziden elde edilecek gelirin kendisinin belirlediği bir ya da birden fazla lehtara (ki bu kişilerden biri kendisi de olabilir) aktarılacağına güvenerek yapmaktadır. Araziden elde edilecek gelirin lehine kullanılması konusunda anlaşılın kişi, yani lehtar, *cestuis que use* olarak anılmaktadır. Sağlar arası bir işlemle yapılan bu devir geçerli kabul edilmekte, yeni malik devralan kişi kabul edilmektedir. Bu nedenle *cestuis que use*'un *common law* mahkemeleri önünde ileri sürebileceği bir hakkı söz konusu değildir.²⁹

Vergi düzeni açısından bakıldığında da *use* yapısının birtakım önemli sonuçları olduğu görülmektedir. Orta çağda Kral'ın önemli gelir kalemlerinden biri arazinin miras yoluyla en büyük erkek çocuk tarafından kazanılması durumunda elde edilen intikal vergisi veya mirasçı bulunmaması durumunda bu hakkın doğrudan Kral'a geçmesidir. *Use* yapısının yıllar içinde git gide yaygınlaşması (öyle ki 1500 yılında İngiltere'deki arazilerin yarısından çoğunun *use* ile başkasına devredildiği düşünülmektedir),³⁰ bu yapı çerçevesinde devredilen bir arazinin periyodik olarak başkalarına da aynı şekilde devredilmesi sonucunda arazinin hiçbir zaman sahipsiz kalmaması (böylece Kral'a intikal etmemesi) veya miras yoluyla geçmemesini mümkün kılmış,³¹ bu ise Kral'ın gelirinde önemli bir eksilmeye yol açmıştır.³²

Aslında *use* yapısıyla bağlantılı ve yukarıda bahsi geçen iki önemli sorunun trustın ortaya çıkması için gereken arka planı hazırladığını söylemek mümkündür. Bu sorunlardan ilki *common law* kuralları bağlamında *cestuis que use*'un menfaatlerinin gözetilmemesi durumunda başvurulabilecek bir hukuki yolun mevcut olmamasıdır. Diğer önemli sorunsal, az önce değinildiği üzere, Kral'ın elde ettiği vergilerde yaşanan önemli azalmadır. *Cestuis que use*'un menfaatlerinin korunması sorunsalının trust hukukunun gelişimine katkısının İngiliz hukukunun

²⁹ Küçükgüngör, s. 15.

³⁰ Moffat, s. 40; Pettit, s. 13.

³¹ Langbein/Lerner/Smith, s. 304; Sandor, s. 85; Watt, s. 10.

³² Küçükgüngör, s. 18.

iki başlı yapısından bağımsız bir şekilde ele alınması mümkün değildir.³³ Gittikçe yaygınlaşan *use* kullanımına paralel olarak bu bağlamda ortaya çıkan uyuşmazlıkların da sayısı artmış ve bu durum aşağıda inceleneceği üzere *Court of Chancery*'nin artan bir şekilde devreye girmesi ve bu sayede bir kurallar bütünü oluşması sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda *common law* uyarınca hak sahibi kabul edilmeyen *cestuis que use*'un menfaatleri *Court of Chancery* tarafından korunmuş ve daha sonra trust yapısıyla özdeşleştirilen parçalanmış mülkiyet yapısı ortaya çıkmıştır. İngiliz hukuk sisteminin, *civil law* sistemlerinde gelişmesinin önündeki engellerden biri olarak gösterilen ikili mülkiyet yapısının da temelinde yatan bu iki başlı yapısının anlaşılması trust hukukunun gelişiminin izlenebilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle bu husus aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Trust hukukunun gelişmesinde önem arz eden bir diğer etkense oluşan vergi kaybını önlemek ve Kral'ın gelir kaynağını arttırmak amacıyla 1536 yılında kabul edilen ve *use* kurumunun kullanımını denetlemek amacını taşıyan *Statute of Uses*'tir.³⁴ Şimdiden belirtmek gerekir ki *Statute of Uses*'in trust hukukunun gelişimine yaptığı katkının yanı sıra önemli siyasi ve sosyolojik sonuçlarının da olduğu ifade edilmelidir. Öyle ki Kral 8. Henry döneminde kabul edilen bu düzenlemenin o dönemde yaklaşık kırk bin kişinin katıldığı bir ayaklanmanın sebeplerinden biri olduğu düşünülmektedir.³⁵ Aşağıda İngiliz hukukunun iki başlı yapısı ve bunun trust hukukunun gelişimine etkisi incelendikten sonra *Statute of*

³³ Aksi görüşte bkz. **Simon Gardner**, *An Introduction To The Law of Trusts*, 3. bası, OUP, 2011, s. 18-19. **Gardner**, İngiliz hukukunda yer alan iki başlı yapının trust hukukunun gelişiminde rol oynamış olabileceğini kabul etmekle birlikte, bu duruma gereğinden fazla anlam yüklenmemesi gerektiğini, trustın pekâlâ tek başlı hukuk sistemlerinde de mevcut olabileceğini ifade etmiştir. Benzer yönde bkz. **Andrew Burrows**, *We Do This At Common Law But That In Equity*, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 22, S.1, 2002, s. 5. Ayrıca bkz. **Moffat**, s. 39. **Moffat**'a göre *equity* mahkemelerinin ortaya çıkmasından önce de trust kurumu mevcuttu ve kullanılmaktaydı, ancak ne zaman ki bu kurum kötüye kullanılmaya başlandı, o zaman söz konusu mahkeme içtihatları ortaya çıktı. Başka bir ifadeyle İngiliz hukuk sistemi trust hukukunun ortaya çıkışında rol oynamamıştır.

³⁴ **Küçükgüngör**, s. 18; **Langbein/Lerner/Smith**, s. 306; **David T. Smith**, *The Statute of Uses: A Look At Its Historical Evolution and Demise*, *Case W. Res. L. Rev.*, C. 18, 1966, s. 47.

³⁵ Bkz. **Eric W. Ives**, *The Genesis of the Statute of Uses*, *The English Historical Review*, C. 82, S. 325, 1967, s. 675 vd.; **Langbein/Lerner/Smith**, s. 306.

Uses'ın getirdiği değişiklikler ve bunların trust kurumunun gelişimi üzerindeki sonuçları kısaca değerlendirilecektir.

1.1.1.1. İngiliz Hukuk Sisteminin İki Başlı Yapısı: Common Law ve Equity Law Ayrımı

Günümüzde, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının genellikle iki hukuk geleneğini incelediğini söylemek mümkündür.³⁶ Bu hukuk geleneklerinden (ya da ailelerinden) ilki, diğerine göre daha eski ve uygulamasının daha yaygın olduğu kabul edilen,³⁷ Türk hukukunun da tâbi olduğu *civil law* hukuk geleneğidir. Diğer ise bu çalışmanın konusunu oluşturan trust kurumunun doğduğu *common law* hukuk geleneğidir. Bugün İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve Hindistan gibi ülkelerin bu ikinci hukuk ailesine dahil olduğunu söylemek mümkündür.

Bu iki sistem arasındaki en temel fark, *common law* sistemlerinde içtihat hukukunun sahip olduğu önem karşısında, *civil law* sistemlerinde yasaların esas öneme sahip olmasıdır.³⁸ Buna karşılık *common law* sistemlerinde üst mahkemenin verdiği karar diğer alt mahkemeler açısından da bağlayıcı bir etkiye sahip kabul

³⁶ Maurizio Lupoi, The Civil Law Trust (bundan böyle 'Civil Law'), Vanderbilt Journal of Transnational Law, C. 32, 1999, s. 969. Ancak bu önermenin yüzeysel olduğu itiraf edilmelidir. Zira karşılaştırmalı hukuk öğretisinde dikkate alınan bu tür sınıflandırmaların, söz gelimi coğrafi, tarihsel, teknik ya da içeriksel birçok farklı etkeni dikkate alması mümkündür. Bu nedenle öğretilde, *common law-civil law* ayrımının yanında ve ondan ayrı birçok başka 'hukuk geleneği/ailesi sınıflandırmasının' mevcut olduğu belirtilmelidir. Bunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. René David/Camille Jauffret Spinosi/Marie Goré, Les Grands Systèmes de Droit Contemporains, 12. bası, Dalloz, 2016, s. 15 vd.; Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. bası, Mohr Siebeck, 1996, s. 62 vd.

³⁷ John Henry Merryman/Rogelio Perez Perdomo, The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America, Stanford University Press, 2007, s. 1-3.

³⁸ Atamer, CISG, s. 7; Arzu Oğuz, Karşılaştırmalı Hukuk (bundan böyle 'Karşılaştırmalı'), Yetkin Yayınları, 2003, s. 253. *Civil law* geleneğini takip eden Türk hukukuna bakıldığında yasaların ve yargı kararları arasındaki önem sıralaması göze çarpmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun ('TMK') henüz ilk maddesi "*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.*" buyurduktan sonra aynı hükmün son fıkrasında hâkimin karar verirken yargı kararlarından da yararlanabileceğini düzenlemektedir. Başka bir deyişle diğer mahkemelerin verdiği kararların uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir. Bunun tek istisnası ise bilindiği üzere İctihadi Birleştirme Kararlarıdır.

edilmektedir. Bu etki öğretide *stare decisis* olarak bilinmekte ve önceden verilmiş kararın arkasında durma ilkesi anlamına gelmektedir.³⁹ Bu doğrultuda mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta daha önce verilenden farklı bir karar vermesi için söz konusu uyuşmazlıkları olgusal olarak birbirinden ayırt etmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Common law sistemlerinin aslında hukuki tutarlılık ve güvene hizmet eden bu özelliğinin yanında ayırt edici bir diğer özelliği ise iki başlı yapısıdır.⁴⁰ Bu noktada kullanılan terminolojiye ilişkin bir açıklama gereği doğmaktadır. *Common law* ifadesi hem İngiliz, Amerikan, Avustralya, Hindistan vb. hukuklarının tâbi olduğu sistemi ifade etmek için kullanılan genel bir ifade, hem de bu sistemler içindeki ikili yapının bir ayağını ifade etmek için kullanılan bir tabirdir.⁴¹ Bu ikinci ve dar anlamda kullanılan *common law* tabiri, hakkaniyet hukukunun (*equity law*) yanında yer alan ve sistemin iki sütunundan birini oluşturan hukuki yapıyı ifade etmektedir.

Common law ve *equity law* ayrımı İngiliz hukukunda özellikle 14. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkmış ve bu hukuk sisteminin gelişiminde büyük rol oynamıştır. Bu dönemde hukuk sisteminin tamamen Kraliyetin ve Kraliyet mahkemelerinin elinde olduğu bilinmektedir.⁴² Daha açık bir ifadeyle her türlü uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için bu mercilere başvurulmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle de Kraliyet'in hukuk sisteminin bekçisi ve adaletin sağlayıcısı olarak düşünüldüğü bilinmektedir.⁴³ Bununla birlikte Kraliyet mahkemelerinin önünde açılacak davalar sınırlı sayıdadır. Bu sisteme

³⁹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için ayrıca bkz. **Helen Silving**, *Sources of Law*, William S. Hein & Co Publishers New York, 1968, s. 83 vd.

⁴⁰ **Sarah Worthington**, *Equity*, 2. bası, OUP, 2006, s. 7.

⁴¹ **Atamer**, *CISG*, s. 7; **Worthington**, s. 9, dn. 1.

⁴² Kraliyet mahkemeleri, *common law* mahkemeleri olarak da bilinen ve üç grupta toplanan *Court of Common Pleas*, *Court of King's Bench* ve *Court of Exchequer*'den oluşmaktadır. *Court of Common Pleas*, özellikle mülkiyet hakkından kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklarının görüldüğü mahkemelerdir. *Court of King's Bench*, daha ziyade ceza hukuku uyuşmazlıklarının ve *Court of Exchequer* ise gelir ve vergi uyuşmazlıklarını görüldüğü mahkemelere verilen isimdir. Bkz. **Langbein/Lerner/Smith**, s. 119-120.

⁴³ Bu dönemde Kral'ın "adaletin kaynağı" (*fount of justice*) olduğu kabul edilmektedir. **Langbein/Lerner/Smith**, s. 274; **Worthington**, s. 8.

writ sistemi adı verilmekte ve mahkemeler, sadece belirli bazı konulardan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme bağlayabilmektedir.⁴⁴ Başka bir deyişle mahkemenin önüne getirilebilecek uyuşmazlıkların bu *writ* formlarından birine uyması gerekmekte, bunun yanı sıra hangi uyuşmazlığın nasıl bir yaptırıma bağlanacağı da önceden belirlenmiş olmaktadır.⁴⁵ Özetle ne kabul edilip incelenecek olan uyuşmazlıkların seçiminde, ne de kabul edilen uyuşmazlıklar sonucunda kararlaştırılacak olan yaptırımın belirlenmesinde mahkemelerin önemli bir takdir yetkisinden söz etmek mümkündür. Bunun yanı sıra olguların incelenmesi ve buna göre davanın sonucunda verilecek olan kararın verilmesi görevi de mahkemeye ait değildir. Zira Kraliyet mahkemelerinde kararı hâkimler değil, sıradan kişilerden oluşan (*laymen*) jüri vermektedir. Bu durumda jürinin görevi, somut olaydaki olguları incelemek ve bunun sonucunda davanın reddine veya kabulüne karar vermektir.⁴⁶ Bu sistemde ortaya birtakım adaletsiz durumların çıkabileceğini tahmin etmek ise çok zor değildir.

Dava sonucunda uyuşmazlığın adalete uygun bir şekilde çözüme kavuşturulmadığını düşünen kişilere, bu şikayetlerini Kral'a veya onun atadığı Konsey'e bildirme ve ondan takdir yetkisini kullanmasını talep etme imkânı sunulmuştur. Diğer bir deyişle Kraliyet mahkemelerinin (yani *common law* mahkemelerinin) verdiği kararlara karşı bir nevi temyiz aşaması olarak Kral'a başvurulabileceği kabul edilmiştir. Yukarıda bahsi geçen ve katı bir şekilde uygulanan *writ* sisteminin eksiklikleri⁴⁷ ve jüri sisteminin beraberinde getirdiği endişeler,⁴⁸ İngiltere'deki mevcut hukuk sisteminin ihtiyaçlara cevap vermediği

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, Karşılaştırmalı, s. 256-257.

⁴⁵ Langbein/Lerner/Smith, s. 87 vd.; Moffat, s. 38; Graham Virgo, The Principles of Equity & Trusts, 3. bası, OUP, 2018, s. 5.

⁴⁶ Worthington, s. 9.

⁴⁷ *Writ* sisteminin katı bir şekilde uygulanmasının aslında siyasi nedenlerden kaynaklandığı düşünülmektedir. Özellikle 14. yüzyılın sonlarında Kraliyet - Meclis ve Mahkemeler arasında yaşanan güç mücadelesinin, mahkemelerin *writ*'leri olabildiğince katı yorumlamasına sebep olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Worthington, s. 10.

⁴⁸ Jürilerin oluşumu ve işleyişine ilişkin tehdit ve yolsuzluk gibi şikayetlerin sayısının da söz konusu dönemde gittikçe arttığı ifade edilmektedir. Bkz. Langbein/Lerner/Smith, s. 271. Jüri sisteminin

görüşünün yükselmesine sebep olmuş ve aynı zamanda bu şikayetlerin sayısı da önemli ölçüde çoğalmıştır.⁴⁹ Kral, sayıları gittikçe artan bu tür şikayetleri kendi adına çözüme kavuşturması için adalet bakanı konumundaki *Lord Chancellor*'ı yetkilendirmiş ve bu görev böylece daha sonraki yıllarda *Lord Chancellor*'ın yetkisi altında gelişen *Chancery* Mahkemesi (*Courts of Chancery*) tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır.⁵⁰ Kral'a yapılan itirazları değerlendiren *Lord Chancellor* ve *Chancery* Mahkemesi aslında *common law* mahkemelerine yöneltilen eleştirilere bir cevap niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür; zira bu mahkemeler *writ* sistemine tâbi olmadığı gibi, jüri usulüyle de çalışmazlar.⁵¹

Equity mahkemeleri İngiliz hukukundaki birçok önemli öğretinin ve kurumun gelişiminde rol oynamıştır. Daha önce de bahsedildiği üzere *common law* mahkemelerinin jüri sistemiyle işliyor olması, bu mahkemelerin özellikle çok taraflı ve karmaşık uyuşmazlıkları çözüme ulaştırmada yetersiz kalmasına sebep olmuştur. Bu nedenle trust hukukunun yanı sıra söz gelimi ortaklıklar hukuku ve iflas hukukunun da jüri sisteminin söz konusu olmadığı, bunun yerine belge üretimi ve tanık dinleme usullerinin benimsendiği *equity* mahkemelerinin içtihatlarıyla geliştiğini söylemek mümkündür.⁵²

Equity mahkemelerinde ortaya çıkan ve gelişen bu hukuk kuralları ve yaptırımlar genel olarak hakkaniyet hukuku (*equity law*) olarak adlandırılmaktadır.⁵³ *Equity* mahkemelerinin ve *common law* mahkemelerinin karar verme prosedürlerindeki

beraberinde getirdiği ve hukuk sistemini olumsuz etkileyen sorunlara ilişkin olarak ayrıca bkz. **John H. Langbein**, *Bifurcation and The Bench: The Influence of The Jury on English Conceptions of the Judiciary* (bundan böyle 'Bifurcation'), *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law: From Antiquity to Modern Times* (ed. Paul Brand/Joshua Getzler), CUP, 2012, s. 70-72; **Worthington**, s. 10.

⁴⁹ 14. ve 16. yüzyıl arasında *Chancery* mahkemesinin iş yükünün aşırı derecede arttığı ve sunulan dilekçelerin büyük bir çoğunluğunun menfaatleri ihlal edilen *cestuis que use*'lar tarafından sunulduğu yönünde bkz. **Tucker**, s. 791-792.

⁵⁰ **Küçükgüngör**, s. 16; **Moffat**, s. 38; **Oğuz**, *Karşılaştırmalı*, s. 257; **Virgo**, s. 5; **Worthington**, s. 8.

⁵¹ **Langbein/Lerner/Smith**, s. 275.

⁵² **Langbein/Lerner/Smith**, s. 268-269.

⁵³ **Worthington**, s. 9.

farklılıklarının yanı sıra, uyguladıkları hukuk kurallarının esasında da önemli ayrılıkların mevcut olduğu belirtilmelidir. Aslında bu durum hakkaniyet hukukunun ortaya çıkış sebebi düşünüldüğünde doğal karşılanmalıdır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere *equity* mahkemelerinin ortaya çıkış sebebi, *common law* mahkemelerinin bir uyuşmazlığın çözümünde yetersiz kaldığı ve adaletsiz sonuçların doğduğu hâllerin çoğalmasındır. Bu nedenle uygulanan hukuk kurallarının da izlenen usul gibi birbirinden farklı olması şaşırtıcı olmasa gerektir.⁵⁴ Kuşkusuz bu farklılık kendini hükmedilen yaptırımlar bağlamında da göstermektedir.⁵⁵

Equity mahkemeleri zaman içinde birtakım prensipler (*maxims*) geliştirerek önlerine gelen uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken bunlara sadık kalmaya çalışmıştır. Özellikle *common law* mahkemeleri ile olan ilişkilerini düzenleyen en önemli prensipler arasında “*equity*, hukuku takip eder” (*Aequitas sequitur legem/Equity follows the law*) ve “*equity* şey üzerinde değil, kişi üzerinde karar verir” (*Aequitas agit in personam/Equity acts in personam*) yer almaktadır. Bu prensiplerden ilkinin anlamı şudur: Hakkaniyet hukuku, *common law* mahkemelerinin verdiği kararların yanında ikincil durumdadır; onu takip etmelidir ve zorunlu olmadıkça ondan ayrılmamalıdır.⁵⁶ Başka bir ifadeyle *equity* mahkemelerinde dava açan bir kişinin, *equity* mahkemesinin *common law* mahkemesinden farklı bir karar vermemesi durumunda ortaya gerçekten adil olmayan ve hakkaniyete aykırı bir durum çıkacağını ispat etme yükü bulunmaktadır.⁵⁷ Bu ilkelere ikincisi olan “*equity* şey üzerinde değil, kişi üzerinde karar verir” ilkesi ise *equity* mahkemelerinin sonuçlarının davalıya

⁵⁴ Örneğin hukuk mahkemelerinin uyguladıkları kurallara göre bir sözleşme geçerli kabul edilmekle birlikte, hakkaniyet kurallarına göre söz gelimi irade sakatlığı sebebiyle geçersiz olabilmektedir. Bkz. *Worthington*, s. 14.

⁵⁵ Örneğin sözleşmeye aykırılık durumunda hukuk mahkemelerinin hükmettiği yaptırım kural olarak tazminat olmakla birlikte, bazı özel durumlarda aynen ifaya hükmedilebilmesi ancak hakkaniyet mahkemelerinin içtihatları sayesinde mümkün olmuştur. *Langbein/Lerner/Smith*, s. 269; *Worthington*, s. 14-15. Bu hâllere ilişkin olarak bkz. *Başak Başoğlu*, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 23 vd.

⁵⁶ *Langbein/Lerner/Smith*, s. 287; *Oğuz*, *Karşılaştırmalı*, s. 267; *Sandor*, s. 82; *Virgo*, s. 34.

⁵⁷ *Langbein/Lerner/Smith*, s. 287.

yönelik olması ve hükmedilen kararı rızasıyla ifa etmeyen kişinin ise mahkemenin verdiği karara aykırı davranma suçunu (*contempt of court*) işlediğinin kabul edilmesi anlamına gelmektedir.⁵⁸ Başka bir deyişle *equity* mahkemelerinin verdiği kararlar inşai hüküm değil, eda hükmü niteliğine sahiptir.

Bu iki ayaklı hukuk sistemi yapısı İngiltere’de 1875 yılında en azından şekli olarak sona ermiştir.⁵⁹ *Supreme Court of Judicature Acts 1873-5* ile İngiliz hukukunda süregelen *common law* ve *equity* mahkemeleri ayrımı ortadan kaldırılmış ve bu mahkemeler birleştirilmiştir.⁶⁰ Bu yasayla birlikte *Supreme Court of Judicature* kurulmuş ve *common law* ve *equity* mahkemelerinin yetkisine giren tüm uyuşmazlıklar için bu yüksek mahkeme yetkilendirilmiştir. *Supreme Court*, o dönemde beş farklı bölüme ayrılmış olan *High Court of Justice* ve *Court of Appeal*’dan oluşan iki aşamalı bir yapıdır.⁶¹ *Supreme Court of Judicature Acts*’in 24. ve 25. maddelerinde tüm yargıçların hem *common law* hem de *equity* mahkemelerinde kabul edilen yaptırımları uygulamaya yetkili (ve zorunlu) olduklarının ve eğer *common law* mahkemelerinin kurallarıyla *equity* mahkemelerinin kuralları arasında bir çelişki doğarsa, ikincisine öncelik verilmesi gerektiğinin hükme bağlandığı belirtilmelidir.⁶²

⁵⁸ Küçükgüngör, s. 17; Virgo, s. 37; Watt, s. 6.

⁵⁹ Bu tür bir birleşme İngiltere’den önce bir başka *common law* ülkesi olan Amerika Birleşik Devletleri’nde (New York eyaletinde) 1848 yılında kabul edilmiştir. *Common law* ve *equity* mahkemelerinin birleştirilmesine ilişkin bu yasa New York *Field* Yasası olarak anılmaktadır. Bu isim, söz konusu Yasa’nın hazırlanması ve kabul edilmesi sürecinde önemli rol oynayan hukukçu David Dudley Field’dan gelmektedir. Medeni usul hukuku alanında uygulanacak kuralları değiştiren ve kodifiye eden *Field Yasası*’nın tüm *common law* dünyası için bir dönüm noktası olduğu ifade edilmektedir. Bu Yasa’yla *common law* ve *equity* mahkemeleri önünde açılabilen davaların tüm mahkemelerde görülebileceği ve mahkemelerin her iki sisteme özgü yaptırımlara karar vermeye yetkili oldukları hükme bağlanmıştır. Bkz. Langbein/Lerner/Smith, s. 382-383.

⁶⁰ Bu yasa tasarısı Parlamento’ya 1873’te gelmesine rağmen çeşitli değişikliklerle birlikte ancak 1875’te yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle *Supreme Court of Judicature Acts 1873-5* olarak anılmaktadır. Watt, s. 7.

⁶¹ Langbein/Lerner/Smith, s. 385.

⁶² Supreme Court of Judicature Act 1873, Ch. 66, Sec. 25(11): “Generally all matters not herein-before particularly mentioned, in which there is any conflict or variance between the Rules of Equity and the Rules of the Common Law with reference to the same matter, the Rules of Equity shall prevail.” (www.westlaw.co.uk, 10.12.2018)

1875 yılında usul hukuku bakımından getirildiği düşünölen bu yeknesaklaştırmanın bugün maddi hukuk alanına da etki edip etmediği konusunda farklı görüşler ileri sürölmektedir.⁶³ Bir görüşe göre *common law* ve *equity* kurallarını uygulayacak mahkemeler birleştirilmiş olsa da, *common law* ve *equity* sistemleri “birbirine paralel bir şekilde akan ve karışmayan iki nehir gibi” varlıklarını sürdürecektir.⁶⁴ Başka bir deyişle *Judicature Acts*’in uygulama alanı usul hukukuyla sınırlıdır.⁶⁵ Bir diğere görüşe göre ise söz konusu yasa çok daha radikal bir değışiklik getirmekte ve *common law* ve *equity* sistemlerini maddi hukuk alanında da birleştirmektedir.⁶⁶ Birleşme (füzyon) yanlısı görüşün sadece akademik çalışmalarda değıl, yargı kararlarında da karşımıza çıktığı belirtilmelidir. Örneğın bu görüşün savunucularından Lord Diplock, *United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council* davasında *Judicature Acts*’in esas amacının *common law* ve *equity* sistemleri arasındaki ikiliğın giderilmesi olduğunu ve sonunda bu iki sistemin birbirine karıştığını ifade etmiştir.⁶⁷ Benzer yönde Lord Denning, Profesör Ashburner’ın “paralel iki nehir” metaforuna atıfta bulunarak *Judicature Acts*’in kabulünden itibaren geçen süre içinde *common law* ve *equity* nehirlerinin ayrılmaz bir şekilde birleştiğini ifade etmiş ve birleşme görüşüne desteğini ortaya koymuştur.⁶⁸ Bugün söz konusu tartışmanın bu görüşlerden biri lehine

⁶³ Bkz. Burrows, s. 4 vd.; Simon Chesterman, Beyond Fusion Fallacy: The Transformation of Equity and Derrida’s ‘Force of Law’, *Journal of Law and Society*, C. 24, S. 3, 1997, s. 353 vd.; Moffat, s. 66-71.

⁶⁴ Bu ifade, birleşme karşıtı görüşlere yer veren hemen her yazar tarafından alıntılanan ve Prof. Walter Ashburner’a ait bir ifadedir. Birleşme karşıtı görüşün savunucularından olan Prof. Ashburner, 1902 yılında yayınlanan kitabında *Supreme Court of Judicature Acts*’ten bahsederken şu ifadeye yer vermiştir: “(ancak) bu iki yargı nehri, aynı yataktan ve yan yana aksa da, sular birbirine karışmaz.” (...) *But the two streams of jurisdiction, though they run in the same channel, run side by side and do not mingle their waters.*”) Bkz. Walter Ashburner, *Principles of Equity*, Butterworth, 1902, s. 18.

⁶⁵ Bkz. Roderick Meagher/William Gummow/John Robert Felix Lehane, *Equity: Doctrine and Remedies*, 3. bası, Butterworths, 1992, s. 47. Yazarlar, birleşmeyi (füzyonu) bir yanılığın (“fallacy”) olarak tanımlamaktadır. Bu “yanılığın” önermesinin şekli bir eleştiri olduğu, *Judicature Act* ile oluşturulan yapının sadece usul hukukunda değıl maddi hukukta, hatta adalet kavramı ve sisteminde de bir gelişme anlamına geldiği yönünde bkz. Chesterman, s. 350 vd.

⁶⁶ Bkz. Frederic William Maitland, *Equity: A Course of Lectures* (bundan böyle ‘Equity’), CUP, 1947, s. 20.

⁶⁷ *United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council* [1978] AC 904

⁶⁸ *Federal Commerce and Navigation Ltd v. Molena Alpha Inc* [1978] QB 927, 974-975

sonuçlandığını söylemek hâlâ mümkün gözükmemektedir. Zira farklı hukuki argümanlarla da olsa birleşme karşıtı⁶⁹ ve birleşme yanlısı görüşlerin⁷⁰ devam ettiğini gözlemlemek mümkündür.

Öte yandan ilgili yasanın etki alanına ilişkin bu tartışmanın günümüzde önemini kaybettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.⁷¹ Zira güncel akademik tartışma *Judicature Acts*'in *ratio*'sunun tespiti ve yorumlanmasının ötesine geçmiş, *common law* ve *equity* ayrımının işlevi ve yerindelğine odaklanmıştır. Her hâlükarda ilgili tartışmanın öneminin bu çalışmanın konusunu oluşturan trust hukuku bakımından da asgari düzeyde olduğu ifade edilmelidir. Zira birleşme görüşünü savunan yazarların dahi *common law* ve *equity* ayrımının ve bu ayırmadan kaynaklanan terminolojinin trust hukuku bağlamında işlevselliğini koruduğunu kabul ettiği görülmektedir.⁷² Trust hukuku alanında *common law* ve *equity* kuralları arasında bir uyumsuzluk ve çelişki de söz konusu olmadığı için bu bölümde birleşme/anti-birleşme tartışmasının yukarıdaki kısa özetiyle yetinilecektir.

1.1.1.2. 1536 tarihli Statute of Uses

1536 yılında kabul edilen *Statute of Uses* da trust kurumunun gelişiminde ve bugünkü hâline gelmesinde önemli bir rol oynamıştır.⁷³ Bu hukuki düzenlemenin kabul edilmesinin arkasında yatan temel sebebin dönemin Kral'ı 8. Henry'nin süregelen savaşlar ve gittikçe azalan ekonomik geliri ve buna bağlı olarak

⁶⁹ Bu yönde örneğin Peter Millett, Proprietary Restitution, Equity in Commercial Law (ed. Simone Degeling/James Edelman), Lawbook Co., 2005, s. 309. Bu ayrımın devam etmesi gerektiği yönündeki görüşlerin öne çıkan argümanları, *equity* sisteminin sağladığı esneklik ve fırsatçı hareketleri (*counter-opportunism*) def etme imkânıdır. Bkz. Henry E. Smith, Fusing the Equitable Function in Private Law (bundan böyle 'Fusing'), Private Law in the 21st Century (ed. Kit Barker/Karen Fairweather/Ross Grantham), Hart Publishing, 2017, s. 175 vd.; Zhong Zing Tan, Equity and Opportunism in the Law of Contract: A Case Study in Fusion by Diffusion, Singapore Academy of Law Journal, S. 30, 2018, s. 307-310.

⁷⁰ Bu yazarların iddialarının başında, *common law* ve *equity* ayrımının işlevselliğinin artık ortadan kalktığı ve bu ikili yapının hukuk güvenliği ve yeknesaklığı bakımından sorun teşkil ettiği gelmektedir. Bkz. Burrows, s. 4; Worthington, s. 325.

⁷¹ Bu yönde bkz. Tan, s. 307.

⁷² Burrows, s. 5.

⁷³ Ives, s. 673; Küçükgüngör, s. 18.

kaybettiği siyasi gücü yeniden tesis etme çabası olduğu düşünülmektedir.⁷⁴ Hatırlanacağı üzere söz konusu dönemde vasiyetname yoluyla devredilemeyen toprak mülkiyeti *use* kurumunun uygulamada sıkça kullanılması sonucunda kolaylıkla el değiştirmeye başlamış ve bu fiili mülkiyet devrine rağmen vergilendirme sağlanamadığı için en önemli vergi kalemlerinden birinde önemli bir kayıp yaşanmıştır. Bu geliri yeniden canlandırmak isteyen Kral, başarısız birkaç denemeden sonra yasama organını *Statute of Uses*'ı kabul etmeye ikna edebilmiştir.⁷⁵

Her ne kadar tartışılan seçeneklerden biri *use* kurumunun kullanımı tamamen kaldırılması olsa da, sonuç olarak *Statute of Uses* ile izlenen yol bu olmamıştır.⁷⁶ İlgili düzenlemeyle önemli birkaç istisnanın dışında *use* kurulması durumunda *cestuis que use*'un asıl mülkiyet hakkı olan ve *common law* mahkemelerince de kabul edilen mülkiyet hakkını (*legal title*) kazanacağı ve bunu daha önceden *common law* kurallarına göre tam hak sahibi kabul edilen devralana (*feoffee of use*) karşı ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle daha önce güvenilenin ve lehtarın tabiri caizse paylaştığı parçalanmış mülkiyet yapısı reddedilmiş, tek malikin lehtar olacağı kararlaştırılmış ve bu sayede lehtarlardan vergi alınması mümkün hâle getirilmiştir.⁷⁷

Statute of Uses bazı *use* türlerini ise istisna tutarak uygulama alanının dışında bırakmıştır. Bunların başında “aktif” *use* gelmektedir. *Aktif use*, mülkiyet kendisine devredilen güvenilenin bu devir işlemiyle birlikte aktif birtakım görevleri de yerine getirmeyi üstlendiği *use* yapılarına verilen isimdir. Örneğin toprağı devralan güvenilenin bu toprağı lehtara devredene kadar işlemesi, bu toprağın işlenmesi sayesinde belirli borçların ödenmesi gibi yükümlülükler üstlenmesi hâlinde bir *aktif*

⁷⁴ William S. Holdsworth, *The Political Causes Which Shaped the Statute of Uses*, *Harvard Law Review*, C. 26, S. 2, 1912, s. 108.

⁷⁵ Holdsworth, s. 108; Eric W. Ives, *The Genesis of the Statute of Uses*, *The English Historical Review*, C. 82, S. 325, 1967, s. 675. 8. Henry tarafından Parlamento'ya sunulan diğer tasarılarla ilişkin olarak bkz. Holdsworth, s. 109 vd.

⁷⁶ Holdsworth, s. 109.

⁷⁷ Küçükgüngör, s. 18; Langbein/Lerner/Smith, s. 40.

use yapısından bahsedilmektedir.⁷⁸ İlgili yasanın getirdiği bir diğer önemli istisna ise, toprak mülkiyeti dışındaki ekonomik değerler üzerinde kurulan *use* yapılarına ilişkindir.⁷⁹ Bu ekonomik değerler *Statute of Uses*'ın uygulama alanı dışında bırakılmış ve bu alanda *equity* kuralları bağlamında *use* tesis edilmesi mümkün olmaya devam etmiştir.

Bu istisnalar dönemin sosyoekonomik dinamikleriyle birlikte trust kurumunun gelişmesi için gereken zemini hazırlamıştır. Bunun yanı sıra özellikle 17. yüzyıldan sonra belirgin bir şekilde değişmeye başlayan servet yapısı ve yatırım anlayışının da trust kurumunun gelişmesinde büyük bir rol oynadığını söylemek mümkündür.⁸⁰ Artık eski dönemlerde olduğu gibi toprak mülkiyetinin korunması ve kullanımının dışında, toprak da dahil olmak üzere diğer ekonomik değerlerin birer yatırım aracı olarak görülmeye başlanması, bu değerlerin bir yediemin sıfatıyla elde tutulmasından ziyade yönetiminin zorunlu hâle gelmesini sağlamıştır. *Statute of Uses*'ın yasaklamadığı, böylece hâlâ *equity* kurallarına tâbi olmaya devam eden aktif trustlar ve toprak mülkiyeti dışındaki ekonomik değerler üzerinde kurulan trustlar ise bu gereksinimleri en iyi şekilde karşılamıştır.⁸¹ Kuşkusuz trust kurumunun uygulamada gittikçe önem kazanması *Chancery* mahkemelerinin geliştirdiği kuralları da etkilemiştir. Örneğin günümüz trust hukukunun bel kemiği sayılabilecek yatırım prensipleri ve özen yükümlülüğü gibi birçok ilke bu süreçte somutlaşmaya başlamıştır.⁸²

Bugün trust kurumunun birçok hukuki sistemde benimsenmesine ilişkin tartışmaların arkasındaki sebeplerin başında bu kurumun birbirinden farklı ekonomik ve sosyal ihtiyaçları karşılamaya müsait esnek ve dinamik yapısı gelmektedir. Aşağıda, trust kurumunun modern hukuk sistemlerindeki yeri kuş bakışı bir perspektifle incelenecek ve Türk hukukunda daha önce uzun boylu bir

⁷⁸ Langbein/Lerner/Smith, s. 42.

⁷⁹ Langbein/Lerner/Smith, s. 41-42.

⁸⁰ Langbein/Lerner/Smith, s. 44-45.

⁸¹ Langbein/Lerner/Smith, s. 45.

⁸² Bunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 302.

tartışma konusu yapılmamış bu kurumun sahip olduğu önem karşılaştırmalı hukuk araştırmasıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1.1.2. Diğer Hukuk Sistemlerinde ve Uluslararası Hukukta Trustın Gelişimi

Öğretide, temellerini İngiliz hukukunda bulan trust kurumu bağlamında (özellikle daha eski tarihli eserlerde gözlemlenebilen) genel kanının, bu kurumun bir *common law* sistemi ürünü olduğu, *civil law* geleneğinin beraberinde getirdiği birçok ilkeyle uyumsuz olduğu, bu nedenle ancak *common law* ailesine tâbi bir sistemde kabul edilebilir olduğu yönünde olduğu görülmektedir.⁸³ Bu görüşün belki de en çok öne çıkan argümanı, İngiliz hukuku başta olmak üzere *common law* sistemlerinde bulunan parçalanmış mülkiyet yapısının *civil law* sistemlerinde karşımıza çıkmamasıdır. Buna karşılık daha modern kabul edebileceğimiz bir diğer görüşe göre ne parçalanmış mülkiyet yapısı, ne de *common law* sistemlerinde içkin iki başlı yapı trustın olmazsa olmaz bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu görüşe göre trustın temelinde parçalanmış mülkiyet yapısından ziyade, trust fonu olarak adlandırılan devir konusu mal varlığı unsurunun devralan kişi, yani güvenilenin mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturabilmesi fikri yatmaktadır - ki bu da *civil law* sistemlerinin bir çoğunda belirli şartlar altında zaten kurulabilen bir yapıdır.⁸⁴ Bu nedenle öğretilerde trustın bir *common law* kurumu olduğu ve *civil law* sistemlerine entegrasyonunun zor veya imkânsız olduğu yönündeki sava gittikçe artan bir şekilde karşı çıktığı görülmektedir. Aslında dünyada yaşanan gelişmelerin de bu ikinci görüşü destekler nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Geçtiğimiz

⁸³ Madeleine Cantin Cumyn, Rapport Général, La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D’Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, s. 11; George Gretton, Trusts Without Equity (bundan böyle ‘Without Equity’), International and Comparative Law Quarterly, C. 49, 2000, s. 600-601; Hein Kötz, Trust und Treuhand, Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen, 1963, s. 167-168; John H. Langbein, The Contractarian Basis of The Law of Trusts (bundan böyle ‘Contractarian’), Yale Law Journal, C. 105, 1995, s. 669; Özsunay, s. 247. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Marius J. de Waal, In Search of a Model For The Introduction Of The Trust Into a Civilian Context, Stellenbosch Law Review, C. 12, 2001, s. 65 vd.
⁸⁴ Bu yönde bkz. De Waal, s. 65 vd. Özel mal varlığı yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda s. 385 vd.

yıllarda, *civil law* ailesine mensup birçok hukuk sisteminde trust ve trust benzeri hukuki kurumların benimsendiği veya bu yönde bir pozitif düzenleme olmasa da trust kurumunun en azından yapıcı bir hukuki tartışma konusu yapıldığı görülmektedir.

Aşağıda trust kurumunun modern hukuk sistemlerindeki yerine ilişkin bir kuş bakışı değerlendirme yapılırken *common law – civil law* ayrımına kısmen sadık kalınacak ve öncelikle *common law* sisteminin öne çıkan temsilcilerinden Amerika Birleşik Devletleri'nde trustın yeri incelenecek, ardından bazı *civil law* sistemlerinde kısa bir gezintiye çıkılacaktır. İngiliz trust hukukunun ise çalışmanın ilerleyen bölümlerinde odak noktası olacağı ve ayrıntılı bir şekilde inceleneceği için şimdilik bir kenara bırakılacağı ifade edilmelidir. Akabinde, daha çok *common law* geleneğini takip eden *offshore* sistemlerine ilişkin genel açıklamalardan sonra bir örnek olarak Cayman Adaları trust hukuku kısaca incelenecektir. Son olarak uluslararası hukukta özellikle son otuz yılda trusta ilişkin atılan adımlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1.1.2.1. Amerika Birleşik Devletleri

1.1.2.1.1. Genel Açıklamalar

Büyük Britanya İmparatorluğunun kolonileri üzerindeki etkisinin sadece siyasi ve ekonomik olmadığı, bu etkinin söz konusu yerlerde İngiliz hukukunun da yayılması sonucuna yol açtığı bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla eskiden Büyük Britanya İmparatorluğunun bünyesinde bulunan ülkelerin (ki bunlar *Commonwealth* ülkeleri olarak da anılmaktadır) bu tarihsel gerekçelerle *common law* hukuk ailesinin bir parçası olduğunu söylemek mümkündür. Bu sistemlerin başında ise kuşkusuz Amerika Birleşik Devletleri (ABD) gelmektedir.⁸⁵ ABD'de bağımsızlık hareketini

⁸⁵ ABD'de *common law*'un benimsenmesine ilişkin ayrıntılı bir tarihsel analiz için bkz. Peter Hay, *Law of the United States*, 4. bası, C.H. Beck, 2016, s. 1-6; Arthur T. von Mehren/Peter L. Murray, *Law in the United States*, 2. bası, CUP, 2007, s. 32 vd. Esasen ABD'de doğan ve

takiben uygulanacak hukukun *common law* olduğuna karar verilmiş, bununla birlikte *equity* hukukunun kabulüne şüpheyle yaklaşılmıştır.⁸⁶ Bu nedenle bir *equity* hukuku ürünü olarak trustın ABD’de kabul edilip yayılmasının düşünüldüğü kadar kolay ve hızlı olmamıştır.⁸⁷ Trustın ABD’de benimsenmesinin ancak zaman içinde bu kuruma olan ihtiyacın kendini göstermesiyle mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁸⁸

Aslında ABD’de özel hukukun hemen hemen her alanında olduğu gibi, trust hukuku alanında da yeknesak bir ‘ABD trust hukukundan’ bahsetmek mümkün değildir. Zira her eyalette bu tür meselelere uygulanacak kurallar değişiklik göstermektedir.⁸⁹ Örneğin bazı eyaletlerde gerçekten trusta ilişkin gelişmiş bir kurallar bütünü bulunurken, bazı eyaletlerde ise sadece trustın kuruluşuna ve yönetimine ilişkin belli başlı konuları ele alan kuralların yürürlükte olduğu görülmektedir.⁹⁰ Bununla birlikte özellikle son yıllarda yaşanan ve aşağıda incelenecek olan birtakım gelişmeler neticesinde bu ayrık yapının kısmen

hukukumuzda da etki eden *antitröst* kavramının temelinde de tahmin edilebileceği üzere trust yapısı yattığı ifade edilmelidir. 19. yüzyılın sonunda başta iş insanı Rockefeller olmak üzere petrol piyasasında yer sahibi yaklaşık 40 kişi birleşerek bu piyasadaki üretim, dağıtım, pazarlama ve akla gelebilecek hemen hemen her alanda bir tekel oluşturmuştur. Bu yapıyı ise Standard Oil Trust adı altında bir trust ile kurmuşlardır. Aralarındaki anlaşmaya göre bahsi geçen tüm şirketler, bütün faaliyetlerini 9 güvenilir tarafından yönetilen Standard Oil Trust’a bırakmış ve kendilerini de bu yönetimden elde edilecek menfaat üzerinde lehtar kılmıştır. Bu sayede konusu trustın güvenilenleri, bu şirketlerin tümü üzerinde tam kontrol elde etmiş ve bir tekel yapısı oluşmuştur. Nitekim bu yüzden bu tür tekelci oluşumları engellemek için getirilen kurallar *antitrust*, yani trust karşıtı kurallar olarak anılmış ve bu tabir günümüze kadar gelmiştir.

⁸⁶ Bunun temel sebebinin siyasi olduğu belirtilmelidir. Cumhuriyet idealiyle yola çıkan bu anayasalarda, Kraliyet’i sembolize eden *Chancery* mahkemelerine ve bunların geliştirdiği hakkaniyet hukukuna yer verilmemesi şartı olmasa gerektir. Bkz. Cincelli, s. 231; Kötz, s. 24. Ayrıca bkz. Amy Morris Hess/George Gleason Bogert/George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees*, Thomson West, 2007, s. 30-31; Austin Wakeman Scott/William Franklin Fratcher, *The Law of Trusts*, 4. bası, Little, Brown and Co., C.I, 1987, s. 26-27.

⁸⁷ Cincelli, s. 231; Mark Eichner, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, s. 17; Kötz, s. 24.

⁸⁸ Cincelli, s. 231; Eichner, s. 17.

⁸⁹ Cincelli, s. 233; Eichner, s. 17; David M. English, *The American Uniform Trust Code, Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds* (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, s. 313; Barbara Hauser, *United States, Trusts in Prime Jurisdictions* (ed. Alon Kaplan), 4. bası, STEP, 2016, s. 435; Kötz, s. 24. ABD’de federal ve federe hukuk sistemleri ve bunların birbiriyle ilişkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hay, s. 6-9; Von Mehren/Murray, s. 116 vd.

⁹⁰ Cincelli, s. 232-233; Hess/Bogert/Bogert, s. 70-71.

kaybolduğunu ve bir yeknesaklaştırma hareketinin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.

Bu gelişmeleri incelemeye geçmeden önce, ABD genelinde trust hukuku bağlamında uygulanacak kuralların birkaç noktada İngiliz hukukundan ayrıldığına dikkat çekmek yerinde olacaktır.⁹¹ Çalışmanın ilgili kısımlarında bu farklılıklara değinilmeye çalışılacak olsa da şimdiden ABD trust hukukunun kendine özgü niteliklerine ilişkin birkaç örnek verilmesi mümkündür. Trust hukuku bağlamında İngiliz hukukundan ayrılan ilk hususlardan biri, ABD’de 19. yüzyılın başlarından itibaren tüzel kişilerin güvenilen olarak görev yapmasına izin verilmesidir.⁹² Bu sayede zaman ilerledikçe ABD’de özellikle bankaların güvenilen olarak görev yaptığı ve güvenilenliğin profesyonel bir hizmet olarak sunumunun git gide yaygınlaştığını söylemek mümkündür.⁹³ Bunun sonucunda günümüzde ABD’de özellikle bankaların nüfuzunun hissedildiği yerleşik ve güçlü bir trust endüstrisi oluşmuş ve bu endüstri ABD’de trust hukukunun gelişiminde de önemli bir rol üstlenmiştir.⁹⁴ Bunun yanı sıra güvenilenliğin profesyonel olarak icra edilmesinin kural, arkadaşlık veya ailevi nedenlerden dolayı ahlaki bir görev olarak icra edilmesininse istisna olduğu bu sistemde güvenilenlerin görev ve yetkilerine ilişkin kuralların da bu doğrultuda şekillendiğini söylemek mümkündür.⁹⁵

ABD hukukunun öne çıkan bir diğer özelliği ise trustı kuran kişinin iradesine yüklenen önem bakımından kendisini göstermektedir. Amerikan geleneğinde

⁹¹ Cincelli, s. 232; Hauser, s. 431; Kötz, s. 24. Bu konuda bir inceleme için bkz. Barbara Hauser, English Trusts from an American Perspective (bundan böyle ‘American Perspective’), Trust & Trustees, C.9, S.1, 2002, s. 15-22.

⁹² Cincelli, s. 232, dn. 1118; Scott/Fratcher, s. 27-28.

⁹³ Cincelli, s. 232, dn. 1118; Scott/Fratcher, s. 27-28. Buna karşılık İngiltere’de geleneksel olarak bu görevi avukatların yerine getirdiği ifade edilmektedir. Bkz. John H. Langbein, Why Did Trust Law Become Statute Law in the United States? (bundan böyle ‘United States’), Alabama Law Review, C. 58, S. 5, 2007, s. 1079.

⁹⁴ Langbein, United States, s. 1079.

⁹⁵ Bkz. aşağıda s. 255 vd. Bunun yanı sıra İngiliz hukukunda, en azından *Trustees Act 2000*’e kadar, bu görevin ücret karşılığında yapılmasının istisna, bu işin karşılıksız yapılmasının ise kural olduğu belirtilmelidir. Buna karşılık ABD hukuklarında güvenilenin yaptığı iş karşılığında uygun bir ücrete hak kazandığı fikri uzun yıllardan beri kabul edilmektedir. Bkz. Hauser, American Perspective, s. 16; Scott/Fratcher, s. 28.

kişilerin özgür bireyler olarak kendi servetlerini yaratmaları ve servetlerini hayattayken ve hatta öldükten sonra da diledikleri gibi yönetmeleri fikri öne çıkmış ve bu, trustlara uygulanacak kuralların iki sistemde değişiklik göstermesine neden olmuştur.⁹⁶ Örneğin ABD'nin çeşitli eyaletlerinde herhangi bir süre sınırlamasına tâbi olmayan trustların (ki bunlara *dynasty trust* denilmektedir) kurulması mümkünken, İngiliz trust hukukunun temel yapı taşlarından biri olan ebedilik yasağı (*rule against perpetuities*) nedeniyle böyle bir yapının kurulması mümkün değildir.⁹⁷

Bir diğer farklılıkta kurucunun ve lehtarın iradesinin karşı karşıya gelmesi ihtimalinde hangisine öncelik verileceği sorusu bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Daha sonra ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere İngiliz hukukunda kural, lehtarın (veya birden çok lehtar varsa hepsinin) trust fonunun mülkiyetinin devri için kurucunun belirlediği şartın veya vadenin gerçekleşmesini beklemek zorunda olmaksızın trustı sona erdirebilmesidir.⁹⁸ Buna karşılık ABD uygulamasında kurucu tarafından bunun engellenmesi mümkün kılınmış, böylece trust fonu üzerinde bir tür mülkiyet hakkına sahip olan lehtarın iradesi karşısında, aslında trust fonu üzerinde herhangi bir ayni hak sahibi dahi olmayan kurucunun iradesi üstün tutulmuştur.⁹⁹ ABD uygulamasında sıklıkla karşılaşılan bir diğer trust yapısı ise kurucunun aynı zamanda lehtar olduğu, trust kurulması yoluyla mal varlığını kendi alacaklılarına karşı korumaya aldığı *asset protection trust* yapısıdır.¹⁰⁰ İngiliz

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ronald Chester**, *From Here to Eternity? Property and the Dead Hand*, Vandesplas Publishing, 2007, s. 20-21.

⁹⁷ **Hauser**, s. 441 vd. Ebedilik yasağına ilişkin bilgi için bkz. aşağıda s. 208 vd.

⁹⁸ Bu kural *Saunders v Vautier* kuralı olarak anılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 411 vd.

⁹⁹ **Chester**, s. 43; **Cincelli**, s. 237; **Hauser**, s. 435. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 421 vd.

¹⁰⁰ **Hauser**, s. 434. Bu tür trust yapılarıyla özellikle 1980li yıllardan itibaren *offshore* sistemlerinde sıklıkla karşılaşıldığı belirtilmelidir. Trust endüstrisinin, bu şekilde kurulması planlanan trust yapılarının *offshore* sistemlerine kaymasını önlemek amacıyla bu yönde bir uygulama değişikliğini talep ettiğini söylemek mümkündür. Bu doğrultuda öncelikle 1997 yılında Alaska eyaletinde, daha sonra ise Delaware eyaletinde bu yönde yasal değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Cincelli**, s. 260 vd.

hukukunda ise alacaklıları yanıltmak amacıyla kurulduğu düşünölen bu tür trust yapılarına izin verilmediği belirtilmelidir.¹⁰¹

Özetle ABD trust hukukunun İngiliz trust hukukundan birçok açıdan farklılaştığı görölmektedir. Bu farklılıklarının kiminin sebebi tarihsel, kimininkiyse felsefidir. Son yıllarda yaşanan bir diğer gelişme ise tıpkı şirketler hukuku alanında olduğu gibi trust hukukunda da Delaware gibi bazı eyaletlerde bir deregölasyon hareketinin baş göstermesidir. ABD'nin bazı eyaletlerinde yaşanan ve *offshore* sistemleriyle paralellik gösteren bu gelişmelere de yeri geldiğinde değinileceği şimdiden belirtilmelidir. Her ne kadar ABD trust hukuku federal düzeyde değil, her eyaletin kendi yasalarıyla, yani federe düzlemde regüle edilen bir alan olsa da ABD genelinde trustlara uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılmasına ilişkin birtakım gelişmelerin yaşandığı görölmektedir. Aşağıda bu gelişmeler kısaca incelenecektir.

1.1.2.1.2. Trustlara Uygulanacak Kuralların Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Güncel Gelişmeler

ABD hukukunda trustlara uygulanacak hukuka ilişkin yeknesaklaştırma çalışmalarının iki temel yoldan geliştiğini söylemek mümkündür. Bunlardan ilki (ve aynı zamanda daha eski tarihli) Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün (*American Law Institute*) hazırladığı *Restatement of Law*, ikincisi ise Yeknesak Hukuk Komisyonu'nun (*Uniform Law Commission* veya *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) hazırladığı *Uniform Trust Law*'dur.

a. *Restatement of Law*

ABD'de federal düzlemde düzenlenmeyen ve özel hukukun hemen hemen her alanını kapsayan konularda federe devletlerin kendi düzenlemelerini yapması sonucunda bu kurallar bütünleri arasında ortaya çıkan uyumsuzlukların ve dağımlıklığın ABD'de hukuk güvenliğini zayıflattığı düşünöncesiyle, ABD'nin önde gelen yargıçları, avukatları ve akademisyenlerinden oluşun bağımsız bir örgüt olan

¹⁰¹ Cincelli, s. 257-258; Hauser, s. 435.

Amerikan Hukuk Enstitüsü 1923 yılında kurulmuştur. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün misyonu, federe devlet hukuklarındaki tutarsızlıkların ve belirsizliklerin aşılması, hukukun sadeleştirilmesi ve en önemlisi belirli uyuşmazlıklar karşısında uygulanabilecek olan 'iyi kuralların' belirlenmesidir.¹⁰² Bu misyonun yerine getirilebilmesi için federe devletlerde uygulanan kuralların ve mahkeme kararlarının derlendiği ve en iyi uygulamanın belirlenmeye çalışıldığı, haksız fiil, sözleşme, eşya hukuku gibi hukukun temel alanlarını konu alan ve buna göre ciltler hâlinde toplanan, kanuni hükmünde olmayıp hem yargıçlar, hem akademisyenler hem de avukatlar için bir yardımcı kaynak teşkil eden *Restatement*'lar hazırlanmaya başlanmıştır. Birinci *Restatement* 1923-1944 yılları arasında temsil, kanunlar ihtilafı, sözleşme, teminat, haksız fiil ve trust hukuku gibi alanları kapsayacak şekilde hazırlanmış ve 1957 yılında ise uygulamada ve mahkeme kararlarında gerçekleşen değişiklikler doğrultusunda güncellenen İkinci *Restatement* hazırlanmaya başlanmıştır.¹⁰³ Bugün trust hukuku bakımından güncelliğini koruyan ve dört ciltten oluşan Üçüncü *Restatement*'in son cildi ise 2012 yılında tamamlanmıştır.

Restatement'ların ABD trust hukukunun gelişimi bakımından önemi iki boyutludur. Öncelikle federe devletlerdeki trust hukukunun basit bir kodifikasyonundan ziyade bu kuralların karşılaştırılmasını ve bunlardan bir ilkeler bütünü çıkarılmasını amaç edinen bu çalışma, ABD'de trust hukukunun incelenmesini kolaylaştırmanın yanı sıra iyileştirilmesini de hedef almıştır. Bu doğrultuda *Restatement*'lar ABD trust hukukunun yeknesaklaştırılmasına ve geliştirilmesine ilişkin en önemli çalışmalardan biri olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Nitekim *Restatement*'lara birçok mahkeme kararında atıfta bulunulmasının da bu gayretin sonuçsuz olmadığını en büyük göstergelerinden biri olduğunu söylemek

¹⁰² Von Mehren/Murray, s. 20-21. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.ali.org (son erişim tarihi 10.12.2019)

¹⁰³ Trust hukukuna dair Birinci Restatement 1935 tarihinde, İkinci Restatement ise 1959 tarihinde yayınlanmıştır.

¹⁰⁴ Cincelli, s. 233.

mümkündür.¹⁰⁵ Bunun yanı sıra *Restatement*'larda ortaya koyulan ilkelerin, söz gelimi Kaliforniya gibi bazı federe devletlerde trust hukukuna ilişkin yasaların düzenlenmesinde de esas alındığı bilinmektedir.¹⁰⁶ Dolayısıyla bir yardımcı hukuk kaynağı olarak ortaya koyulan bu akademik çalışmanın, en azından bazı federe devletler bakımından bağlayıcı kurallar statüsüne taşındığını da söylemek mümkündür.

b. *Uniform Trust Code*

ABD'de trustlara uygulanacak kuralların yeknesaklaştırılmasına ilişkin bir diğer önemli adım ise 2000 yılında ABD Yeknesak Hukuk Komisyonu tarafından *Uniform Trust Code* ile atılmıştır. ABD Yeknesak Hukuk Komisyonu, federe devletlerde belirli meselelere uygulanan ve birbirinden önemli derecede farklılaşan kuralların yeknesaklaştırılmasını sağlamak, bu doğrultuda model kanunlar hazırlayarak bu sürece katkıda bulunmak amacıyla 1892 yılında kurulmuştur.¹⁰⁷ Federe devletlerin Komisyon'un hazırladığı model kanunları kabul etmek ya da etmemek konusunda tam bir serbestiye sahip olduğu belirtilmelidir.¹⁰⁸ Komisyon'un trust hukuku bakımından kaleme aldığı en kapsamlı çalışma 2000 tarihli *Uniform Trust Code* olmakla birlikte, bunun trust hukuku bağlamında düzenlenen ilk model kanun olmadığı ifade edilmelidir.¹⁰⁹ Zira Komisyon, 20. yüzyılın başından itibaren trust hukukunun çeşitli alanlarında çalışmalar gerçekleştirmiş ve *Uniform Trust Code*'dan önce güvenilenin tâbi olduğu özen

¹⁰⁵ 2001 yılı itibariyle ABD genelinde 150.000'den fazla mahkeme kararında *Restatement*'lara atıf yapıldığı bilinmektedir. Bkz. David S. Clark, *The Sources of Law, Introduction to the Law of the United States* (ed. David S. Clark/Tuğrul Ansay), 2. bası, Kluwer, 2002, s. 49. Ayrıca bkz. Von Mehren/Murray, s. 20 ("*Restatements have only persuasive authority but they importantly influence the administration of justice.*"). Benzer yönde bkz. Hay, s. 14.

¹⁰⁶ Cincelli, s. 233.

¹⁰⁷ Cincelli, s. 233-234; English, s. 313-314; Langbein, *United States*, s. 1079-1080. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.uniformlaws.org (son erişim tarihi 23.05.2019)

¹⁰⁸ Cincelli, s. 234.

¹⁰⁹ English, s. 314; Langbein, *United States*, s. 1069.

standartı veya bir yatırım aracı olarak trust fonları gibi daha spesifik konularda beş farklı model kanun hazırlamıştır.¹¹⁰

Trustların kuruluşu, geçerliliği, işleyişi, sona erişi gibi trustlara ilişkin hemen hemen her hususu düzenleyen, bu nedenle geniş kapsamı nedeniyle daha önceki model kanunlardan farklılaşan *Uniform Trust Code*, ABD’de trust hukukunun ilk ulusal kodifikasyonu olarak kabul edilmektedir.¹¹¹ Bugün itibariyle *Uniform Trust Code*’un ABD’nin toplam 33 eyaletinde yürürlükte olduğu, iki eyaletinde ise yürürlüğünün hâli hazırda tartışıldığı bilinmektedir.¹¹² Sundukları liberal trust hukukuyla öne çıkan (ve bu bağlamda *offshore* sistemlerine rakip olarak düşünülen) Delaware, Alaska ve South Dakota eyaletlerinde ise *Uniform Trust Code*’un benimsenmediğine işaret etmekte fayda vardır.¹¹³ Son olarak *Uniform Trust Code*’un hemen hemen tüm hükümlerinin yedek hükümler olduğu, trustın kurucu belgesine aksine bir hüküm bulunması hâlinde ikincisinin dikkate alınacağına altı çizilmelidir.¹¹⁴

1.1.2.2 Bazı Civil Law Sistemleri

Orta Çağ’dan beri İngiliz hukukunun bir parçası olan ve ilk başta sadece karşılıksız kazandırmalar ve nesiller arası servet aktarımı bağlamında öne çıkan trustın *civil law* ülkelerinin dikkatini çekmesi, bundan ancak birkaç yüzyıl sonra, trustın ticaret hayatındaki rolünün artmasıyla başlamıştır.¹¹⁵ Özellikle trust olarak kurulan

¹¹⁰ Langbein, United States, s. 1070-1071. Bazı eyaletlerde söz konusu model kanunlar hepsi, bazılarında ise bir kısmı kabul edilmiştir. *Uniform Trust Code*’un kabul edildiği sistemlerde, bu yeni model kanunun diğerlerini ilga edeceği açıkla belirtilmiştir. Bkz. Uniform Trust Code, Prefatory Note, s. 1-4.

¹¹¹ Uniform Trust Code, Prefatory Note, s. 1.

¹¹² Bkz. <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=193ff839-7955-4846-8f3c-ce74ac23938d> (son erişim tarihi 10.12.2019)

¹¹³ Cincelli, s. 235, dn. 1135.

¹¹⁴ Uniform Trust Code, Prefatory Note, s. 1 ve Uniform Trust Code Sec. 105. Emredici hükümler Model Kanun’un 105 (b) maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar arasında trustın kuruluşuna ilişkin hükümler, güvenilenin dürüstlük kuralına göre hareket etme yükümlülüğü (*duty to act in good faith*), trustın amacının kanuna ve kamu düzenine aykırı olmaması gibi emredici kurallar yer almaktadır. *Uniform Trust Code*’un hükümlerine ilişkin kuş bakışı bir inceleme için bkz. English, s. 316 vd.

¹¹⁵ Cantin Cumyn, Rapport Général, s. 12.

emeklilik ve yatırım fonlarının dünya ekonomisindeki yerinin belirginleşmesi ve ticaret hayatında finansman olanaklarıyla bağlantılı olarak teminat ihtiyacının artması, 20. yüzyıldan itibaren trustın ticaret hayatında da sıkça başvurulmuş bir hukuki yapı olması sonucunu doğurmuştur.¹¹⁶ Bunun yanı sıra küreselleşme olgusu neticesinde uluslararası sermaye ve kişi dolaşımının git gide sıklaşması, *civil law* sistemlerinde mahkemelerin önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlıkların ve dolayısıyla trustın görünebilirliğinin de artmasını sağlamıştır.¹¹⁷ Bu gelişmeler neticesinde birçok *civil law* ülkesinde trust veya trust benzeri bir kurumun kabul edilmesine ilişkin tartışmalar yapılmış ve aşağıda inceleneceği gibi bazı ülkelerde bu yönde olumlu adımlar atılmıştır.¹¹⁸

Ancak trust kurumunun bir *civil law* sisteminde kabul edilmesinin tamamen yeni bir olgu olduğu düşünülmemelidir. Örneğin parçalanmış mülkiyet yapısının reddi dahil olmak üzere *civil law* sistemlerinin birtakım özelliklerini taşıyan ve bu nedenle *hibrit/karma* sistemlerden¹¹⁹ biri olarak kabul edilen İskoçya'da trust kurumunun neredeyse 17. yüzyılın başından beri var olduğu bilinmektedir.¹²⁰ Bunun dışında Quebec'te de trust kurumu 1879 yılından beri mevcuttur.¹²¹ Bir diğer örnek ise 1979'da trust kurumunu sistemine entegre etmeyi başaran İsrail'dir.¹²² 1926 yılında Avrupa'da trust kurumu ilk kabul eden ve bu anlamda bir öncü olarak tanımlanan ülke ise Lihtenştayn'dır.¹²³ Avrupa'da bunun dışında İsviçre, İtalya ve

¹¹⁶ Benzer yönde bkz. **Andrew Tettenborn**, *The Trust in Business: Property and Obligation in England, La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D'Affaires*, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, s. 44-45.

¹¹⁷ **Luc Thévenoz**, *Trusts: The Rise of a Global Legal Concept* (bundan böyle 'Global Legal Concept'), *European Private Law: A Handbook (C. II)* (ed. Mauro Bussani/Franz Werro), Stämpfli Verlag, 2014, s. 4.

¹¹⁸ **Henry Hansmann/Ugo Mattei**, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, *New York University Law Review*, C. 73, 1998, s. 435-436.

¹¹⁹ Karma sistemlere ve bunların tarihsel sistemlerine ilişkin olarak bkz. **Kenneth G. C. Reid**, *The Idea of Mixed Legal Systems* (bundan böyle 'Mixed'), *Tulane Law Review*, C. 78, 2003, s. 7-18. İskoçya, Quebec, Güney Afrika Cumhuriyeti ve Louisiana karma sistemlerin başlıca örnekleri arasında yer almaktadır.

¹²⁰ **De Waal**, s. 76; **Gretton**, *Without Equity*, s. 601; **Thévenoz**, *Global Legal Concept*, s. 18.

¹²¹ **Thévenoz**, *Global Legal Concept*, s. 19.

¹²² **Luc Thévenoz**, *Trusts en Suisse*, Schulthess, 2001, s. 19.

¹²³ **Rainer Kulms**, *Trusts as Vehicles for Investment*, *European Review of Private Law*, S. 6, 2016, s. 1110-1113; **Thévenoz**, *Global Legal Concept*, s. 21; **De Waal**, s. 68.

Fransa gibi ülkelerde de trust ve trust benzeri kurumların kabulü bağlamında önemli açılımlar söz konusu olmuştur. Bu sistemlerde yaşanan gelişmeler Türk hukuku bakımından arz ettikleri önem itibariyle aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

Asya'ya baktığımızda, Fransız ve Alman Medeni Kanun'larından esinlenmiş ve *civil law* ailesinin bir parçası hâline gelmiş Japonya, Tayvan, Güney Kore ve Çin Halk Cumhuriyeti'nde de trust kurumunun bir yer edindiğini söylemek mümkündür. Asya'da trust kurumunu sisteminde uyarlayan ilk ülke 1922 yılında Japonya olmuş, Japonya'yı 1961 yılında Güney Kore, 1996 yılında Tayvan ve 2001 yılında da Çin Halk Cumhuriyeti takip etmiştir.¹²⁴ Bu gelişmenin arkasında yatan sebepler, tüm dünyada olduğu gibi burada da iki ana başlık altında özetlenebilir. İlk sebep, ekonominin gelişmesiyle birlikte öne çıkan yatırım yapma, yatırımların boyutunu artırma ve yatırımları çeşitlendirme ihtiyacıdır. Trust sayesinde toplu yatırım araçlarına bir yenisi daha eklenmekte ve büyük yatırımlar için aranan finansal araçlar çeşitlenmektedir.¹²⁵ Bir diğer önemli sebep ise yaşanan toplum ile birlikte servet yönetimi ihtiyacının hiç olmadığı kadar önem kazanmasıdır.¹²⁶

Avrupa'ya dönülecek olursa, özellikle son otuz yıl içinde bu alanda önemli gelişmeler olduğunu gözlemek mümkündür. Özellikle *Trustlara Uygulanacak Hukuk ve Trustların Tanınmasına İlişkin Lahey Konvansiyonu*'nun (Lahey Konvansiyonu) 1985 yılında kabul edilmesiyle birlikte Avrupa'da da bu yöndeki hukuki tartışmalar hararet kazanmıştır.¹²⁷ 1990 yılında İtalya ve 1995 yılında Hollanda bu Konvansiyonu onaylamış ve bu durum trust kurumunun sadece bir akademik çalışma konusu olmanın dışına çıkararak, en azından yabancı unsurlu trustlar ve bunlardan kaynaklanan uyumsuzluklar vasıtasıyla uygulamada da bir yer

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Lusina Ho/Rebecca Lee**, Reception of the Trust in Asia: An Historical Perspective, *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions – A Comparative Analysis* (ed. Lusina Ho/Rebecca Lee), CUP, 2013, s. 10-26.

¹²⁵ **Ho/Lee**, s. 16-17.

¹²⁶ **Ho/Lee**, s. 16-17.

¹²⁷ **Michele Graziadei/Ugo Mattei/Lionel Smith**, The Interest and Scope of the Inquiry, *Commercial Trusts in European Private Law* (ed. Michele Graziadei/Ugo Mattei/Lionel Smith), CUP, 2009, s. 14-15.

edinmesini sağlamıştır. Bunun dışında İsviçre ve Fransa'da da trust kurumunun sisteme entegre edilmesi için önemli adımlar atıldığını söylemek mümkündür. Aşağıda öncelikle bu sistemlerde son yıllarda yaşanan gelişmeler ve güncel durum ele alınacak, ardından Lahey Konvansiyonu'na ve önemine kısaca değinilecektir. Burada incelenecek olan sistemler bağlamında atılan (ya da atılmayan) adımların arkasında yatan hukuk politikası tercihleri ve buna ilişkin tartışmalardan bu bölümde kaçınılmaya çalışılacak, bunlar daha sonra Türk hukuku bağlamında trustın gerekliliği, yerindeliği ve olası geleceğine ilişkin öneriler yapılırken analitik bir şekilde ele alınacaktır.¹²⁸

1.1.2.2.1. Fransa

Fransız hukukunda trust benzeri bir hukuki kurumun benimsenmesine ilişkin en somut adım 2007 yılında kabul edilen *Fiducie Yasası* ile atılmıştır.¹²⁹ İlgili yasa teklifinde Fransız hukukunda inançlı işlem kurumunun hâli hazırda bir isimsiz sözleşme olarak yer aldığı, bu nedenle aslında bu kurumun bir hukuki çerçeveye kavuşturulmasının beklenenden daha kolay olabileceği, diğer birçok *civil law* ülkesinde trustın veya trust benzeri kurumların benimsenmesi yönünde adımların atıldığı ve bunların yabancı yatırımcılar açısından bir hukuk sisteminin tercih

¹²⁸ Bkz. aşağıda s. 425 vd.

¹²⁹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Aslında 2007 yılında kabul edilen bu Yasa'nın Fransız hukukunda trust benzeri bir hukuki aracın benimsenmesi için atılan ilk adım olmadığı belirtilmelidir. Bundan önce ilk olarak 1992 yılında *fiducie* kurumunun yasalaşmasına ilişkin bir kanun teklifi yapılmış ancak kabul edilmemiştir. *Fiducie Yasası*'nın arkasındaki tarihsel gelişmeler için bkz. **François Barrière**, *The French Fiducie* (bundan böyle 'French Fiducie'), *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law* (ed. Lionel Smith), CUP, 2012, s. 224-225; **Braun/Swadling**, s. 571-572; **Florence Estienny**, *La Fiducie: Aspects Juridiques et Fiscaux*, *Defrénois*, 2018, s. 9-11; **Christian Fix**, *Die fiducie-surété*, *Mohr Siebek*, 2014, s. 2-3; **Paul Matthews**, *The French Fiducie: And Now For Something Completely Different?* (bundan böyle 'Fiducie'), *Trust Law International*, 2007, s. 17 vd.; **Christopher Wilhelm**, *Die Rechtsgesçäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich*, *Duncker & Humblot*, Berlin, 2017, s. 51 vd. *Fiducie Yasası* öncesinde Fransız hukukundaki duruma ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Philippe Rémy**, *National Report For France, Principles of European Trust Law* (ed. David Hayton), *Kluwer Law International – W.E.J. Tjeenk Willink*, 1999, s. 131 vd.

edilebilirliğini arttırdığı ifade edilmiştir.¹³⁰ Dolayısıyla aşağıda kısaca inceleneceği üzere İngiliz hukukundaki kadar çok yönlü ve esnek olmasa bile, Fransız hukukunda da bir trust benzeri hukuki yapının benimsenmesinin arkasındaki temel gayenin Fransa'nın küresel ekonomik düzendeki rekabet gücünün artırılması olduğunu söylemek mümkündür.¹³¹ Özellikle Dünya Bankası tarafından hazırlanan ve çeşitli hukuk sistemlerinin iş kurulması ve yürütülmesi açısından avantajlarının ve dezavantajlarının tartışıldığı *Doing Business* raporlarında *common law* sistemlerinin Fransa'nın da mensubu olduğu *civil law* sistemlerine kıyasla çok daha yatırımcı dostu olduğunun belirtilmesinin¹³² ve İslam ülkelerinden gelecek yatırımlardan pay alınması konusundaki kaygıların *fiducie* kurumunun düzenlenmesine önemli ölçüde katkıda bulunduğu ifade edilmektedir.¹³³

Bu gerekçelerle 2007 yılından önce de uygulamada sıkça karşılaşılan fakat isimsiz sözleşme niteliğine sahip inançlı işlem bir kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş¹³⁴

¹³⁰ Bkz. Proposition de Loi Istituant la Fiducie, Présentée par M. Philippe Marini, 8 Şubat 2005 ("La France ne peut pas rester insensible à la globalisation de cet instrument juridique. (...) La concurrence accrue, phénomène économique actuel, a eu des incidences sur les rapports juridiques qui se sont, corrélativement, internationalisés. Ceci a entraîné une globalisation des instruments juridiques. (...) L'ouverture des frontières a donné lieu à certaines délocalisations d'opérations économiques vers des pays plus attrayants d'un point de vue fiscal ou juridique. Au cours de ces dernières années, en effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en faisait sentir, n'hésitaient pas à utiliser le mécanisme du trust, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques dans les États connaissant l'institution. Ces délocalisations ne sont pas souhaitables économiquement, car des richesses quittent la France, parfois exclusivement à cause d'une lacune du système juridique. (...)") İlgili tasarinın tam metni için bkz. <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html> (son erişim tarihi 17.04.2019)

¹³¹ Aynı yönde bkz. Cem Akbıyık, Fransız Hukukunda İnançlı İşlemlerin Genel Anlamda Düzenlenmesi, MÜHFHAD, C. 22, S. 3 (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), 2016, s. 120. Ayrıca bkz. Michel Grimaldi/François Barrière, Trust and Fiducie, Towards a European Civil Code (ed. Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Chantal Mak/Edgar du Perron), 4. bası, Wolters Kluwer, 2011, s. 1087-1088.

¹³² İlgili raporlar için bkz. World Bank & Oxford University Press, Doing Business in 2004: Understanding Regulation, <http://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2004> (son erişim tarihi 10.012.2019) ve World Bank & Oxford University Press, Doing Business in 2006: Creating Jobs <http://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2006> (son erişim tarihi 10.12.2019).

¹³³ Barrière, French Fiducie, s. 226; Philippe Dupichot, De la fiducie-surété à la finance islamique: Rapport de synthèse, La Fiducie das tous ses états, Journées National de l'Association Henri Capitant, C. 15, Dalloz, 2011, s. 90-91; Estienny, s. 54 vd.

¹³⁴ Barrière, French Fiducie, s. 223; Estienny, s. 8-9; Wilhelm, s. 51.

ve Fransız Medeni Kanunu'na 21 yeni madde eklenmiştir.¹³⁵ Bu hükümlerden ilki olan 2011. madde *fiducie* kurumunu şu şekilde tanımlamaktadır: “*Fiducie (inançlı işlem) bir ya da birden çok kurucunun, mevcut veya gelecekte söz konusu olacak mallarını, alacaklarını veya teminatlarını, ya da bir mal, alacak ya da teminat topluluğunu bir ya da birden fazla inançlı devralana devrettiği, devralan kişinin de bu malları, alacakları veya teminatları şahsi malvarlığından ayrı bir şekilde ve bir ya da birden fazla lehtar için belirlenmiş amacın yerine getirilmesi için elinde tuttuğu bir yapıdır.*”¹³⁶

Fiducie ilişkisinin, bu tezin odak noktasını oluşturan İngiliz hukukundaki trust kurumuyla hem yapısal hem de işlevsel birçok ortak yönünün bulunduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte *fiducie*'nin bazı açılardan trust yapısından ayrıldığı ve sonuç olarak trusta kıyasla çok daha dar bir uygulama alanının bulunduğu da ifade edilmelidir.¹³⁷ *Fiducie* ve trustın en önemli ortak noktası, her iki yapıda da söz konusu ilişkinin konusunu oluşturan mal varlığının, devralanın ya da güvenilenin şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı olarak kabul edilmesidir.¹³⁸ Nitekim diğer *civil law* sistemlerinde olduğu gibi mal varlığının tekliği ilkesinin temel teşkil ettiği Fransız hukuku sistemi bakımından *fiducie* kurumunun beraberinde getirdiği en büyük yeniliğin de bu olduğu ifade edilmektedir.¹³⁹

¹³⁵ Bkz. Fransız Medeni Kanunu (Code Civil Français) m. 2011 ila 2031.

¹³⁶ Art. 2011: “*La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.*” Bkz. **Oliver Reichard**, Die neue fiducie des französischen Code civil im Vergleich mit der deutschen Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, Nomos, 2011, s. 101.

¹³⁷ **Jean Paul Béraudo**, La Loi du 19 Février 2007 Créant Une Fiducie Française, Trust & Fiducie: Concurrents ou Compléments?, Actes du Colloque Tenu A Paris Les 13 et 14 Juin 2007, STEP France, 2007, s. 130.

¹³⁸ **Braun/Swadling**, s. 574.

¹³⁹ **Akbiyik**, s. 113. Ayrıca bkz. **Barrière**, French Fiducie, s. 238-239; **Fix**, s. 72-73; **Matthews**, Fiducie, s. 25; **Reichard**, s. 112 vd. Mal varlığının tekliği ilkesine ilişkin olarak ayrıca bkz. aşağıda s. 595 vd.

Buna karşılık *fiducie* ilişkisinin hem tarafları hem de ilişkinin geçerlilik şartları bakımından *trusta* göre daha sıkı kurallara tâbi olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin *fiducie*'nin *trust*'in aksine bir ölüme bağlı tasarrufla kurulması mümkün olmadığı gibi,¹⁴⁰ *fiducie* vasıtasıyla karşılıksız bir kazandırma yapılması da kabul edilmemiştir.¹⁴¹ Bunun yanı sıra inançlı devralan kişinin kim olabileceği konusunda da önemli sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre sadece belirli kredi kuruluşları, sigorta şirketleri ve avukatların inanılan sıfatını haiz olabilecekleri hükme bağlanmıştır.¹⁴² Dolayısıyla Fransız hukukunda *fiducie* kurumunun sadece ticari ilişkilerle sınırlı bir uygulama alanının bulunduğunu söylemek mümkündür.¹⁴³ Buna karşılık *trust*'in önemli uygulama alanlarından biri olan miras yönetiminin Fransız *fiducie*'si ile sağlanması bugün mümkün gözükmemektedir.¹⁴⁴ Bu nedenle Fransız *fiducie*'sinin uygulamada en çok finansman ihtiyacı için teminat gösterilmesi amacıyla kullanılacağı öngörüldüğü belirtilmelidir.¹⁴⁵ Son olarak her ne kadar bazı yönlerden İngiliz hukuku *trust*'undan ayrılrsa da, Fransız

¹⁴⁰ Akbıyık, s. 113; Thévenoz, Global Legal Concept, s. 23; Wilhelm, s. 128. Bkz. Art. 2012: "*La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.*"

¹⁴¹ Akbıyık, s. 114; Barrière, French Fiducie, s. 242; Braun/Swadling, s. 574; Dupichot, s. 97; Reichard, s. 70. Bkz. Art. 2013: "*Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.*" Karşılıksız kazandırmaların *fiducie*'nin kapsamı dışında bırakılmasının sebebinin Fransız miras hukuku kurallarının dolanılmasının önlenmesi olduğu yönünde bkz. Béraudo, s. 134; Fix, s. 10. Bunun yanı sıra vergi kaçırma riskinin de bu kararın gerekçelerinden birini oluşturmuş olabileceği düşünülmektedir. Bkz. Braun/Swadling, s. 574. Karşılıksız kazandırmaların *fiducie* sisteminin dışında bırakılmasına ilişkin bir eleştiri için bkz. Magali Bouteille, La Fiducie: Un Potentiel Inexploité?, Revue juridique de l'Ouest, 2011, ss. 189-197.

¹⁴² Akbıyık, s. 114; Dupichot, s. 95-96; Fix, s. 11-12; Reichard, s. 89-91. Bkz. Art. 2015: "*Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.*" İlgili Yasa'da 2008 yılında yapılan değişiklikten önce *fiducie* ilişkisinin kurucusunun, yani devreden kim olabileceği konusunda da önemli sınırlamaların öngörüldüğü, bu doğrultuda Yasa'nın ilk hâlinde ancak belirli tüzel kişilerin kurucu olabileceğinin düzenlendiği belirtilmelidir. Bununla birlikte Yasa'da 2008 yılında yapılan değişiklikte bu sınırlama kaldırılmış ve gerçek kişilerin de kurucu olabileceği hükme bağlanmıştır. Bkz. Barrière, French Fiducie, s. 241 vd.; Braun/Swadling, s. 576-577; Reichard, s. 82-84.

¹⁴³ Akbıyık, s. 114.

¹⁴⁴ Matthews, Fiducie, s. 27.

¹⁴⁵ Matthews, Fiducie, s. 28-29. Benzer yönde Dupichot, s. 100.

fiducie'sinin de Lahey Konvansiyonu bağlamında bir trusttan bahsedilebilmesi için öngörülen şartları sağladığı ifade edilmelidir.¹⁴⁶

1.1.2.2.2. İtalya

İtalya'da da trust kurumu en başta milletlerarası özel hukuk alanında dikkat çekmeye başlamış ve ilk yasal düzenlemeler de bu alanda gerçekleşmiştir. İtalya'nın 1989 yılında Lahey Konvansiyonu'nu onaylamasını takiben trust kurumuna ilişkin gelişmelerin ciddi bir ivme kazandığını söylemek mümkündür.¹⁴⁷ Özellikle bu tarihten sonra trust, İtalya'da akademik çalışmaların önemli bir konusu hâline gelmiştir.¹⁴⁸ Bunun yanı sıra uygulamada da trusta olan ilgi git gide artmıştır.¹⁴⁹ Örneğin 1999 yılında trust kurumunun tanıtılması ve uygulamadaki yerinin sağlamlaştırılması için akademik toplantılar yürütülmesi, yasa koyucu ile bu konuda irtibatın sağlanması gibi amaçlarla kurulan '*Il Trust in Italia*' isimli dernek günümüzde hâlâ faaliyet göstermektedir.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Barrière, French Fiducie, s. 227; Béraudo, s. 128-130; Laurent Chambaz, Is France Adopting Trusts Wholesale? The Answer Is No, But..., Trust&Trustees, C. 13, S. 7, 2007, s. 257 vd.

¹⁴⁷ İtalya, Lahey Konvansiyonu'nu onaylayan Kara Avrupası hukuk geleneğine mensup ilk hukuk sistemidir. Konvansiyon İtalya'da onaylandıktan 3 yıl sonra, 1992 yılında yürürlüğe girmiştir. Bkz. Rainer Becker, Die Fiducie von Québec und der Trust, Mohr Siebeck, 2007, s. 97; Alexandra Braun, Italy: The Trust Interno (bundan böyle 'Trust Interno'), The International Trust (ed. David Hayton), Jordan Publishing, 2012, s. 788; Michele Graziadei, Trusts in Italian Law (bundan böyle 'Italian Law'), La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D'Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, s. 266; Leonie Pascale Neu, Der Trust im Italienischen Recht, Mohr Siebeck, 2018, s. 95; David Hayton/Paul Matthews/Charles Mitchell, Underhill and Hayton Law Relating to Trust and Trustees (bundan böyle 'Underhill/Hayton'), 9. bası, Lexisnexis, 2016, s. 1446.

¹⁴⁸ Örneğin 1999 yılından beri sadece trust kurumu ve ilgili hukuki meseleleri esas alan eserlerin yayımlandığı 'Trusts e attività fiduciarie' isimli bir dergi çıkarılmaya başlanmıştır. Ayrıca 1999-2004 yılları arasında İtalya'da trustı ele alan en azından 250 makalenin yayımlandığı ifade edilmektedir. Bkz. Braun, Trust Interno, s. 787; Maurizio Lupoi, A Civil Perspective on Trusts and the Italian Case (bundan böyle 'Italian Case'), Trust & Trustees, C. 11, S. 2, 2005, s. 12.

¹⁴⁹ Braun, Trust Interno, s. 787; Underhill/Hayton, s. 1446. Yine 1999-2004 yılları arasında İtalyan mahkemelerinde trustı konu alan en az otuz uyuşmazlığın karara bağlandığı ifade edilmektedir. Bkz. Lupoi, Italian Case, s. 12. Bu sayının 2012 yılı itibarıyla yüzü aştığı düşünülmektedir. Bkz. Braun, Trust Interno, s. 797.

¹⁵⁰ Braun, Trust Interno, s. 788; James Koessler, Is There Room For The Trust in Civil Law Systems? The French and Italian Perspectives (<https://ssrn.com/abstract=2132074>) (son erişim tarihi 10.12.2019), s. 15; Lupoi, Italian Case, s. 12-13. *Il Trust in Italia*'nın faaliyetlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.il-trust-in-italia.it/index.php> (son erişim tarihi 10.12.2019)

İtalya trustın bir iç hukuk kurumu olarak benimsenmesine ilişkin bir yasal düzenlemeye sahip değildir.¹⁵¹ Başka bir deyişle Fransa'da *fiducie* kurumu bağlamında gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketinin bir benzerine İtalya'da rastlanmamaktadır. Bununla birlikte Lahey Konvansiyonu'nun yürürlüğe girmesinden sonra hem öğretide hem de uygulamada, uygulanacak hukuk hariç tüm unsurları İtalya'yla bağlantılı trust yapılarının ilgi odağı ve tartışma konusu hâline geldiğini söylemek mümkündür. Kurucusunun ve güvenileninin İtalya'da yerleşik olduğu, İtalya'da kurulan, trust fonunun İtalya'da bulunan mal varlığı unsurlarından oluştuğu ve genellikle İtalyanca dilinde kaleme alınmış kurucu belgede uygulanacak hukukun İtalya hukuku dışında yabancı bir hukuk olarak (genellikle İngiliz ya da Jersey hukuku) seçildiği bu yapılar 'trust interno' (*iç trust*) olarak adlandırılmaktadır.¹⁵² Bu şekilde kurulan trust yapılarının geçerli olması gerektiği fikri ilk defa Profesör *Lupoi* tarafından 1992 yılında ileri sürülmüş¹⁵³ ve ilk başta birçok yazar tarafından eleştiriye maruz kalmıştır.¹⁵⁴ Ancak daha sonra hem öğretide¹⁵⁵ hem de mahkeme kararlarında¹⁵⁶ *trust interno*'nun geçerli olduğuna ilişkin görüş hâkim olmuştur.

Her ne kadar 1998 yılından beri İtalya'da bir trust yasasının kabul edilmesine ilişkin çeşitli tasarılar gündeme gelmişse de,¹⁵⁷ günümüzde bir İtalyan trust hukukundan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte bu süreçte İtalya'da trust kurumunun görünebilirliğinin ve uygulamadaki yerinin azımsanamayacak derecede arttığını söylemek mümkündür. Bugün yukarıda özelliklerinden kısaca bahsedilen *trust interno* yapısının uygulamada varlık ve miras yönetimi alanlarında, özellikle

¹⁵¹ Koessler, s. 13; Neu, s. 95.

¹⁵² Becker, s. 97; Braun, Trust Interno, s. 795-796; Koessler, s. 13; Lupoi, Civil, s. 983; Neu, s. 187-188; Underhill/Hayton, s. 1446. İtalyan mahkemelerinin önüne gelen trustla ilişkili uyuşmazlıkların çok büyük bir kısmının bu şekilde kurulan yapıları ilgilendirdiği ifade edilmektedir. Bkz. Braun, Trust Interno, s. 797; Lupoi, Italian Case, s. 13.

¹⁵³ Maurizio Lupoi, Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, Vita Notarile, 1992, s. 966 vd.

¹⁵⁴ Bu eleştirilere ilişkin ayrıntılı bir derleme ve değerlendirme için bkz. Neu, s. 189-198.

¹⁵⁵ Braun, Trust Interno, s. 788 vd.; Neu, s. 96.

¹⁵⁶ Braun, Trust Interno, s. 793 vd.; Koessler, s. 15; Lupoi, Italian Case, s. 13.

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, s. 98; Braun, Trust Interno, s. 813 vd.

İtalyan hukukunun hâli hazırda mevcut kurumlarının¹⁵⁸ yetersiz kaldığı hâllerde sıkça kullanıldığı bilinmektedir.¹⁵⁹ İtalyan mahkemelerinin de önlerine gelen çok sayıda davada bu tür yapıların geçerli olduğuna karar vermesi, İtalyan uygulamasında trusta duyulan ihtiyacın ve trustın işlevsel öneminin anlaşılması olarak yorumlanmaktadır.¹⁶⁰ Mahkemelerin söz gelimi alacaklıların zarara uğratılması ya da saklı paylı mirasçılık hükümlerinin dolanılması amacıyla bir *trust interno* kurulduğunu tespit etmeleri hâlinde dahi bu trustın geçersizliğine hükmetmedikleri, bunun yerine tasarrufun iptali ve tenkis davaları gibi hâli hazırda mevcut mekanizmaların hayata geçirilmesinin yeterli korumayı sağlayacağına karar verdikleri ifade edilmelidir.¹⁶¹

Kanımca İtalya'da trust hukuku bağlamında yaşanan gelişmeler, Türk öğretisi ve uygulaması bakımından da yol gösterici olabilir. Zira her ikisi de Roma hukuku temelli bu sistemlerde yer alan ve genellikle trust yapısıyla uyumlu olamayacağı düşünülen mal varlığının tekliği, *numerus clausus*, saklı paylı mirasçılık gibi ilkelerin her iki sistemde de ortak olduğu görülmektedir. İtalyan uygulamasında sıkça kullanılan *trust interno* yapısı ve bu yapı karşısında mahkemelerin sergiledikleri olumlu tutum aslında bu ilkelerin trustın kabul edilmesi veya en azından tanınması karşısında gerçek anlamda bir engel teşkil etmediğinin bir kanıtı olarak değerlendirilmelidir.¹⁶² Bu doğrultuda yasal düzenleme eksikliği nedeniyle Türk hukukunun uygulanacağı bir trust yapısının kurulması mümkün değilse de, tıpkı *trust interno*'da olduğu gibi uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olarak seçildiği bir trust yapısının kurulmasının önünde teknik olarak bir engelin bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak Türkiye Lahey Konvansiyonu'na taraf olmadığı ve yabancı unsurlu trustlara uygulanacak hukuk konusunda da herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığı için milletlerarası özel hukuku bağlamında

¹⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Graziadei, Italian Law, s. 265 vd.; Neu, s. 117 vd.

¹⁵⁹ Braun, Trust Interno, s. 793.

¹⁶⁰ Braun, Trust Interno, s. 809.

¹⁶¹ Alexandra Braun, The Risk of 'Misusing' Trusts: Some Lessons From the Italian Experience (bundan böyle 'Misusing Trusts'), European Review of Private Law, S. 6, 2016, s. 1128, 1134.

¹⁶² Benzer yönde bkz. Neu, s. 219.

ortaya çıkması muhtemel birçok sorundan söz etmek mümkündür. Zira benzer sorunlar Türk Medeni Kanunu'nun ('TMK') ve Borçlar Kanunu'nun ('TBK') mehzaz kanunu olarak kabul edilen düzenlemelerin sahibi İsviçre'de de milletlerarası özel hukuk alanında yapılan düzenlemelerden önce öğretiye ve uygulamayı sıkça meşgul etmiştir. Aşğıda İsviçre hukukunda bu yönde yaşanan gelişmeler kısaca ele alınacaktır.

1.1.2.2.3. İsviçre

İsviçre hukukunda son yıllarda yaşanan gelişmeleri incelemeye geçmeden önce hâli hazırda bir İsviçre trust hukukunun bulunmadığını ancak bu yönde akademik tartişmaların uzun yıllardan beri yapıldığı ve hatta trustın benimsenmesine ilişkin bir yasa tasarısının da gündemde olduğu belirtilmelidir.¹⁶³ Tıpkı İtalya'da olduğu gibi İsviçre'de de trust yapısına ilişkin uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıklara ilişkin zm arayışları ilk başta yabancı bir hukuk sisteminde kurulmuş trustlar bağlamında ortaya çıkmıştır. İsviçre mahkemelerinin git gide daha sık bir şekilde trustlara ilişkin uyuşmazlıklarla karşı karşıya gelmesi, i hukukunda trust yapısını barındırmayan İsviçre'nin en azından yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından bir hukuki ereve belirlemesini gerektirmiştir.¹⁶⁴

İsviçre'de yabancı unsurlu trust uyuşmazlıklarıyla git gide daha sık bir şekilde karşılaşılmasının birkaç sebebi olduğu düşünülebilir. Öncelikle İsviçre'de yaşayan ancak rneğin İngiltere ya da ABD gibi *common law* lkelerinin vatandaşı olan varlıklı kişilerin servetlerinin yönetimi için trust kurma yolunu tercih edebildikleri görülmektedir.¹⁶⁵ Bu kişiler, varlıklarının bulunduğu İsviçre bankalarını güvenilen

¹⁶³ Cincelli, s. 435 vd.

¹⁶⁴ Thvenoz, s. 11-12.

¹⁶⁵ Thvenoz, s. 11. Örneğin dünya basınında büyük yankı uyandıran *Rybllovlev* davasına konu olan olayda İsviçre'de yaşayan Rus iş insanı Dmitry Rybllovlev'in Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nde trust kurarak servetinin önemli bir kısmını buraya aktardığı görülmektedir. Bu uyuşmazlık, eşinin açtığı boşanma davası çerçevesinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne kadar gelmiştir (5A_259/2010). Söz konusu Federal Mahkeme kararı aşğıda daha ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bkz. aşğıda s. 242 vd.

olarak atamakta¹⁶⁶ ve gerek sağlar arası sözleşmelerle, gerekse ölüme bağlı tasarruflarıyla trust kurma iradesini ortaya koymaktadır. Ancak tabiri caizse bu tür ‘şahsi’ kullanımların hem sayı hem de hacim bakımından önüne geçen ‘kurumsal’ trustların da İsviçre uygulamasında önemli bir yere sahip olduğu görölmektedir. Örneğin İsviçre bankalarının küresel bankacılık sistemindeki önemine paralel olarak, yabancı güvenilenlerin ellerinde tuttıkları trust fonlarını İsviçre bankalarında değerlendirdiğine sıkça rastlanmaktadır.¹⁶⁷ Bunun dışında İsviçre sermaye piyasasında aktif birçok emeklilik veya yatırım fonunun da trust şeklinde organize edildiği bilinmektedir.¹⁶⁸

Trust kurumunun uygulamadaki yerinin belirginleşmesi beraberinde trustların ilişkili olduğu uyuşmazlıkların sayısının çoğalmasına neden olmuş, bu da İsviçre mahkemelerinin bu tür yapılara uygulanacak hukuku belirlemesi için gereken ana esaslara veya kurallara olan ihtiyacını daha da arttırmıştır. Zira trustın İsviçre milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca bir bağlama konusu olarak mevcut olmaması, bu tür uyuşmazlıklarla karşılaşan mahkemelerin trust yapısını başka hukuki kurumlarla (özellikle sözleşme veya ortaklık) benzeştirmeye çalışmasına yol açmıştır.¹⁶⁹ Bu durumun ise hem trustın karakteristik özellikleriyle örtüşmeyen

¹⁶⁶ İsviçre bankalarını *trustee* olarak hizmet vermesi hiç de nadir karşılaşılan bir uygulama değildir. Örneğin *Credit Suisse* bankasının internet sitesinde diğer birçok hizmetin yanında “trust hizmeti” de verdiği belirtilmektedir. Bkz. <https://www.credit-suisse.com/ch/en/family-offices-und-hochvermoegende/vermoegensberatung.html> (erişim tarihi 10.12.2018). İsviçre bankalarının bu hizmeti genellikle yurt dışında kurulmuş yavru şirketleri aracılığıyla verdikleri yönünde bkz. **Florence Guillaume**, *Imcompatibilité du Trust Avec le Droit Suisse: Un Mythe S’Effrite*, RSDIE, S. 1, 2000, s. 23, dn. 66; **Luc Thévenoz**, *La Fiducie, Cendrillon du Droit Suisse: Propositions Pour Un Réforme* (bundan böyle ‘Réforme’), ZSR, C. 114, 1995, s. 261-262; **Rolf Watter**, *Die Treuhand in Schweizer Recht*, ZSR, C. 114, 1995, s. 185.

¹⁶⁷ **Thévenoz**, s. 11; **Luc Thévenoz/Jean Philippe Dunand**, *The Swiss Fiducie: A Subtle Conceptual Blend of Contract and Property*, *La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D’Affaires*, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, s. 315.

¹⁶⁸ **Thévenoz**, s. 11. Trust’ların İsviçre finans sektöründeki önemine ilişkin olarak bkz. **Eichner**, s. 37-38.

¹⁶⁹ **Eichner**, s. 137; **Guillaume**, s. 25; **Thomas M. Mayer**, *Neue IPRG-Bestimmungen zum Trust*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, s. 2; **Saatcıoğlu**, s. 158; **Thévenoz**, s. 12. Özellikle bkz. *Harrison v. Credit Suisse* kararı (BGE 96 II 79). Karara ilişkin olarak bkz. aşağıda dn. 268. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Julien Perrin**, *Le Trust à L’Epreuve du Droit Successoral*, Librairie Droz Genève, 2006, s. 85 vd.

kararların verilmesine neden olduğu hem de hukuki belirsizlik ve öngörülemezlik yarattığı dile getirilmiştir.¹⁷⁰

Lahey Konvansiyonu'nun hazırlık sürecinde İsviçre'nin önde gelen hukukçularından Profesör *von Overbeck*'in önemli katkıları olmasına rağmen,¹⁷¹ Konvansiyon İsviçre'de bundan ancak 22 yıl sonra, 2007 yılında imzalanmış ve yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon'un getirdiği yabancı unsurlu trustları tanıma yükümlülüğüne paralel olarak,¹⁷² yine 2007 yılında Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda¹⁷³ ve İcra İflas Kanunu'nda¹⁷⁴ birtakım değişiklikler gerçekleştirilmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 9. ve 10. kısımları arasına yeni bir kısım (9a) eklenerek Lahey Konvansiyonu ile benimsenen ilkeler iç hukuk sistemine beş madde ile aktarılmıştır. Bu maddelerin ilki olan "tanım" başlıklı 149a maddesi, Konvansiyon'un ilgili ikinci maddesine yollama yapmaktadır ancak kapsamı Konvansiyon'dan daha geniştir. Zira Konvansiyon'un 3. maddesinde uygulama alanının sadece yazılı bir şekilde kurulmuş iradi trustlarla sınırlı olduğu düzenlenmişse de,¹⁷⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 149a uyarınca yazılı şekilde kurulmamış trustlar da, diğer şartları sağlamaları durumunda, tanıma uygun kabul edilmektedir.¹⁷⁶ Kanun'un 149b maddesi İsviçre mahkemelerinin yetkisine ve hukuk seçimine ilişkin olup Konvansiyon'un 149c maddesi uygulanacak hukuka ilişkin olarak Konvansiyon'a yollama yapmaktadır.

¹⁷⁰ *Eichner*, s. 38; *Guillaume*, s. 30-31; *Saatcioğlu*, s. 158; *Thévenoz*, s. 12.

¹⁷¹ *Cincelli*, s. 384; *Thévenoz*, s. 15.

¹⁷² Yabancı bir hukuk sisteminde kurulmuş bir trustın tanınmasından kasıt, trustın bağımsız ve kendine özgü bir yapı ya da bir ilişkiler bütünü olarak tanınması ve ilgili hukuk sistemindeki kuralların bu çerçevede uygulanmasıdır. Diğer bir ifadeyle, bir yabancı trustın söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda mahkemelerin bu yapıyı ve buna uygulanacak kuralları ("*uygulanacak hukukun somut trust ilişkisine bahsettiği tüm erkler*") hâli hazırda İsviçre iç hukukunda mevcut bir başka yapıyla (örneğin inançlı işlem veya vakıfla) benzeştirmeksizin kabul etmesi ve uygulamasıdır. Lahey Konvansiyonu bağlamında tanıma kavramına ilişkin olarak bkz. *Saatcioğlu*, s. 228 vd.

¹⁷³ *Loi fédérale sur le droit international privé du 18.12.1987 ('LDIP')*

¹⁷⁴ *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11.4.1889 ('LP')*

¹⁷⁵ Lahey Konvansiyonu m. 3: "*The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.*"

¹⁷⁶ *Cincelli*, s. 419. LDIP m. 149a: "*On entend par trusts les trusts constitués par acte juridique au sens de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance¹, indépendamment du fait que la preuve de ces trusts est apportée ou non par écrit au sens de l'art. 3 de ladite convention.*"

Bu bölümde yer alan diğer iki madde ise Konvansiyon'dan alınmamıştır.¹⁷⁷ Bu hükümlerden ilki olan 149d maddesi trustların çeşitli sicillerde aleniyetine ilişkin ilkeler ortaya koymakta ve 149e maddesi trustlara ilişkin yabancı ülke kararlarının tanınmasını düzenlemektedir.¹⁷⁸ Bunun dışında ilgili Kanun'un şirketlerin idare merkezlerinin belirlenmesine ilişkin 21. maddesi de trustları kapsayacak şekilde genişletilmiştir.¹⁷⁹

Benzer yönde İsviçre İcra İflas Kanunu'nda da Lahey Konvansiyonu ile benimsenen çerçeveye paralel değişiklikler yapılmış ve ilgili Kanun'a iki yeni madde eklenmiştir. Bu maddelerden ilki (m. 284a) trust fonuna ilişkin borçlar bakımından güvenilene karşı icra takibi yapılması gerektiğini, alacakların elde edilmemesi durumunda iflas yoluyla takibin mümkün olduğunu ancak bu durumda sorumluluğun trust fonuyla sınırlı olduğunu düzenlemektedir.¹⁸⁰ İlgili Kanun'un trustlara ilişkin diğer maddesi (m. 284b) ise trustlar bakımından mal varlığının tekliği ilkesine bir istisna getirmiş ve güvenilenin iflası durumunda trust fonunun güvenilenin mal varlığından kendiliğinden (*ipso iure*) ayrılacağını ve böylece iflas masasına girmeyeceğini açıkça düzenlemiştir.¹⁸¹

¹⁷⁷ Cincelli, s. 420.

¹⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aude Peyrot, Les Défis Du Droit Suisse de L'Insolvabilité Face Au Trust: Séparation des Patrimoines, Publicité et Poursuite Pour Dettes (bundan böyle 'Insolvabilité'), McGill Law Journal, C. 58, S. 4, 2013, s. 948 vd.

¹⁷⁹ İlgili hüküm trustın idare yerinin belirlenmesine ilişkin iki kademeli bir kural getirmektedir. Buna göre trustın kurucu belgesinde belirtilen yer trustın idare yeri olacak, böyle açık bir seçim olmaması durumunda ise trust fonunun fiilen yönetildiği yer idare yeri kabul edilecektir. LDIP m. 21: "... (3) Le siège d'un trust est réputé se trouver au lieu de son administration désigné dans les termes du trust par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. A défaut de désignation, le siège se trouve au lieu où le trust est administré en fait.

¹⁸⁰ LP m. 284a: "Lorsque le patrimoine d'un trust au sens du chap. 9a LDIP répond d'une dette, la poursuite doit être dirigée contre un trustee en qualité de représentant du trust. / Le for de la poursuite est le siège du trust selon l'art. 21, al. 3, LDIP. Lorsque le lieu de l'administration désigné n'est pas en Suisse, le trust est poursuivi dans le lieu où il est administré en fait. / La poursuite se continue par voie de faillite. La faillite est limitée au patrimoine du trust."

¹⁸¹ Bu ayrışma kendiliğinden gerçekleştiğinden ilgili yetkililer tarafından da resen dikkate alınır. Kuşkusuz bunun için trust fonunda yer alan mal varlığı unsurlarının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde trust fonunun güvenilenin mal varlığından kendiliğinden ayrılması mümkün olmaz ve bunun talebin bir dava yoluyla ileri sürülmesi gerekir. Bkz. Aude Peyrot, How to Square the Circle?: The Challenge Met By Swiss Insolvency Law in Dealing With Common Law Trusts (bundan böyle 'Circle'), The Worlds of the Trust (ed. Lionel Smith), CUP, 2013, s. 49.

Bu çalışmanın kapsamı ve amacı doğrultusunda bahsi geçen bu düzenlemeler daha ayrıntılı bir şekilde incelenmeyecektir. Ancak şu belirtilmelidir ki İsviçre’de 2007’de yapılan bu düzenlemelerle trustın hukuki nitelendirilmesine ilişkin tartışmalar büyük ölçüde sona erdiğini söylemek mümkündür. Başka bir deyişle İsviçre, yabancı hukuk sistemleri uyarınca kurulan trustları tanıma yolunda gerekli düzenlemeleri yapmış ancak İsviçre hukuku esaslarına göre bir trust kurulmasını henüz mümkün hâle getirmemiştir.¹⁸² Bununla birlikte özellikle son yıllarda uygulamada bu yönde bir talep olduğu ve bu talebin son zamanlarda yasama organının da dikkatini çektiği belirtilmelidir.

2016 yılının Aralık ayında parlamenter *Regazzi Fabio*, trust kurumunun İsviçre Borçlar Kanunu’nda ya da İsviçre Medeni Kanunu’nda düzenlenerek İsviçre hukuk sisteminde benimsenmesi yönünde bir yasa teklifi yapmış¹⁸³ ve bu teklifin değerlendirilmesi Ulusal Konsey tarafından 2019 yılının Mart ayında kabul edilmiştir.¹⁸⁴ İlgili tasarıda trustın yapısı ve işlevleri kısaca anlatılmış ve trustın neden İsviçre maddi hukukunun bir parçası olması gerektiğine ilişkin çeşitli argümanlar sıralanmıştır. Söz konusu yasa tasarısında, İsviçre hukukundaki yasa boşluğunun sadece özel hukuk alanında olduğu, bunun dışındaki vergi hukuku gibi alanlarda trustlara uygulanacak kuralların belirli olduğu ifade edilmiştir. Mal varlığını ya da mirasını yönetmek için trust kurma yolunu seçen bir İsviçre vatandaşının, bunu yapmak için trustı mecburen farklı bir hukuk sistemi nezdinde kurmasının yarattığı zorluklara değinilmiş ve trustın maddi hukukun bir parçası hâline gelmesiyle İsviçre finans sektörü için yeni kapılar açılacağı ileri sürülmüştür.¹⁸⁵ Mayıs 2018’de Federal Konsey (*Conseil Fédéral*), sırasıyla Ekim

¹⁸² *Peyrot, Insolvabilité*, s. 939.

¹⁸³ Initiative parlementaire No: 16.488, Codifier le trust dans la législation suisse, Tarih: 13.12.2016. Bkz. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20160488> (erişim tarihi 2.10.2018) Daha önceki tekliflere ilişkin olarak bkz. *Natalie Peter*, Introduction of a Trust Law in Switzerland, *Trust & Trustees*, C. 25, S. 6, 2019, s. 578 vd.

¹⁸⁴ *Peter*, s. 579.

¹⁸⁵ “(...) *Les modifications pertinentes du CO et du CC permettraient en effet: 1. de mettre à disposition des citoyens un instrument conforme à notre ordre juridique, plus accessible et*

2017 ve Nisan 2018’de Ulusal Konsey Hukuk Komisyonu (*Commission des Affaires Juridiques du Conseil National*) ve Danıştay Hukuk Komisyonu (*Commission des Affaires Juridiques du Conseil des Etat*) tarafından onay gören bu teklifin reddedilmesi gerektiği yönündeki görüşünü sunmuştur. Son olarak Haziran 2018’de Danıştay Hukuk Komisyonu’nda bu husus tekrar görüşülmüş ve Federal Konsey’in trustların İsviçre hukukunda benimsenmesine ilişkin bir yasa tasarısı hazırlaması konusundaki önerge oy çokluğu ile kabul edilmiştir.¹⁸⁶ Henüz hazırlanmamış bu tasarının Parlamento’da kabul edilip edilmeyeceği, başka bir ifadeyle potansiyel bir “İsviçre trustıyla” karşı karşıya olup olmadığımız belirli olmamakla birlikte bu somut adımın önemi açıktır: Her ne kadar trustın İsviçre hukuk sistemiyle uyumluluğuna ilişkin ilk akademik çalışmalardaki hâkim görüş trustın İsviçre hukuk sisteminin yapısıyla ve bu sistemin temel ilkeleriyle çatıştığı, bu nedenle benimsenmesinin mümkün olmadığı yönünde olsa da,¹⁸⁷ günümüzde bu ön yargının yıkıldığını söylemek mümkündür.¹⁸⁸ Kanımca İsviçre hukukunda yaşanan bu gelişmeler Türk öğretisi açısından da yol gösterici olmalı ve Türk hukukunda da hâkim olduğu görülen trustın Türk hukuk sistemiyle uyumsuz

compréhensible; 2. de déterminer les types de trusts autorisés dans notre pays, au bénéfice de la transparence et de la sécurité du droit; 3. d'ouvrir de nouvelles perspectives de travail aux professionnels suisses, qui pourraient conseiller les constituants, créer les trusts et gérer leur patrimoine. (...)” Benzer yönde bkz. **Guillaume**, s. 36. Bu argümanlara ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Peter**, s. 582 vd.

¹⁸⁶ Bu tartışmalara ilişkin olarak bkz. Conseil des Etats, 2018 Yaz Toplantıları, Onuncu Oturum, 12.6.2018. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=43568#votum6> (erişim tarihi 2.10.2018). Bu toplantıda ilgili önergenin kabul edilmesine ilişkin her iki yönde de fikir beyan edildiği ve kararın 25 olumlu oya karşı 16 olumsuz oyla alındığı görülmektedir. Bu önergenin kabul edilmesiyle birlikte Federal Konsey’in bir tasarı hazırlaması bağlayıcı hâle gelmiştir. Bunun bir yasa teklifi yerine yasa tasarısı ile tartışılması fikrinin arkasında yatan sebebin, Federal Konseyin oluşturacağı uzman grubu sayesinde hazırlayacağı yasa tasarısının çok daha teknik ve çok yönlü olacağı olduğu ifade edilmiştir.

¹⁸⁷ **Gubler**, s. 348a vd.; **Reymond**, s. 3; **Reymond**, Trust, s. 172a vd.; **Matthias Seiler**, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Schulthess, 2005, s. 146; **Pietro Supino**, Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht, Diss. St. Gallen, Druckzentrum TA Media Zürich, 1994, s. 146 vd. Aksi yönde bkz. **Pierre Lepaulle**, Réflexions sur l’Expansion des Trusts (bundan böyle ‘Réflexions’), Revue International de Droit Comparé, C. 7, 1955, s. 318 vd.

¹⁸⁸ **Peyrot**, Insolvabilité, s. 939.

olduğuna ilişkin genel ve olumsuz kanının¹⁸⁹ en azından tartışmaya açılmasına vesile olmalıdır.

1.1.2.2.4. Almanya

Öncelikle Alman hukukunda trust kurumuna yer verilmediği gibi, yukarıda incelenen sistemlerinin aksine bu yönde bir yasa tasarısının ya da tartışmanın da en azından şimdilik mevcut olmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte bu ifadeden Alman hukukunun trust kurumu karşısındaki bu olumsuz tutumunun bir rastlantı olduğu yanılığısına kapılmamalıdır. Zira Alman hukukunda trustın benimsenmesi sorusuna ilişkin tartışmaların 20. yüzyılın başlarından beri yapıldığı görölmektedir.¹⁹⁰ Hatta öyle ki *civil law* sistemlerinde trust ve trust benzeri kurumlar hakkında karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının ilk boy gösterdiği hukuk sisteminin Alman hukuku olduğu, bu sistemde yapılan akademik çalışmaların Fransa ve İtalya gibi diğer *civil law* ölkelerindeki akademik tartışmaları etkilediği düşünölmektedir.¹⁹¹ Bununla birlikte yasa koyucu tercihini trustın bir hukuki kurum olarak benimsenmesi yönünde kullanmamıştır. Bu tercihin arkasındaki temel

¹⁸⁹ Bu yönde örneğin **Ahu Ayanoğlu Moralı**, Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Galatasaray Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 49; **Özsunay**, s. 247. Benzer yönde bkz. **Öz**, s. 1426.

¹⁹⁰ Örneğin bkz. **Alfred Friedmann**, Gutachten des Herrn Rechtsanwalts Dr. Alfred Friedmann, Berlin, über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, C. I, Walter de Gruyter, Berlin & Leipzig, 1931, ss. 805-1115; **Hermann Haammerle**, Gutachten des Herrn Privatdozenten Dr. Hermann Haammerle über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, Walter de Gruyter, Berlin & Leipzig, C. I, 1931, ss. 632-715; **Erst Heymann**, Trustee und Trustee-Company in Deutschen Rechtsverkehr, Weimar Hermann Böhlau Nachfolger, 1910; **Kötz** (1963, bkz. dn. 83); **Jan Marwede**, Rechtsnatur und Aussenschutz des Trust und der Treuhand, Bonn, 1972; **Wolfgang Siebert**, Das Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung Marburg, 1933. Alman öğretisinde zaman içinde *Treuhand* kurumunun ele alınışına dair ayrıntılı ve analitik bir çalışma için bkz. **Joachim Rückert**, Kontinuität und Diskontinuität in der Treuhandforschung, Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, s. 417 vd.

¹⁹¹ **Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann**, Views of Trust and Treuhand: An Introduction, Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, s. 34.

sebebin Alman hukukunda hâli hazırda *Treuhand* kurumunun varlığı olduğunu düşünmek zor değildir.

Treuhand kurumunun özelliklerini kısaca incelemeye geçmeden önce, Alman hukuk sisteminin Kara Avrupası sistemleri arasındaki yerine kısaca göz atmak yol gösterici olacaktır. Zira *Treuhand* kurumu çerçevesinde günümüze kadar gelen ve aşağıda görüleceği üzere Romanist sistemlerde anlaşıldığı anlamıyla inançlı işlemde (*fiducia*) farklılaşan kuralların bu şeklini almasında Cermen ve Romanist hukuk ekolleri ayrımının bir etkisi olduğu düşünülmektedir.¹⁹² Alman (Cermen) hukuk sisteminin Romanist sistemler ve *common law* sistemleriyle belirli ortak özelliklere sahip, ilkinde daha yakın ancak her iki sistemden de ayrılan birçok yönü bulunan, kendine özgü bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi mümkündür.¹⁹³

Almanya’da Roma hukukunun etkisi, Orta Çağ’ın sona ermesinden sonra ve diğer Avrupa uluslarından daha geç bir tarihte, 15. yüzyılın ortalarına doğru kendini güçlü bir şekilde göstermeye başlamıştır. Aydınlanmacı felsefenin ve doğal hukuk ekolünün etkisiyle Avrupa’da birçok ülkede kodifikasyon hareketleri söz konusu olmuş olmasına rağmen, bu yönde bir atılım Almanya’da diğer ülkelere göre ancak yaklaşık yüz yıl sonra, 19. yüzyılın ortalarından itibaren gerçekleşebilmiştir.¹⁹⁴ Bunun hem siyasi hem de kültürel birçok sebebi bulunduğunu söylemek mümkündür; ancak çalışmanın konu sınırlaması gereği bu hususlar ayrıntılı bir

¹⁹² **Helmholz/Zimmermann**, s. 35. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Sibylle Hofer**, *Treuhandtheorien in der Deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, s. 389 vd.

¹⁹³ **Zweigert/Kötz**, s. 130 vd. Yazarlar “Karşılaştırmalı Hukuka Giriş” isimli kitaplarında inceledikleri hukuk ailelerini Romanist hukuk sistemleri (Fransa ve Almanya), Alman (Cermen) hukuku sistemleri (Almanya, Avusturya, İsviçre), Anglosakson hukuk sistemleri (İngiltere, ABD), İskandinav hukuku sistemleri, Uzak Doğu sistemleri ve dini hukuk sistemleri olarak sınıflandırmaktadır. Alman (Cermen) hukuk çevresinin başlı başına bir hukuk ailesi olarak ele alınmak yerine, Fransız ve İtalyan hukuklarıyla birlikte Romanist-Cermen hukuk ailesi içinde (bu yönde örneğin **David/Jauffret Spinosi/Goré**, s. 25 vd.) veya daha genel bir çerçevede Batı Avrupa hukuk sistemleri başlığı altında da ele alındığı görülmektedir. Bkz. **Koray Güven**, *Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri*, *AÜHFD*, C. 65, S. 3, 2016, s. 838.

¹⁹⁴ **Bram Akkermans**, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, *Intersentia*, 2008, s. 171-172.

şekilde incelenmeyecektir.¹⁹⁵ Konumuz açısından önemli olan husus, özellikle *Savigny*'nin etkisiyle gelişen tarihçi hukuk ekolü¹⁹⁶ sayesinde Almanya'da, Cermen hukukunun temelinde yer alan kurumlara dönüşün gerçekleşmesi, bu yönde akademik çalışmaların sayısının artması ve bu doğrultuda bir Cermen hukuku müessesesi olan *Treuhand*'in yeniden popülerite kazanması ve günümüze kadar gelmiş olmasıdır.¹⁹⁷ Bu doğrultuda Alman hukukunda en azından varlık yönetimi ve teminat aracı olarak kullanılan ve işlevsel bağlamda trusta karşılık gelebileceği düşünülen,¹⁹⁸ bununla birlikte birçok açıdan inançlı işlem ile farklılık gösteren *fiduziarische Treuhand* kurumunun temelinde Orta Çağ'da Cermen hukukunda kullanılan *Salmann* kurumunun yer aldığı ileri sürülse de,¹⁹⁹ Alman hukukunun modern anlamda *Treuhand* kurumuyla tanışmasının ancak 19. yüzyılın sonlarında gerçekleştiği ifade edilmelidir.²⁰⁰

Treuhand aslında nitelikli bir sözleşme ilişkisini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Bu sözleşme ilişkisinde taraflardan biri (*Treugeber*), diğerine

¹⁹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akkermans, s. 169 vd.; David/Jauffret Spinosi/Goré, s. 45-46; Güven, s. 846 vd.; Zweigert/Kötz, s. 131 vd.

¹⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi içeren Türkçe bir çalışma için bkz. Kasım Akbaş, Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği, AÜHFİM, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 53 vd.

¹⁹⁷ Bu yönde bkz. Helmut Coing, Die Treuhandtheorie Als Beispiel Der Geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts, RabelsZ, C. 37, 1973, s. 202-209. 19. yüzyılda *Treuhand* kurumunu inceleyen akademisyenlerin İngiliz hukukunda yer alan trust kurumunu konu alan birçok karşılaştırmalı hukuk çalışması yapmasının sebeplerinden birinin, Roma hukukundan etkilenmediği düşünülen İngiliz hukukunda da benzer bir kurumun bulunmasının, *Treuhand*'in Roma hukukunda yer alan *fiducia*'dan bağımsız, Cermen hukukunun kendine özgü bir yaratımı olduğu yönündeki savı destekler argümanlar bulmak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Helmholtz/Zimmermann, s. 36.

¹⁹⁸ Kötz, s. 125. Bu noktada *Treuhand*'in trustın tüm işlevlerine karşılık gelen bir kurum olduğu yanılıgısına kapılmamalıdır. Zira aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere trust, ticaret hayatında öne çıkan varlık yönetimi ve teminat işlevlerinin yanı sıra miras yönetimi açısından da sıkça kullanılan önemli bir araçtır. Trustın bir miras planlama aracı olarak kullanıldığı hâllerde, Alman hukukunda bu kuruma karşılık gelen yapılar (söz gelimi art mirasçılık veya vasiyeti tenfiz memuru atanması gibi) da değişiklik göstermektedir. Trustın Alman hukukunda *Treuhand* dışında işlevsel olarak karşılık geldiği diğer kurumlara ilişkin olarak bkz. Kötz, s. 97 vd.

¹⁹⁹ Bu yönde örneğin Ayanoglu Morali, s. 42 vd.; Özsunay, s. 14 vd.; Wilhelm, s. 32. Krş. Helmholtz/Zimmermann, s. 35; Martin Löhnig, Treuhand- Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Mohr Siebek, 2006, s. 13. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Hofer, s. 406 vd.

²⁰⁰ Braun/Swadling, s. 562; Coing, s. 205-206; Löhnig, s. 13; Wilhelm, s. 34. *Treuhand* kurumunun tarihsel gelişimine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Coing, s. 205 vd.; Jean Philippe Dunand, Le Transfert Fiduciaire: 'Donner Pour Reprendre', Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1999, s. 274 vd.; Löhnig, özellikle s. 46 vd.; Wilhelm, s. 34 vd.

(*Treuhänder*) belirli mal varlığı unsurlarının mülkiyetini (*Treugut*) devretmekte, eşya hukuku bakımından mülkiyet hakkını tamamıyla devralan *Treuhänder* ise bu hakkını taraflar arasındaki anlaşmanın şartlarına uygun olarak elinde tutmayı taahhüt etmektedir.²⁰¹ 2007'den beri Fransız hukuk sisteminin bir parçası olan *fiducie*'nin aksine, *Treuhänder* sözleşmesinin tarafları bakımından belirli bir kısıtlama getirilmemiştir; dolayısıyla fiil ehliyetine sahip tüm gerçek ve tüzel kişilerin bu sözleşmenin iki tarafından birini teşkil etmesi mümkündür.²⁰² Sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda taraflar, *Treugut*'un *Treugeber* lehine veya bir üçüncü kişi (*Begünstigter*) lehine elde tutulacağını kararlaştırabilir; yani *Treuhänder* sözleşmesi tipik bir sinallagma ilişkisi doğrultusunda kurulabileceği gibi, bir üçüncü kişi lehine sözleşme şeklini de alabilir.²⁰³

Treuhänder'in temel yükümlülüğü, üzerinde mülkiyet hakkını kazandığı *Treugut*'u taraflar arasında akdedilen sözleşmenin hükümlerine göre elde tutmak veya yönetmektir. Bu süreç boyunca *Treuhänder*, *Treugut* üzerinde mülkiyet hakkının beraberinde getirdiği tüm hak ve yetkilere sahiptir.²⁰⁴ *Treuhänder*'in sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda ise *Treugeber*'in veya varsa üçüncü kişi lehtarın elindeki birincil hakkı, sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat talebinin ileri sürülmesidir.²⁰⁵ Borçlu konumundaki *Treuhänder*'in ödeme gücünü haiz olması durumunda, *Treugeber*'in veya üçüncü kişi lehtarın hakkının bir tazminat talebinden ibaret olmasının beraberinde büyük sorunlar getirmeyeceği söylenebilir.²⁰⁶ Buna karşılık özellikle *Treuhänder*'in ödeme gücünü kaybettiği ihtimalde alacaklıların menfaatlerinin önemli ölçüde tehlikeye düşeceği açıktır.

²⁰¹ Braun/Swadling, s. 563; Eichner, s. 75; Hein Kötz, Trusts in Germany (bundan böyle 'Germany'), La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D'Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, s. 179.

²⁰² Braun/Swadling, s. 566.

²⁰³ Braun/Swadling, s. 566; Kötz, Germany, s. 180.

²⁰⁴ Kötz, Germany, s. 183.

²⁰⁵ Kötz, Germany, s. 180.

²⁰⁶ Kötz, Germany, s. 181.

Alman hukukunda *Treuhand* müessesesi genel anlamda pozitif bir düzenlemeye sahip değildir.²⁰⁷ Bununla birlikte Alman hukukunda özellikle mahkeme kararlarıyla, *Treugeber*'in korunmasına ilişkin olarak İsviçre-Türk hukukunda inançlı işlem bağlamında sağlanan korumanın ötesine geçen birtakım kuralların geliştirildiğini söylemek mümkündür. Öncelikle *Treuhänder*'in ilgili mal varlığı unsurları üzerinde tam anlamıyla bir mülkiyet hakkını kazansa da, bu mal varlığı unsurlarını şahsi mal varlığından ayrı tutması gerektiğinin kabul edildiği belirtilmelidir.²⁰⁸ Bunun yanı sıra *Treugut*'un *Treuhänder* nezdinde ayrı ve özel bir mal varlığı (*Sondervermögen*) oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda *Treugut*, *Treuhänder*'in alacaklılarının talepleri karşısında dokunulmaz bir konumdadır.²⁰⁹ Diğer bir ifadeyle *Treuhänder*'in şahsi hukuki ilişkilerinden doğan alacakları bakımından alacaklılarının *Treugut* üzerinde icra takibi başlatması mümkün olmadığı gibi, *Treuhänder*'in iflası durumunda da bu mal varlığının iflas masasına dahil olması söz konusu değildir.²¹⁰

Treuhänder'in *Treugut* üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasına yönelik önerme ile, *Treugut*'un *Treuhänder*'in iflası durumunda iflas masasına ve ölümü durumunda terekese dahil olmayacağına ilişkin önermelerin ilk bakışta tutarlı olmadığı ortadadır.²¹¹ Alman mahkemeleri, inananın ve dolayısıyla *Treuhand*

²⁰⁷ Löhnig, s. 39; Reichard, s. 134; Wilhelm, s. 41. Bununla birlikte diğer Kara Avrupası sistemleri olduğu gibi Almanya'da da örneğin yatırım fonlarına ilişkin hükümlerde uygulaması sınırlı bir *Treuhand* ya da trust yapısının düzenlendiğinin altı çizilmelidir. Bkz. Braun/Swadling, s. 563; Dunand, s. 53; Kötz, Germany, s. 181-182.

²⁰⁸ Braun/Swadling, s. 568; Kötz, Germany, s. 181.

²⁰⁹ Dunand, s. 69-70; Reichard, s. 134-136.

²¹⁰ Braun/Swadling, s. 568; Kötz, Germany, s. 184; Löhnig, s. 85; Reichard, s. 135-136. Alman mahkemelerinin bu yöndeki tutumunun uzun yıllardan beri devam ettiğini söylemek mümkündür. Bu yönde verilmiş eski tarihli bir karar için örneğin bkz. Reichsgericht 23.12.1899, RGZ 45, 80. Benzer kararlar için bkz. Kötz, s. 128, dn. 106-109. Hatta bu nedenle *Treugeber*'in hakkının aynı hak benzeri (*quasi-dinglich*) bir hak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Helmholz/Zimmermann, s. 35. Alman öğretisinde bu içtihadı yöneltilen eleştirilere ilişkin olarak bkz. Löhnig, s. 85-86. Bu eleştirilerin temelinde, ilgili içtihat ile mülkiyet hakkının bütünlüğü ilkesinin Kanun tarafından öngörülme bir şekilde ihlal edilmesi fikrinin yattığını söylemek mümkündür.

²¹¹ Benzer yönde Kötz, Modern, s. 57 ("There can be no doubt that these rulings developed by the courts without any statutory basis contravene fundamental principles of German legal system. (...) Ultimately they can only be justified by reasons of fairness.") Ayrıca bkz. Dunand, s. 70 (" (...) la reconnaissance tacite d'un patrimoine séparé et d'un droit de nature "quasi-réelle" du fiduciaire sur les biens fiduciaires est peu compatible avec les fondements théoriques de la Treuhand.")

müessesine duyulan güvenin korunması için zorunlu olan bu makul sonuca ulaşmak için ekonomik mülkiyet (*wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit*) ve maddi mülkiyet (*materielle Vermögenszugehörigkeit*) kavramlarından yola çıkmış ve *Treuhänder*'in *Treugut* üzerinde sadece maddi bir mülkiyet hakkına sahip olduğunu, buna karşılık ilgili mal varlığı unsurları üzerindeki gerçek ve ekonomik mülkiyetin *Treugeber*'e ya da belirlenen üçüncü kişi lehtara ait olduğuna karar vermiştir. Alman öğretisi ve uygulaması ancak bu şekilde iflas veya ölüm hâlinde *Treuhänder*'in alacaklılarının veya mirasçılarının *Treugut*'a tabiri caizse el uzatmasını engelleyebilmiştir.²¹²

Bu bilgiler ışığında ilk bakışta Alman hukukundaki *Treuhand* kurumunun *common law* sistemlerindeki trusta hemen hemen karşılık geldiği ve iki kurumun inanılan kişilere benzer kapsamda bir hukuki koruma sunduğu düşünülebilir. Ancak aşağıda İngiliz hukuku ekseninde yapılacak ayrıntılı incelemeden sonra bu çıkarımın çok da doğru olmadığı anlaşılacaktır. Şimdiden belirtmek gerekir ki bunun sebebi, iki sistemin sunduğu hukuki korumanın üzerine kurulu olduğu teorik temellerin farklılaşması değildir. Zira söz konusu inanç ilişkisi ister bir sözleşme, ister tek taraflı hukuki işleme dayansın veya lehtarın hakları ister borçlar hukuku ister eşya hukuku temelli olsun kanımca önemli olan son tahlilde lehtarın menfaatlerinin pratik anlamda korunup korunmadığı ve ne ölçüde korunduğu olacaktır. *Treuhand* ve trustın sunduğu hukuki korumanın kapsamı karşılaştırıldığında ise *Treuhand*'ın Türk-İsviçre hukukunda anlaşıldığı şekliyle inançlı işleme göre çok daha korunaklı bir yapı sunduğu görülse de, trust karşısında daha zayıf bir konumda olduğunu söylemek mümkündür.²¹³

Eldeki çalışmanın amacı trust ve *Treuhand* kurumlarının karşılaştırılması olmadığı için bu farklılıklar ayrıntılı bir şekilde incelenmeyecektir. Ancak özetle şu çıkarımların yapılması mümkündür: Öncelikle trust ilişkisinde güvenilenin tâbi

²¹² Ayanoğlu Moralı, s. 26-27; Becker, s. 87-91; Dunand, s. 57-59; Kötz, s. 128; Kötz, Germany, s. 184; Löhnig, s. 84-85; Reichard, s. 252 vd.

²¹³ Kötz, s. 129; Kötz, Germany, s. 184.

olduğu sorumluluk ve yaptırımlar rejimi, *Treuhänder*'in tâbi olduğu rejimden daha sıkı kurallar getirmektedir.²¹⁴ Bunun yanı sıra *Treugut*, *Treuhänder*'in şahsi mal varlığından ayrı tutulsa ve bu kişinin alacaklılarına karşı iflas veya ölüm hâlleri durumunda korunuyor olsa da, bu korumanın kapsamının trusta göre daha sınırlı olduğu kabul edilmektedir.²¹⁵ Bunun iki önemli sebebi mevcuttur: Öncelikle sadece doğrudan *Treugeber* tarafından verilen ve onun mal varlığından devredilen unsurların bu korumadan yararlanacağı, üçüncü kişiler vasıtasıyla *Treuhänder*'e devredilen mal varlığı değerlerinin ise bu korumanın kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir.²¹⁶ Bir diğer sebep ise ancak *Treugeber* tarafından devredilen mal varlığı unsurlarının yukarıda bahsi geçen hâllerde *Treuhänder*'in elinde bulunması durumunda söz konusu korumanın devreye girebilmesi, başka bir deyişle aynı ikame ilkesinin *Treugut* bağlamında kural olarak kabul edilmemesidir.²¹⁷ Buna karşılık aynı ikame ilkesinin *common law* sistemlerindeki iz düşümü olan *tracing* usulünün trust hukukunda lehtara sağlanan en önemli hukuki 'silah'lerden biri olduğu şimdiden belirtilmelidir.²¹⁸

1.1.2.3. Offshore Sistemleri İçin Bir Örnek: Cayman Adaları

1.1.2.3.1. Offshore Sistemlerine ve Trust Düzenlemelerine İlişkin Genel Açıklamalar

Bir *offshore* sistemi olan Cayman Adaları hukukunda trustın nasıl düzenlendiğini kısaca incelemeye geçmeden önce, *offshore* kavramından neyin kastedildiğinden

²¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 335 vd.

²¹⁵ Kötz, Germany, s. 184.

²¹⁶ Coing, s. 208; Stefan Grundmann, Trust and Treuhand in the 20th Century, Itinera Fiduciaie: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholtz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, s. 475; Kötz, Germany, s. 184. Bu yönde örneğin RGZ 54, 85. Doğrudanlık ilkesi (*Unmittelbarkeitsprinzip*) olarak da anılan bu kurala ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, s. 86-87; Dunand, s. 59 vd.; Kötz, s. 129 vd.; Löhnig, s. 86 vd.; Reichard, s. 170 vd.; Wilhelm, s. 79-80;

²¹⁷ Gretton, Without Equity, s. 613; Kötz, s. 136 vd.; Kötz, Germany, s. 184-185. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Reichard, s. 136-138.

²¹⁸ *Tracing* ve aynı ikame kavramlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 385 vd.

bahsetmek yol gösterici olacaktır. Aslında teknik bir terim olmayan *offshore*, farklı ülkelerde yerleşik gerçek ve tüzel kişilerin bankacılık ve yatırım gibi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yaratılmış ve geliştirilmiş bir finans sektörüne sahip olan ülkeler için kullanılan genel bir ifadedir.²¹⁹ Bir başka tanıma göre *offshore* finans merkezleri, kalkınma amacıyla, yasal, finansal ve ticaret altyapısını klasik sistemlere oranla daha esnek hâle getiren ve özellikle yurt dışında yerleşik yatırımcıların taleplerine ve ihtiyaçlarına cevap veren sistemlerdir.²²⁰ Bu tanımlardan hareketle *offshore* sistemlerinin belirleyici iki özelliğinin bulunduğunu söylemek mümkündür: Finansal sektöre bağlı bir ekonomi ve yabancı yatırımcıları hedef alan bir sistem.

Özellikle sunduğu vergi avantajları ve gizlilik politikası sayesinde dünyanın her yerinden yatırımcı/müşteri çeken bu sistemlerin sunduğu avantajların genel kanının aksine vergi avantajlarıyla sınırlı olduğunu söylemek isabetli değildir.²²¹ Zira daha sonra tekrar değinileceği üzere *offshore* sistemlerin öne çıkan özelliği, hukuki kurumları müşterilerin talepleri doğrultusunda ve bazen yerleşik birtakım ilkeleri göz ardı etmek pahasına şekillendirmeleridir. Bu nedenle *offshore* sistemlerinin ve

²¹⁹ Geraint Thomas/Alastair Hudson, *The Law of Trusts*, 2. bası, OUP, 2010, s. 1073.

²²⁰ Rose-Marie Belle Antoine, *Confidentiality in Offshore Financial Law* (bundan böyle 'Confidentiality'), 2. bası, OUP, 2014, s. 9. Uluslararası Para Fonu'na (IMF) göre ise *offshore* finans merkezleri şu şekilde tanımlanmaktadır: "Söz konusu ülkenin ekonomik büyüklüğüyle orantısız bir hacimde ve öncelikli olarak yurt dışında yerleşik kişilerle ve/veya yabancı para ile iş yapan finansal kurumların bulunduğu finans merkezlerinin yer aldığı ülkeler veya hukuk sistemleridir. Bu finans merkezlerinde yurt dışında yerleşik kişiler ya da kurumlarca sahip olunan ya da yönetilen kurumların önemi büyüktür. Bu merkezde yer alan kurumlar, merkezin dışında kalan yerlerde sahip olmadıkları vergi avantajlarından yararlanabilmektedir." (*Countries or jurisdictions with financial centres that contain financial institutions that deal primarily with non residents and/or in foreign currency on a scale out of proportion to the size of the host economy. Nonresident-owned or -controlled institutions play a significant role within the centre. The institutions in the centre may well gain from tax benefits not available to those outside the centre.*) IMF, *External Debt Statistics: Guide for Compilers and Users* (2013), Ek III (Glossary of External Debt Terms), s. 243.

²²¹ Rose-Marie Belle Antoine, *Offshore Financial Law – Trusts and Related Tax Issues* ('bundan böyle 'Offshore'), 2. bası, OUP, 2013, s. 15.

dolayısıyla bu düzenlemelerin (devletlerin bağımsızlığı ilkesi nedeniyle) yasallığı olmasa da meşruiyeti uzun yıllardır tartışma konusu olmuştur.²²²

Offshore terimi bankacılık sektörü bağlamında Türkçe'ye 'kıyı bankacılığı' olarak çevrilmiştir.²²³ Her ne kadar *offshore* sistemleri denildiğinde genellikle akla ilk olarak Cayman Adaları veya Bahamalar gibi Karayiplerde bulunan ada ülkeleri gelse de, *offshore* sistemlerinin günümüzde coğrafi açıdan çok daha geniş bir bölgeye yayıldığını söylemek mümkündür.²²⁴ Hatta *offshore* sistemlerinin küresel düzlemde yayılmasının, dünyadaki büyük finans merkezlerinin zaman dilimleriyle uygun olacak şekilde dört farklı bölgede gerçekleştiği ileri sürülmektedir.²²⁵ Bunlardan ilki, ABD (özellikle New York) ile benzer zaman diliminde olan ve Bahamalar, Cayman Adaları, Panama, Costa Rica, Bermuda gibi sistemler; ikincisi Avrupa ülkeleriyle benzer zaman diliminde yer alan (örneğin Birleşik Krallık ve İrlanda arasında yer alan) Man Adası veya (Jersey ve Guernsey gibi) Manş Adaları'nın da içinde yer aldığı sistemler, üçüncüsü Orta Doğu ülkelerine yakın Lübnan ve Bahreyn, dördüncüsü ise Uzak Doğu ülkelerine yakın Hong Kong ve Singapur'un dahil olduğu sistemlerdir.²²⁶

Offshore sistemlerinin müşterilerine sunduğu önemli hizmetlerin başında trust gelmektedir. Bu bağlamda *offshore* trustının bu ülkelerde sunulan diğer finansal

²²² Antoine, Confidentiality, s. 17-18. Ayrıca bkz. Antoine, Offshore, s. 115 vd. Antoine, offshore trustlarının bilinirliğinin her geçen gün artmasıyla birlikte meşruiyet tartışmalarının da azaldığını ileri sürmüştür. Bu tartışmanın, 2016 yılında ortaya çıkan Mossack Fonseca isimli hukuk bürosundan sızan belgeler (ki bunlar Panama Belgeleri ("Panama Papers") olarak anılmaktadır) üzerine daha da hararetlendiğini söylemek mümkündür. Bu belgeler, özellikle offshore ülkelerde kurulan trust ve şirket yapılarının, para aklamak da dahil olmak üzere birçok hukuka aykırı amaç için kullanıldığını gözler önüne sermiş ve offshore sistemlere yönelik önyargının artmasına neden olmuştur. Panama belgeleri ve para aklama faaliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fausto Martin de Sanctis, Money Laundering Typologies Evidenced in the "Panama Papers", International Money Laundering Through Real Estate and Agribusiness: A Criminal Justice Perspective from the "Panama Papers", Springer, 2017, ss. 31-83.

²²³ Türk Dil Kurumu'na göre kıyı bankacılığı, "bir ülkede vergi mevzuatı, kambiyo sınırlamaları dışında faaliyetini sürdüren bankacılık" olarak tanımlanmaktadır. (www.tdk.gov.tr - erişim tarihi 10.12.2019)

²²⁴ Cincelli, s. 269; Thomas/Hudson, s. 1073.

²²⁵ Antoine, Confidentiality, s. 9-10.

²²⁶ Antoine, Confidentiality, s. 9-10.

hizmetler gibi yabancı yatırımcıları hedef alan ve onların talepleri doğrultusunda zaman içinde şekillenmiş trust yapılarına verilen genel bir isim olduğunu söylemek mümkündür.²²⁷ Ancak bu açıklamadan “*offshore* trustı” isimli belirli ve tek bir yapının olduğu izlenimine kapılmamalıdır. Zira *offshore* devletlerde, birbirleriyle benzer özellikler taşısa da ayrıldıkları hususlar bulunan ayrı trust yapıları ve kuralları mevcuttur.²²⁸ Aslında bu sistemlerdeki trust yapılarının değişkenlik göstermesi de gayet doğaldır. Zira *offshore* sistemleri arasında trustın da içinde bulunduğu finansal araçlar sektörü bağlamında zorunlu bir rekabet mevcuttur. Küreselleşmenin doğal bir sonucu olarak sermaye hareketliliğinin artması, hukuk düzenlerinin rekabeti (*jurisdictional/regulatory competition*) olarak nitelendirilebilen bu olgunun ağırlığının da artmasına neden olmuştur. Hukuk düzenlerinin rekabeti, kısaca hukuk sistemlerinin daha çok ‘müşteri’ çekebilmek için hukuki ve idari sistemlerinde değişiklik yaparak birbirleriyle rekabet etmesi anlamına gelmektedir.²²⁹ Ekonomisinin çok büyük bir kısmı finansal sektöre dayalı *offshore* sistemlerde hukuk ve vergi sisteminin arz-talep ilişkisi çerçevesinde

²²⁷ Bazı yazarlar *offshore* trustı yerine ‘uluslararası trust’ (*international trust*) ifadesini kullanmayı tercih etmektedir. Örneğin Lupoi, Trusts, s. 201. Uluslararası trust kavramının *offshore* trustlarını da kapsayan daha geniş bir ifade olduğu yönünde bkz. John Glasson, Editor’s Introduction: The Phenomenon of The International Trust, The International Trust (ed. John Glasson), Jordans, 2002, s. 1.

²²⁸ Antoine, Offshore, s. 11-12.

²²⁹ Hukuk düzenleri arasındaki rekabetin trust hukuku bağlamında etkin sonuçlar doğurmaya elverişli olup olmadığı tartışmalıdır. Şirketler hukuku bakımından benzer bir tartışma ise daha da eskiye dayanmaktadır. Özellikle ABD’nin Delaware eyaletindeki (kurucular ve yöneticilerin çıkarlarını öne çıkardığı iddia edilen) şirketler hukuku kurallarının yarattığı rekabetin, sistemin etkinliğini artırıp artırmadığı (dibe doğru yarış/yukarıya doğru yarış ikilemi – *race for the bottom/race to the top dilemma*) uzun yıllardan beri tartışma konusu yapılmıştır. Bu konuda iki farklı görüşü savunan öncü iki çalışma için bkz. William L. Cary, Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware, The Yale Law Journal, C. 85, 1974, ss. 63-705 (dibe doğru yarış görüşü) ve Ralph K. Winter, State Law, Shareholder Protection and The Theory of Corporation, The Journal of Legal Studies, C. 6, S. 2, 1977, ss. 251-292 (yukarıya doğru yarış görüşü). Trust hukuku bağlamında bu tür bir yarışın ortaya çıkması muhtemel çeşitli dışsallıklar nedeniyle etkinlik yaratmayacağı yönünde bkz. Stewart E. Sterk, Asset Protection Trusts: Trust Law’s Race to The Bottom, (bundan böyle ‘Asset Protection’), Cornell Law Review, C. 85, S. 4, 2000, s. 1065 vd. Özellikle ebedilik yasağının kaldırılması bağlamında yaptıkları ampirik çalışmada trust hukukunda hukuk düzenleri arasında rekabet niteliğini tartışan bir çalışma için bkz. Robert H. Sitkoff/Max M. Schanzenbach, Jurisdictional Competition For Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes (bundan böyle ‘Jurisdictional Competition’), The Yale Law Journal, C. 115, 2005, ss. 356-437. Bu kavrama ilişkin olarak ayrıca bkz. Alain Marciano/Giovanni Battista Ramello, Encyclopedia of Law and Economics, C. 3, Springer, 2019, s. 1787 vd.

geliştiğini ve dönüştüğünü gözlemek ise, ekonomisi finansal sektör dışındaki sektörlerden de beslenen diğer ülkelere göre çok daha kolaydır. Bu arz-talep ilişkisinin bir tarafında yerleşik olduğu devlette sağlayamadığı (vergi muafiyeti, gizlilik, bürokratik kolaylıklar ve azaltılmış denetim düzeyi gibi) çeşitli çıkarları sağlamayı talep eden şirketler ve yatırımcılar; diğer tarafında ise hukuk sistemini kendi iradesiyle şekillendirmekte özgür bağımsız devletler yer almaktadır.²³⁰

Offshore trustlarının hibrit bir yapıya sahip olduğunu söylemek mümkündür.²³¹ Bunun nedeni *offshore* trustları bakımından aslında İngiliz hukukunda gelişmiş geleneksel trust yapısı temel alınmış olmasına rağmen, bu geleneksel yapının yazılı hukuk kurallarıyla önemli değişikliklere uğratılmış olmasıdır.²³² Başka bir deyişle *offshore* trustlarında hem *common law* sisteminin bir özelliği olan içtihat hukukunun hem de yasama organının ortaya koyduğu yazılı hukuk normlarının bir etkileşimi ve bir bütünlüğü söz konusudur. *Offshore* trustlarının bir diğer özelliği, uygulamada genellikle trust fonunu elinde tutan güvenilen kişinin bir gerçek kişiden ziyade bir şirket olmasıdır.²³³ Bu şirketler güvenilen şirketi (*trustee company*) veya kurumsal güvenilen (*corporate trustee*) olarak anılmaktadır. Dolayısıyla *offshore* sistemlerin yabancı yatırımcılara sunduğu hukuki altyapıyı, sonrasında da profesyonel finansal ve hukuki hizmetlerle desteklediği görülmektedir. Bu nedenle *offshore* sistemlerinin adeta bir 'her şey dahil' yatırım hizmeti sunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Dünya genelinde yabancı yatırımcıların *offshore* trustlarına yönelik ilgisinin çok eskiye dayandığını söylemek mümkün değildir. Özellikle 1990'lı yılların başından

²³⁰ Thomas Rixen, Why Reregulation After The Crisis Is Feeble: Shadow Banking, Offshore Financial Centers and Jurisdictional Competition, Regulation & Governance S. 7, 2013, s. 439. Aynı yönde bkz. David Brownbill, The Role of Offshore Jurisdictions In The Development of International Trust, Vanderbilt Journal of Transnational Law, C. 32, 1999, s. 955.

²³¹ Antoine, Offshore, s. 6-7, 15. Bu yapının eleştirisi için bkz. Brownbill, s. 962. Brownbill, trustın esnekliğinin ve etkinliğinin ortak hukukun gelişmeye açık ve dinamik sistemiyle bağlantılı olduğunu, bu nedenle bu tür hukuk sistemlerindeki kodifikasyon hareketlerinin trustın gelişimine sekte vurabileceğini ifade etmektedir.

²³² Antoine, Offshore, s. 7.

²³³ Antoine, Offshore, s. 23.

itibaren başlayan bu eğilim git gide ivme kazanmıştır.²³⁴ İlk başlarda servetini olası alacaklılarından korumak amacıyla *offshore* trustlarına taşıyan varlıklı kişi ve şirketlere özgü olduğu kabul edilen bu tercih, zamanla orta sınıf mensuplarında da gözlemlenmeye başlanmıştır.²³⁵ Gittikçe artan bu ilgi karşısında trust kurumunun esnek yapısı, *offshore* sistemlerinin sunduğu yeni ve daha liberal (ve tabii ki yatırımcı dostu) özelliklerle buluşturulmuştur.²³⁶ Kuşkusuz, özgünlüğünü esnek yapısına borçlu olan trustın bu şekilde adeta yeniden dizayn edilmesinin trust kurumunun geleceği için iyi bir şey olup olmadığının tartışılması mümkündür.²³⁷

Offshore trustları söz konusu olduğunda yukarıda bahsi geçen arz ve talebin özellikle belirli bir amaç çevresinde toplandığı görülmektedir: Mal varlığının korunması (*asset protection*).²³⁸ Mal varlığının korunmasından kasıt, bir kimsenin mal varlığının bir kısmını trust kurmak yoluyla tabiri caizse kağıt üzerinde kendi mal varlığından çıkarması ve bu kısmı özellikle olası alacaklılarının taleplerine karşı korumasıdır.²³⁹ Ancak bunu çalışmanın geri kalanında incelenecek olan geleneksel trust yapısından ayıran en önemli özelliğin, söz konusu mal varlığı unsurlarının trust fonuna devredilmesine rağmen kontrolün devreden kişide kalması olduğunu söylemek mümkündür.²⁴⁰ Başka bir deyişle aslında bu tür trust yapılarıyla fiili duruma uygun olmayan hukuki durum yaratılmakta ve böylece mal varlığının ilgili kısmı adeta çitlerle çevrilerek (*ring-fencing*) korumaya alınmaktadır.²⁴¹ Örneğin eşler arası mal rejimi ya da saklı paylı mirasçılık

²³⁴ Eric Henzy, *Offshore and Other Shore Asset Protection Trusts*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, C. 32, 1999, s. 740.

²³⁵ Henzy, s. 740; Sterk, *Asset Protection*, s. 1036.

²³⁶ Cincelli, s. 271.

²³⁷ Cincelli, s. 271.

²³⁸ Antoine, s. 16; Watt, s. 66. Bazı yazarlara göre *offshore* trustının temel iki amacından biri mal varlığının korunması, diğeri ise amaç trustının (*purpose trust*) kurulabilmesidir. Bkz. Cincelli, s. 272-273; Thomas/Hudson, s. 1074.

²³⁹ Paolo Panico, *International Trusts Laws*, 2. bası, OUP, 2017, s. 643; Thomas/Hudson, s. 1074.

²⁴⁰ Antoine, *Offshore*, s. 117; Paul Matthews, *The Asset Protection Trust: Holy Grail, or Wholly Useless?* (bundan böyle 'Asset Protection'), Kings College Law Journal, C. 6, 1995-6, s. 63.

²⁴¹ Ancak bunun hukuk düzeni tarafından izin verilen (sermaye şirketleri gibi) başka araçlarla da yapılabileceği, dolayısıyla *offshore* trustlarının meşruiyetinin ya da hatta geçerliliğinin sadece bu amaç nedeniyle sorgulanmaması gerektiği yönünde bkz. Antoine, *Offshore*, s. 118.

kurallarını dolanmak; olası haksız fiil tazminatlarına karşı korunmak²⁴² (örneğin hekimlerin malpraktis davalarıyla karşılaşma risklerine karşı mal varlıklarının büyük bir kısmını koruma altına almak istemeleri gibi) veya ticaret hayatının risklerini bertaraf etmek amacıyla mal varlığının belirli bir kısmının trust fonu olarak dönüştürülmesi sonucunda ortaya çıkan yapı *asset protection trust* olarak nitelendirilmektedir.²⁴³ Bunun dışında özellikle siyasi nedenlerden dolayı kamulaştırma veya mal varlığına el konulması gibi risklerin de *offshore* trustlarının kurulmasında rol oynadığı kabul edilmektedir.²⁴⁴

Mal varlığının korunması amacıyla kurulan *offshore* trustlarının belki de en önemli özelliği sahip oldukları borçlu-dostu yaklaşımdır.²⁴⁵ Daha açık bir ifadeyle bu sistemlerde alacaklıların söz konusu trustın geçersizliğini ileri sürmesi (ve böylece alacaklarını tahsil etmesi) zor şartlara bağlanmıştır. Bunun için izlenen tipik yollardan biri, bu tür *offshore* devletlerin (genellikle borçlunun ve/veya alacaklının yerleşim yeri mahkemelerince verilen) yabancı mahkeme kararlarını tanımayı ve tenfiz etmeyi reddetmesidir.²⁴⁶ Bu şekilde alacaklılar, trustın bulunduğu *offshore* sistemde dava açmak suretiyle haklarını aramak zorunda bırakılmaktadır. Ancak bu hukuk sistemlerinde genellikle (2 yıl gibi) kısa zamanaşımı süreleri ve yıldırıcı derecede ağır bir ispat külfeti öngörüldüğü için bu takibin de pek kolay olmadığı kabul edilmektedir.²⁴⁷

²⁴² Antoine, Offshore, s. 40; Matthews, Asset Protection, s. 64-65.

²⁴³ Matthews, Asset Protection, s. 64-65; Thomas/Hudson, s. 1074. Ancak bkz. Antoine, Offshore, s. 16-17.

²⁴⁴ Antoine, Offshore, s. 40; Matthews, Asset Protection, s. 65.

²⁴⁵ Panico, s. 644; Thomas/Hudson, s. 1076. Bu borçlu-dostu yapının özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Matthews, Asset Protection, s. 72 vd.

²⁴⁶ Matthews, Asset Protection, s. 72; Panico, s. 644. *Offshore* sistemlerindeki tanıma ve tenfize karşı özel yasal düzenlemelere ilişkin olarak bkz. Antoine, Offshore, s. 606 vd. Antoine, offshore trustların günümüzde hâlâ ayakta kalabilmiş ve etkin bir şekilde kullanıyor olmasını, bu sistemlerinin *onshore* devletlerin mahkemelerince verilen kararları tanımayı ve tenfiz etmeyi reddetme politikasıyla ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Antoine, Offshore, s. 607.

²⁴⁷ Örneğin Bahamalar ve Cook Adaları. Bkz. Matthews, Asset Protection, s. 72; Panico, s. 644; Thomas/Hudson, s. 1076-1077.

Kuşkusuz onlarca *offshore* sisteminin trust kurallarının incelenmesi bu çalışmanın kapsamı bakımından imkânsızdır.²⁴⁸ Ancak aşağıda *offshore* sistemleri arasında trust hukuku bakımından öne çıkan bir örnek olarak Cayman Adaları'nda trust hukukunun öne çıkan özellikleri kısaca incelenecektir. Bunun dışında *offshore* trustlarının bu çalışmanın odak konusu olan geleneksel trust yapısından ve özellikle İngiliz hukukunda bu yapı bağlamında geliştirilmiş kurallardan ayrıldığı noktalara çalışmada yeri geldiğinde değinilmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte şimdiden *offshore* trustları bakımından altı çizilmesi gereken iki önemli noktanın olduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak, trust kurumunun sadece belli başlı birkaç *common law* ülkesinde kullanılan, bu sistemlere özgü ve dolayısıyla izole edilmiş bir hukuki araç olarak değerlendirilmesi, özellikle *offshore* trustlarının günümüzdeki gelişmesi dikkate alındığında artık geçerli bir iddia değildir. Gizlilik politikası gereği tam olarak belirlenmesi mümkün olmasa da günümüzde çok ciddi meblağların *offshore* trustlarında tutulduğu bilinmektedir.²⁴⁹ Bu veri dahi trustın göz ardı edilmeyecek kadar önemli bir hukuki araç olduğu gerçeğini teyit etmektedir.²⁵⁰ İkinci olarak ise, çalışmanın devamında da görüleceği üzere *offshore* trustlarının geleneksel trust yapısına getirdiği (yerindeliği tartışmalı) yenilikler, trustın ne kadar esnek, dinamik ve değişime açık bir yapı olduğunu kanıtlar niteliktedir. Dolayısıyla trust yapısını kendi sistemine dahil etmek isteyen bir devletin, bunu yaparken İngiliz hukukundaki yapıyı 'kopyala-yapıştır' usulüyle kendi sisteminde benimsemek zorunda olmadığına birçok örnekte gözlemlendiği şimdiden ifade edilmelidir.

²⁴⁸Bu yönde bir çalışma için bkz. Lupoi, Trusts, s. 205 vd.

²⁴⁹Hatta birçok *offshore* ülkesinde belirli bir meblağın (1 milyon ABD Doları) altında kalan trustların kurulmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Matthews, Asset Protection, s. 86.

²⁵⁰Matthews, Asset Protection, s. 86.

1.1.2.3.2. Cayman Adaları Trustları

Cayman Adaları *offshore* sistemleri arasında trust endüstrisinin en gelişmiş olduğu ülke kabul edilmektedir.²⁵¹ Uzun yıllardır siyasi ve ekonomik istikrarını ve dolayısıyla yatırımcı dostu profilini koruyan Cayman Adaları, hemen hemen hiç doğal kaynağı bulunmayan, bu nedenle ekonomisinin neredeyse tamamının finansal sektöre bağlı olduğu bir ülke olup,²⁵² Britanya Denizaşırı Toprakları'nın bir parçasını oluşturmaktadır.²⁵³ İç işlerinde ve böylece yasama faaliyetlerinde özerkliğini koruyan Cayman Adaları aynı zamanda özerk bir yargı sistemine de sahiptir.²⁵⁴ Ancak Britanya Denizaşırı Toprakları'nın bir parçası olduğu için yargı sistemindeki en üst derece mahkemenin Londra'da bulunan Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi (*Judicial Committee of the Privy Council*) olduğunun altı çizilmelidir.²⁵⁵

Cayman Adaları hukuk sisteminin temelinde İngiliz hukuku yer almaktadır.²⁵⁶ Bununla birlikte, sağladığı vergi avantajlarının yanı sıra özellikle trust hukuku alanında İngiliz modeline paralel veya ondan ayrılan birçok trust çeşidinin mümkün kılınması, Cayman Adaları'nı yatırımcıların gözünde önemli bir finansal merkez hâline getirmiştir.²⁵⁷ 1967 yılında yürürlüğe giren ve en son 2017 yılında revize edilen ve toplamda 113 maddeden oluşan Cayman Adaları Trust Yasası'nın (*Trusts*

²⁵¹ Nigel Porteous, Cayman Islands, Trusts in Prime Jurisdictions, (ed. Alon Kaplan), 2. bası, Globe Business Publishing, 2006, s. 123. Benzer yönde bkz. Cincelli, s. 295.

²⁵² Porteous, s. 123.

²⁵³ Britanya Denizaşırı Toprakları, iç işlerinde ve yasama faaliyetlerinde bağımsız ancak uluslararası ilişkiler ve koruma alanlarında Birleşik Krallık'ın koruması altında olan (ancak siyasi olarak Birleşik Krallık'ın bir parçasını oluşturmayan), 14 toprak parçasını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Bkz. British Overseas Act 2002.

²⁵⁴ Cincelli, s. 295.

²⁵⁵ Porteous, s. 125. Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi (*Judicial Committee of the Privy Council*), Britanya Denizaşırı Topraklarının ve *Commonwealth* ülkelerinin üst derece mahkemesi olarak görev yapan, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court*) yargıçlarından oluşan, bu sistemlerden gelen uyuşmazlıkların çözümünde Kraliçe'den aldığı yetki doğrultusunda İngiliz hukukunu uygulamak suretiyle karar veren bir mahkemedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, Karşılaştırmalı, s. 275-276. Ayrıca bkz. <https://www.jcpc.uk/index.html> (son erişim tarihi 10.12.2019)

²⁵⁶ Robert Mack, Distant Relations – Common Pitfalls and Traps When Administering a Cayman Islands Trust from Abroad, *Trust & Trustees*, C. 16, S. 8, 2010, s. 646.

²⁵⁷ Mack, s. 646.

Law 2017 revision) bu çalışma kapsamında ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ne mümkün ne de anlamlıdır.²⁵⁸ Bununla birlikte kanımca ilgili düzenlemenin iki özelliği üzerinde durulmasının Cayman Adaları'nın neden bu kadar önemli bir trust merkezi olduğunun anlaşılmasını kolaylaştıracağı söylenebilir.

Bu özelliklerden ilki, Cayman Adaları Trust Yasası'nın 7. bölümündeki hükümler vasıtasıyla Cayman Adaları hukukuna göre kurulmuş trustların yabancı mahkeme kararlarına karşı koruma altına alınmış olmasıdır. "Ateşten Duvar" (*Firewall*)²⁵⁹ olarak nitelendirilen bu sistem uyarınca öncelikle trustın kurucu belgesinde trusta uygulanacak hukukun Cayman Adaları hukuku olarak seçilmiş olması durumunda, bu tercihin (kurucunun tâbi olduğu hukuk sisteminde yer alan aksi yöndeki düzenlemeler dahil) her hâlde geçerli olacağı ve hüküm doğuracağı kabul edilmiştir.²⁶⁰ Bu durumda trustın geçerliliğine ilişkin her hususun, örneğin kurucunun ehliyeti, trustın yönetimi, ilgili kişilerin hak ve yükümlülükleri, kurucunun saklı tuttuğu yetkilerin etkisi ve geçerliliği gibi her türlü uyumsuzluğun Cayman Adaları hukukuna göre çözümleneceğine ilişkin düzenleme sayesinde, trust yapısına ilişkin her türlü soru ve bunlara verilecek yanıtlar adeta bir 'ateşten duvar' içine alınmıştır.²⁶¹ Daha da önemlisi, sadece trust yapısının geçerliliğine ve işleyişine ilişkin hususların değil, trust fonuna aktarılan her türlü mal varlığı unsuruna ilişkin hukuki işlemlerin de Cayman Adaları hukukuna göre değerlendirileceği açıkça hükme bağlanmış olmasıdır.²⁶²

²⁵⁸ İlgili Yasa'nın tam metni için bkz. <http://www.gov.ky/portal/pls/portal/docs/1/12420394.PDF> (son erişim tarihi 10.12.2019)

²⁵⁹ Bkz. Cincelli, s. 297; Sara Collins, *An Effective Firewall?*, *Trust & Trustees*, C. 17, S. 4, 2011, s. 361.

²⁶⁰ Cayman Adaları Trust Yasası m. 89/2: "*A term of the trust expressly selecting the laws of the Islands to govern the trust is valid, effective and conclusive regardless of any other circumstances.*"

²⁶¹ Cayman Adaları Trust Yasası m. 90.

²⁶² Cincelli, s. 298; Collins, s. 361. Cayman Adaları Trust Yasası m. 90'nin ilgili kısmı şu şekildedir: "*All questions arising in regard to a trust which is for the time being governed by the laws of the Islands or in regard to any disposition of property upon the trusts thereof including questions as to....*"

İlgili düzenlemenin 91. maddesi ise kurulan bu 'ateşten duvar'ın temel taşlarından bir diğerini teşkil etmektedir. Bu hükme göre Cayman Adaları hukukuna göre kurulan trustların ve bu trustlara yapılan mal varlığı devirlerine ilişkin hukuki işlemlerin geçerliliği hususu, yabancı mahkeme kararlarına karşı bağımsızlık sahibidir. Özellikle kurucuyla bir şahsi ilişki içinde olan alacaklıların veya mirasçılık ilişkisi içinde olan saklı paylı mirasçılarının trustın geçerliliğine veya yapılan mal varlığı devrinin hükümsüzlüğüne ilişkin itirazları sonucunda elde edilen yabancı mahkeme kararlarının (örneğin bir tasarrufun iptali ya da tenkis kararının) Cayman Adaları hukukunca tanınmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.²⁶³

Cayman Adaları trust hukukunun yatırımcılarına sunduğu bir diğer avantaj ise trustın anavatanı olan İngiliz hukukunda hâkim ve daha sonra ayrıntılı bir şekilde ele alınacak olan lehtar ilkesi (*beneficiary principle*) nedeniyle kural olarak mümkün olmayan amaç trustlarının (*purpose trusts*) kurulabiliyor olmasıdır.²⁶⁴ Amaç trustı ifadesinden kasıt belirli ya da belirlenebilir bir kişi veya kişiler lehine değil, bir amaç uğruna (söz gelimi bir iş kurulması, bir borcun ödenmesi için) kurulan trustlardır. Bu doğrultuda Cayman Adaları trust hukukunun müşretilerine sunduğu en popüler trust türünün STAR (*Special Trust Alternative Regime*) trust olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²⁶⁵ 1997 yılında yürürlüğe giren STAR trusta ilişkin kurallar uyarınca, trust belirli kişiler lehine ya da bir amaç uğruna

²⁶³ Cayman Adaları Trust Yasası m. 91 şu şekildedir: "Subject to the same provisos as are set out in paragraphs (i) to (vi) of section 90, it is expressly declared that no trust governed by the laws of the Islands and no disposition of property to be held upon the trusts thereof is void, voidable, liable to be set aside or defective in any fashion, nor is the capacity of any settlor to be questioned, nor is the trustee, any beneficiary or any other person to be subjected to any liability or deprived of any right, by reason that-(a)the laws of any foreign jurisdiction prohibit or do not recognise the concept of a trust; or b)the trust or disposition avoids or defeats rights, claims or interests conferred by foreign law upon any person by reason of a personal relationship to the settlor or by way of heirship rights, or contravenes any rule of foreign law or any foreign judicial or administrative order or action intended to recognise, protect, enforce or give effect to any such rights, claims or interests." Hükme ilişkin olarak bkz. Cincelli, s. 298-299; Collins, s. 362.

²⁶⁴ Lehtar ilkesine ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 145 vd.

²⁶⁵ Cincelli, s. 301. STAR trustın tercih edilme nedenlerine ilişkin olarak bkz. Antony Duckworth, Star Trusts: Part VIII – Special Trusts – Alternative Regime, Trust & Trustees, C. 19, S. 2, 2013, s. 221-223.

kurulabilir ve her iki durumda da güvenilenin trustı gereği gibi yönettiğini gözetme ve gerektiğinde hak ileri sürme yetkisi gözetici (*protector/enforcer*) olarak adlandırılan kişiye aittir.²⁶⁶ Bu bağlamda STAR trustın, İngiliz hukuku trust yapısından ve ilkelerinden önemli derecede ayrıldığını ve trust hukukuna yeni bir soluk getirdiğini söylemek mümkündür. Nitekim bu yüzden STAR trustın gerçek bir trust olup olmadığının dahi öğretilde tartışmalı olduğu ifade edilmelidir.²⁶⁷

1.1.2.4. Uluslararası Düzlemde Trust

1.1.2.4.1. Trustlara Uygulanacak Hukuk ve Trustların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu

Küreselleşen dünyada yabancı unsurlu uyuşmazlıkların sayısının git gide artması, trust kurumunun da milletlerarası özel hukuk alanında daha görünülür hâle gelmesi sonucunu doğurmuştur. Trustın *common law* sistemlerine özgü bir kurum olduğu, *civil law* sistemlerinde ise bir muadilinin bulunmadığı gerekçesiyle yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşılması, 1982 yılında bu doğrultuda bir uluslararası sözleşmenin hazırlanması için özel bir komisyon kurulmasını gerektirmiştir.²⁶⁸ Yirmiden fazla ülkeden gelen temsilciden

²⁶⁶ Bkz. Cayman Adaları Trust Yasası m. 100. STAR trust, Cayman Adaları Trust Yasası'nın 95. ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre STAR trustın kurulabilmesi ve ilgili hükümlerin uygulama bulabilmesi için trustın kurucu belgesinde bunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir, aksi takdirde adi trusta (*ordinary trust*) ilişkin hükümler devreye girmektedir. Gözetici (*protector/enforcer*) kavramına ilişkin olarak bkz. Cincelli, s. 305-309. Ayrıca bkz. aşağıda s. 156 vd.

²⁶⁷ Bu tartışmaya ilişkin olarak bkz. Cincelli, s. 302-303. STAR trust yapısına ilişkin ayrıntılı bir inceleme için ayrıca bkz. Duckworth, s. 215 vd.

²⁶⁸ Jonathan Harris, *The Hague Trusts Convention*, Hart Publishing, 2002, s. 83-84; Hein Kötz, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition* (bundan böyle 'Hague Convention'), *Modern International Developments in Trust Law* (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, s. 38-39. Ortaya çıkan bu kanunlar ihtilafı sorununun en önemli boyutu, trust ilişkisinin vasıflandırılmasına ilişkindir. Bilindiği üzere yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için öncelikle bu uyuşmazlığın temelindeki hukuki ilişkinin vasıflandırılması esastır. Trust kurumu bakımından ortaya çıkan en temel sorun ve Lahey Konvansiyonu'nun hazırlanmasındaki en önemli motivasyon da budur. Bkz. Saatcıoğlu, s. 156-157; Thévenoz, s. 35 vd. Bir örnekle vasıflandırmanın önemini vurgulamaya çalışalım: İsviçre'de trustın kendine özgü bir hukuki kurum olarak kabul edilmesinden önce, İsviçre mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıklarda trust yapısına hangi bağlama kurallarının

oluşan bu komisyon tarafından hazırlanan taslak sözleşme, 1 Temmuz 1985 tarihinde Lahey Konferansı'nda kabul edilmiştir.²⁶⁹ Bugün itibariyle aralarında Birleşik Krallık, Kanada ve Avustralya gibi *common law* ülkelerinin yanı sıra İtalya, İsviçre, Hollanda ve Lüksemburg gibi *civil law* ülkelerinin de bulunduğu toplam 13 ülkede²⁷⁰ yürürlükte olan bu Konvansiyon'un amacı giriş kısmında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Common law ülkelerinde equity mahkemelerinde gelişmiş bir kurum olan ve bazı diğer hukuk sistemlerinde de belirli

uygulanacağı konusunda belirsizlik mevcuttu. Bazı mahkemeler trustı bir şirkete benzetmiş ve bu yöndeki (idare merkezini esas alan) bağlama kurallarını uygulamış, bazı mahkemeler ise (İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Harrison* kararında yapmış olduğu gibi) trustı bir sözleşme ilişkisine benzeterek bu yöndeki kuralları uygulanmıştır. *Harrison* davası, İsviçre mahkemelerinin önüne gelen ve bir trustı ilgilendiren ne ilk ne de son dava olmasına rağmen bir mihenk taşı olarak kabul edilmektedir. Bkz. *Cincelli*, s. 376. Bunun temel sebebi, henüz Lahey Konvansiyonu'nu imzalamamış (dolayısıyla trust kurumuna kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla dahi sisteminde yer vermemiş olan) İsviçre'de, karşılaşılan bir uyuşmazlığın merkezinde bulunan trust yapısının hukukten nasıl tanımlanması gerektiği sorusunun ilk kez açıkça yanıtlanmış olmasıdır. İlgili kararda uyuşmazlık, ABD vatandaşı Bay *Harrison*'un eski eşi (Bayan *Wrentmore*) ve çocukları lehine kurmuş olduğu trust'ın geçerliliğine ilişkindir. Davacı, Bay *Harrison*'un yeni eşi (*Maria Harrison*) tarafından, trustın geçersizliğinin tespit edilmesine ve güvenilen bankada yer alan fonların kendisine (mirasçı sıfatıyla) devredilmesine ilişkindir. Bu kararda esas ilgi çekici olan, Federal Mahkeme'nin bu kararı verirken izlediği yol ve sunduğu gerekçelendirilmedir. Trust, Türk hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da bir hukuki kurum olarak mevcut olmadığından, Mahkeme bu yapının geçerli olduğuna karar vermeden önce trustı İsviçre hukukunda hâli hazırda mevcut diğer hukuki araçlarla benzeştirmeye çalışmıştır. Federal Mahkeme, İsviçre hukukunda *Harrison ve Wrentmore* arasındaki sözleşmeyle kurulan trustı tüm yönleriyle karşılayabilecek, ona tamamen paralel bir hukuki aracın bulunmadığını altını çizmiş ve kurulan trust yapısının İsviçre hukukunda mevcut birçok farklı kurumun özelliklerini barındırdığını ifade etmiştir. Bu kurumlar özellikle vekalet sözleşmesi, inançlı temlik, bağışlama sözleşmesi ve üçüncü kişi lehine sözleşmedir. Bu nedenle Federal Mahkeme, uyuşmazlık konusu trustın yukarıda sayılan sözleşme tiplerinin birtakım özelliklerini barındıran karma bir sözleşme olarak nitelendirmiş ve bu karma sözleşmeye kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca İsviçre borçlar hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Sonuç olarak Federal Mahkeme, yurt dışında kurulmuş bu trust yapısını İsviçre hukukunda mevcut hukuki araçları kullanarak anlamlandırmaya, daha da önemlisi bu yapıyla amaçlananı gerçekleştirmeye çalışmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkeme'nin bu kararının öğretilerde çokça tartışıldığı ve eleştirildiği belirtilmelidir. Bu doğrultuda trustın karma bir sözleşme olarak nitelendirilmesinin, trustın bir yanı sıra eşya hukukuna azanan yapısıyla ters düştüğü ifade edilmiştir. Bkz. *Eichner*, s. 141. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. *Cincelli*, s. 376 vd.; *Seiler*, s. 43 vd.; *Supino*, s. 151 vd.

²⁶⁹ Bu ülkeler arasında hem Birleşik Krallık, Kanada, ABD gibi *common law* ülkeleri, hem de Avusturya, Fransa, Almanya, İsviçre gibi Kara Avrupası ülkeleri mevcuttur. Katılımcı ülkelerin tam listesi için bkz. *Alfred E. von Overbeck*, Hague Conference on Private International Law: Explanatory Report by Alfred von Overbeck on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, *International Legal Materials*, C. 25, 1986, s. 370.

²⁷⁰ Güncel yürürlük tablosu için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59> (son erişim tarihi 10.12.2019)

birtakım değişikliklerle benimsenen trustın eşsiz/kendine özgü bir hukuki kurum olduğu göz önünde bulundurulur trustlara uygulanacak hukuka ilişkin ortak kuralların tesis edilmesi ve trustların tanınmasına ilişkin en önemli hususların düzenlenmesi... ”²⁷¹

Konvansiyon dört temel bölümden oluşmaktadır: Kapsam, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Genel Hükümler.²⁷² Konvansiyon’un kapsamına ilişkin bölümde öncelikle Konvansiyon’un amacının trustlara uygulanacak hukukun belirlenmesi ve trustların tanınması olduğu belirtilmiş (m. 1), ardından Konvansiyon bağlamında trusttan söz edilebilmesi için aranan şartlar sıralanmıştır (m. 2). Takip eden hükümden Konvansiyon’un ancak hukuki işlemde doğan (iradi) ve yazılı şekilde kurulan trustlara uygulanacağı belirtilmiştir (m. 3).²⁷³ Trusta uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin ikinci bölümde ise kurucunun yaptığı hukuk seçiminin öncelikli olduğu, ancak bu yönde bir hukuk seçimi yapılmadıysa trustla en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı hükme bağlanmıştır (m. 6-7).²⁷⁴

Konvansiyon ile amaçlanan trust kurumunun söz konusu olduğu yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda mahkemelere uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için bir kurallar bütünü sunulmasıdır. Bunun dışında Konvansiyon’un bir adım daha öteye giderek, taraf ülkelerin iç hukuk düzenlerinde bir uyumlaştırmayı veya trust ya da

²⁷¹ “The States signatory to the present Convention, Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution, Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues concerning the recognition of trusts, Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions...”

²⁷² Konvansiyon’un genel çerçevesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Saatiçioğlu, s. 166 vd.; Von Overbeck, s. 74 vd.; Donovan Waters, The Hague Trusts Convention Twenty Years On (bundan böyle ‘Hague Convention’), Commercial Trusts in European Private Law (ed. Michele Graziadei/Ugo Mattei/Lionel Smith), Cambridge University Press, 2005, s. 71 vd.

²⁷³ Dolayısıyla daha sonra aşağıda incelenecek olan kanundan doğan trustlar Konvansiyon’un kapsamından dışlanmıştır. Bkz. Harris, s. 134. Hukuki işlemde doğan-kanundan doğan trust ayrımına ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 167 vd. Konvansiyon’un kapsamına ilişkin hükümlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Harris, s. 100 vd.; Kötz, Hague Convention, s. 39-41; Saatiçioğlu, s. 172 vd.

²⁷⁴ Harris, s. 166 vd.; Kötz, Hague Convention, s. 41-43; Saatiçioğlu, s. 1796 vd.; Waters, Hague Convention, s. 69.

trust benzeri hukuki kurumlara sahip olmayan hukuk sistemlerinde bu yönde adımların atılmasını sağlamak amacıyla sahip olmadığı ifade edilmektedir.²⁷⁵

Common law ve *civil law* ülkeleri arasında bir köprü kurma amacıyla yola çıkan²⁷⁶ Konvansiyon'un bugün istenilen başarıya ulaşmış ulaşmadığı sorgulanabilir.²⁷⁷ Zira ABD'nin de içinde bulunduğu bazı *common law* ülkelerinin ve *offshore* ülkelerinin çok büyük bir kısmının yanı sıra *civil law* ülkeleri arasında da Konvansiyon'un kabulü konusunda bir isteksizliğin ya da kararsızlığın mevcut olduğunu söylemek mümkündür. *Common law* sistemleri açısından bakıldığında, Birleşik Krallık, Kanada ve Avustralya'nın Konvansiyonu onaylamış olması kuşkusuz önemli bir gelişmedir. Bu Devletlerin Konvansiyon'u kabulünden kısa bir süre sonra yürürlüğe sokması da bu konudaki motivasyonlarının bir göstergesi olarak yorumlanabilir.²⁷⁸ Kuşkusuz trustın bu hukuk sistemlerinin sıklıkla kullanılan önemli bir parçası olduğu düşünüldüğünde, bu Devletlerin trustın uluslararası alanda tanınmasına ilişkin bu Konvansiyon'a sıcak bakmalarını anlamlandırmak zor değildir.²⁷⁹ Konvansiyon'un lehtar ve güvenilen arasındaki ilişkiyi esas alan, daha açık bir ifadeyle kurucunun trustın kuruluşundan sonra resimden çıktığı geleneksel trust yapısını dikkate aldığı göz önünde bulundurulduğunda, kuruculara trustın yönetimi konusunda önemli yetkiler tanıyan *offshore* ülkelerinde Konvansiyon'un neden kabul görmediğini anlamlandırmak da mümkün olmaktadır.²⁸⁰ Nitekim müşterilerine sundukları avantajlı kurallar vasıtasıyla sürekli bir rekabet içinde olan bu sistemlerin dünya genelinde trustlara uygulanacak kuralların uyumlaştırılmasına ilişkin bu çalışmanın önemli bir parçası olmamaları da aslında şaşırtıcı olmasa gerektir.²⁸¹ *Civil law* sistemlerine bakıldığında, 1992

²⁷⁵ Von Overbeck, s. 373; Waters, Hague Convention, s. 65-66.

²⁷⁶ Von Overbeck, s. 372.

²⁷⁷ Harris, s. 425. Bu yönde olumsuz bir değerlendirme için bkz. Jeffrey Schoenblum, The Hague Convention on Trusts: Much Ado About Very Little, Journal of International Trust and Corporate Planning, C. 3, S. 1, 1994, s. 5-22.

²⁷⁸ Benzer yönde bkz. Waters, Hague Convention, s. 83.

²⁷⁹ Bu konuda bkz. Harris, s. 84-85.

²⁸⁰ Waters, Hague Convention, s. 83-87.

²⁸¹ Waters, Hague Convention, s. 85-86.

yılında İtalya ve 1996 yılında Hollanda'nın Konvansiyon'u yürürlüğe koymasından sonra 2000'li yılların başlarında Lüksemburg, Lihtenştayn ve San Marino'nun, 2007 yılında ise İsviçre'nin bu yönde adım attığı görülmektedir. Dolayısıyla *civil law* sistemlerinde kademeli bir gelişmenin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.²⁸² Nitekim bu nedenle Konvansiyon'un kabulüne ilişkin önümüzdeki yıllarda da gelişmelerin yaşanmasının muhtemel olduğu, insan hakları veya çevrenin korunması gibi konuların aksine ivedi bir niteliğe sahip olmayan bu Konvansiyon'un kabulüne ilişkin bu görece yavaş bir şekilde vuku bulan gelişmelerin Konvansiyon'un genel olarak başarısız olduğuna kanaat getirmek için yeterli olmadığı ifade edilmektedir.²⁸³

Sonuç olarak Konvansiyon günümüzde her ne kadar ancak sınırlı sayıda ülkede yürürlükte olsa da, trust hukukunun uluslararası düzlemde tartışılmaya başlanmasına ilişkin bir mihenk taşı olarak kabul edilmektedir.²⁸⁴ Nitekim Konvansiyon'un 1985 yılında kabul edilmesinden sonra trust hukuku alanında önemli gelişmelerin yaşandığını ve bu konudaki akademik çalışmaların yoğunlaştığını gözlemlemek mümkündür.²⁸⁵ Konvansiyon'un bir diğer önemli etkisi ise, trust hukukunun uluslararası düzlemde uyumlaştırılmasına ilişkin birtakım diğer çalışmalara da öncülük etmiş olmasıdır. Aşağıda bu çalışmalardan Avrupa Trust Hukukunun İlkeleri'ne (*Principles of European Trust Law*) ve Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak'a (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Framework of Reference*) kısaca değinilecektir.

²⁸² Kara Avrupası ülkelerinde Konvansiyon'un onaylanmasına ilişkin çekingenliğin olası sebeplerine dair bir değerlendirme için bkz. **Harris**, s. 90-92.

²⁸³ **Waters**, Hague Convention, s. 88. Benzer yönde bkz. **Harris**, s. 426-427.

²⁸⁴ **Harris**, s. 425; **Waters**, s. 93-94.

²⁸⁵ **Waters**, s. 88-89. Bu gelişmelere ilişkin örnekler için bkz. yukarıda s. 39 vd.

1.1.2.4.2. Avrupa Trust Hukukunun İlkeleri

Avrupa Trust Hukukunun İlkeleri ('İlkeler') 1996 yılında kurulan, çeşitli *common law* ve *civil law* ülkelerinin önde gelen hukukçularından oluşan Avrupa Trust Hukuku Uluslararası Çalışma Grubu'nun 1999 yılında ortaya koyduğu, trustın işleyişine dair kuralların ve trust hukukuna hâkim ilkelerin kaleme alındığı bağlayıcı olmayan bir akademik çalışmadır.²⁸⁶ Eldeki çalışmanın yazarının da birinci elden deneyimlediği gibi, *common law* sistemlerinde trustların işleyişine ilişkin temel ilkelerin sistematik bir bütün hâlinde ele alındığına pek rastlanmamaktadır. Bu nedenle özellikle trust kurumuna yabancı olduğu düşünülen *civil law* sistemlerinde bu kurumun işleyişine ilişkin olarak son yıllarda ortaya çıkan merakın giderilebilmesi ve bu hukuk sistemlerinde gerçekten trust kurumuna ihtiyaç olup olmadığının bilinçli bir şekilde değerlendirilebilmesi için sade ve kapsamlı bir akademik çalışma yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bu doğrultuda bundan yirmi yıl önce ortaya koyulan bu çalışmanın amacının trusta hâkim ilkelerin basit bir şekilde (8 madde hâlinde) ortaya konularak trustın uluslararası düzlemdeki görünürlüğüünün arttırılması ve anlaşılabilirliğinin kolaylaştırılması olduğu ifade edilmektedir.²⁸⁷

Bu doğrultuda trustın temel nitelikleri, kuruluşu, trust fonu, trustın lehtarları veya amacı, güvenilenin borçları ve yetkileri, trust ihlali hâlinde ortaya çıkan yaptırımlar, trust ihlali hâlinde üçüncü kişilerin sorumlulukları ve trustın sona ermesi hususlarında devreye giren temel prensipler ortaya konulmuş, trust konusunda akademik çalışma yapmak isteyen hukukçular, bu prensipler doğrultusunda sözleşme akdetmek isteyen uygulamacılar ve trustı iç hukuk sisteminde benimsemeyi düşünen yasa koyucular için bir rehber ya da bir yol haritası çizilmiştir. Ardından ilgili hükümlere dair Profesör *Hayton* tarafından hazırlanan bir şerhe ve İskoçya, Almanya, İsviçre, İtalya, Fransa, İspanya, Danimarka ve

²⁸⁶ David Hayton/Sebastian Kortmann/Rick Verhagen, *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, 1999.

²⁸⁷ Hayton/Kortmann/Verhagen, s. 11.

Hollanda’da trust benzeri kurumların işleyişi, bunlara ilişkin temel ilkeler ve bu kurumların trust ile karşılaştırılmasının yer aldığı ulusal raporlara yer verilmiştir.²⁸⁸

Herhangi bir bağlayıcılığı²⁸⁹ ya da model kanun niteliği olmayan İlkeler’e bu çalışma kapsamında daha fazla yer verilmeyecektir. Ancak bir sonraki başlığa geçmeden önce bir hususun altının çizilmesi gerekmektedir: İlkelerin belki de en ilgi çekici yanı, birinci maddede trust yapısının özellikleri sıralanırken *common law* – *equity law* ayrımından hareket edilmemiş olmasıdır.²⁹⁰ Aşağıda inceleneceği üzere Lahey Konvansiyonu’na paralel olarak İlkeler’de de trust, trust fonunun güvenilenin mal varlığından ayrılığı ve güvenilenin başkasının (lehtarın) menfaatine hareket etmesinden yola çıkılarak tanımlanmıştır. Böylece trust yapısının mutlaka *common law* ülkelerindeki gibi iki başlı bir hukuk sisteminin ürünü olması gerektiğine ilişkin ön yargıya karşı çıkılarak trustın aslında *civil law* sistemlerinde de kabul edilebilir bir yapı olduğuna ilişkin güçlü bir sinyal verilmiştir.

1.1.2.4.3. Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak (DCFR)

Avrupa Komisyonu’nun 2003 yılında kabul ettiği ‘Avrupa Özel Hukukunda Uyumluluğun Artırılmasına İlişkin Eylem Planı’nı²⁹¹ takiben, Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (*Study Group on a European Civil Code*) ve Avrupa Birliği

²⁸⁸ Bu çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. David Hayton, Principles of European Trust Law (bundan böyle ‘Principles’), Modern International Developments in Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, s. 19 vd.

²⁸⁹ Cincelli, s. 428-429.

²⁹⁰ Cincelli, s. 431. İlkelerin 1. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: “Trustta, güvenilen olarak adlandırılan kişi kendi mal varlığından ayrı bir şekilde malik olduğu mal varlığını (trust fonu) lehtar olarak adlandırılan kişinin menfaatine ya da bir amacın gerçekleştirilmesi uğruna yönetir.” (*In a trust, a person called the “trustee” owns assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (“trust fund”) for the benefit of another person called the “beneficiary” or for the furtherance of a purpose.*)

²⁹¹ Com/2003/68 (final), Official Journal 63, T. 15.03.2003. Tam metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0068&from=en> (son erişim tarihi 10.12.2019)

Müktesebatı Çalışma Grubu (*Acquis Group*), Avrupa özel hukunun temel ilkelerini ortaya koymak, ilgili kavramlara dair ortak tanımlamalar yapmak ve ileride oluşturulabilecek ortak bir özel hukuk düzenlemesine esas teşkil etmek amacıyla Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak'ı ('DCFR') kaleme almıştır.²⁹² DCFR'in son hâli 2009 yılında, sözleşme hukukundan haksız fiile, sebepsiz zenginleşmeden teminat hukukuna kadar birçok alandaki ortak kuralları ortaya koyan toplam on kitaplık ve altı ciltlik bir çalışma olarak yayınlanmıştır.

Esasen Avrupa'da sözleşme hukukunun uyumlaştırılması ve bu alanda bir ortak hukukun oluşturulması fikriyle yola çıkılmasına rağmen, sözleşme hukukunun dışında kalan birçok hususun da bu çalışmanın kapsamına alınmasının beraberinde birtakım eleştirileri getirdiği ifade edilmelidir.²⁹³ DCFR'in trust hukukuna ilişkin olan ve 116 maddeden oluşan onuncu kitabının ise söz konusu bu 'yetki aşımının' en çarpıcı örneği olduğunu söylemek mümkündür.²⁹⁴

DCFR'in Avrupa trust hukuku için öngördüğü trust yapısı, aşağıda incelenecek olan İngiliz hukukundaki trust yapısıyla birçok açıdan önemli derecede benzerlik göstermektedir.²⁹⁵ Bunların başında, trustin her zaman bir sözleşme ilişkisine bağlı olmak zorunda olmadığını, diğer bir ifadeyle tek taraflı irade beyanıyla

²⁹² Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Paula Giliker**, *The Draft Common Frame of Reference and European Contract Law: Moving From The 'Academic' to the 'Political', The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?* (ed. James Devenney/Mel Kenny), CUP, 2013, s. 23 vd.; **Simon Whittaker**, *A Framework of Principle for European Contract Law?*, LQR, C. 125, 2009, s. 618 vd. Bu doğrultuda, saf bir akademik çalışma olarak görülen DCFR'in, daha sonra Avrupa Birliği'nde bir yasama faaliyetine konu olabilecek (dolayısıyla politik) bir düzenlemenin ilk ayağını oluşturduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Giliker**, s. 24-25; **Whittaker**, s. 619. DCFR'in yapısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Hugh Beale**, *The Draft Academic Common Frame of Reference and the Toolbox, Theory and Practice of Harmonisation* (ed. Mads Andenas/Camilla Baasch Andersen), Edward Elgar Publishing, 2011, s. 115 vd.; **Giliker**, s. 27 vd.

²⁹³ Bkz. **Giliker**, s. 26; **Nils Jansen/Reinhard Zimmermann**, *A European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purposes of Draft Common Frame of Reference*, Cambridge Law Journal, C. 69, 2010, s. 98-100.

²⁹⁴ Benzer yönde bkz. **Jansen/Zimmermann**, s. 98, 100, 103.

²⁹⁵ **Alexandra Braun**, *Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The 'Best Solution' For Europe?* (bundan böyle 'DCFR'), Cambridge Law Journal, C. 70, S. 2, 2011, s. 334.

kurulmasının mümkün olduğunun hükme bağlanmış olması gelmektedir.²⁹⁶ Bir diğer önemli benzerlik, Lahey Konvansiyonu'nun ve İlkeler'in aksine, DCFR'in bir lehtar için değil, belirli bir amaç için kurulan trust yapılarına, yani amaç trustlarına, geçerlilik tanımamasıdır.²⁹⁷

DCFR'in trust hukuku kitabını diğer kitaplarından ayıran önemli birkaç husus söz konusudur. Öncelikle trust kurumu AB müktesebatında daha önceden düzenlenmiş bir alan olmadığı için, DCFR'in ilgili hükümlerinin AB müktesebatındaki genel ilkeleri yansıtan kurallar olduğunu söylemek mümkün değildir.²⁹⁸ Daha da önemlisi, sözleşme veya haksız fiil gibi temel konuların aksine trust hukuku her Üye Devlet hukuk sisteminin bir parçası olmadığından, DCFR'in gerçekten bir karşılaştırmalı hukuk çalışması sonucunda "Avrupa trust hukukuna hakim temel ilkeleri ortaya koyan" bir metin olduğunu iddia etmek de mümkün olmamaktadır.²⁹⁹ Bununla birlikte, kanımca AB'de özel hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin en kapsamlı çalışmalardan birinde trust kurumunun da ele alınması, trusta ilişkin özellikle son yıllarda kendini gösteren karşılaştırmalı hukuktaki ilginin en belirgin kanıtlarından biridir. Bu nedenle bu açıdan bakıldığında söz konusu çalışmayı, bir yasama faaliyetine dönüşme ihtimali hemen hemen hiç bulunmasa da,³⁰⁰ olumlu karşılamak mümkündür.³⁰¹

²⁹⁶ **Braun**, DCFR, s. 334. Bkz. DCFR, X-2: 103. Hatırlanacağı üzere Fransa veya Almanya gibi hukuk sistemlerinde yer alan trust-benzeri hukuki kurumların (*fiducie* ve *Treuhand*) hepsinin temelinde bir sözleşmesel ilişki yatmaktadır. Buna karşılık İngiliz hukukunda trust, kurucunun tek taraflı irade beyanıyla kurulabilmekte, bu durum da kurucunun aynı zamanda güvenilen olabilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bkz. **Underhill/Hayton**, s. 22; **Claudio Weingart**, *Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen im internationalen Verhältnis – unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts*, Schultess, 2010, s. 32.

²⁹⁷ **Braun**, DCFR, s. 331-332. İngiliz hukukunda lehtar ilkesine ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 145 vd.

²⁹⁸ **Braun**, DCFR, s. 339.

²⁹⁹ **Braun**, DCFR, s. 339. *Braun*, DCFR'nin temel olarak İngiliz hukukunu esas aldığı, bu nedenle bir karşılaştırmalı çalışmanın ürünü olmadığını ifade etmekte ve bu faaliyeti bir 'hukuki emperyalizm' göstergesi olarak eleştirmektedir.

³⁰⁰ **Braun**, DCFR, s. 343; **Marius J. De Waal**, Chapter 38: Comparative Succession Law (bundan böyle 'Succession'), *The Oxford Handbook on Comparative Law* (ed. Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann), OUP, 2. bası, 2019, s. 1082.

³⁰¹ Benzer yönde bkz. **Thévenoz**, *Global Legal Concept*, s. 32-33.

1.1.3. Günümüzde Trustın İşlevleri ve Uygulamadaki Yeri

Ortaya çıkış sebebi ve tarihsel gelişimi dikkate alındığında trust kurumunun işlevleri arasında akla ilk gelen kuşkusuz sağlar arası bir işlem veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla karşılıksız kazandırma yapılmasıdır. Günümüzde hâlâ birçok kişi tarafından hem nesiller arası mal varlığı aktarımı hem de korunmaya muhtaç olduğu düşünülen kişilerin maddi anlamda desteklenmesi amacıyla trust kurma yolunun tercih edildiği bilinmektedir. Trust her ne kadar ilk başta sadece karşılıksız kazandırmalar ve dolayısıyla nesiller arası servet aktarımı işlevlerini üstlenen, dolayısıyla uygulaması bu tür kişisel endişeler ve taleplerle sınırlı bir hukuki araç olarak ortaya çıkmış olsa da, özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren ticaret hayatında da birçok alanda kullanılan çok yönlü ve dinamik bir yapı hâlini almıştır.³⁰² Bu doğrultuda trustın karşılıksız kazandırmaların dışında en azından iki temel işleve daha sahip olduğunu söylemek mümkündür; bunlardan ilki mal varlığının yönetimi işlevi, ikincisi ise teminat işlevidir.

Trustın uygulamada bir mal varlığı yönetimi, yatırım ve teminat aracı olarak öne çıkmasının temel sebeplerinden biri, geleneksel trust yapısında içkin parçalanmış mülkiyet kavramı sayesinde trustın konusunu oluşturan mal varlığının ayrı bir mal varlığı olduğunun kabul edilmesidir.³⁰³ Zira bu sayede yönetim ve hak sahipliği kavramları birbirinden ayrılabilen, böylece daha profesyonel bir yönetim sistemi kurulurken hak sahibinin menfaatlerinin zedelenmesi de büyük ölçüde engellenebilmektedir.³⁰⁴ Bunun dışında güvenilenin omuzlarına yüklenen sorumluluklar ve bunlara bağlanan sıkı yaptırımlar sayesinde hem güvenilenin iradesinin hem de lehtarın menfaatlerinin bir sözleşme ilişkisine kıyasla çok daha

³⁰² Thévenoz, Global Legal, s. 13-14.

³⁰³ Benzer yönde bkz. David Hayton, The Uses of Trusts in The Commercial Context (bundan böyle 'Commercial'), Modern International Developments in Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, s. 153; Tettenborn, 44-45; Sarah Worthington, The Commercial Utility of the Trust Vehicle (bundan böyle 'Commercial'), Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, s. 152 vd.

³⁰⁴ Graziadei/Mattei/Smith, s. 14-15.

kuvvetli bir hukuki kalkanla korunuyor olması, uygulamada trustın tercih edilme sebeplerinden bir diğeri olarak gösterilmektedir.³⁰⁵

Trustın kuruluşu veya geçerliliği kural olarak bir şekil şartına bağlanmadığı gibi, trustların kaydedildiği genel bir sicil de bulunmadığından bugün dünya üzerinde kaç tane trustın kurulu olduğu ve bu trust fonlarında ne büyüklükte bir mal varlığının tutulduğunu söylemek mümkün değildir.³⁰⁶ Bununla birlikte özellikle ticaret hayatında kullanılan trustların *common law* ülkelerinin ekonomilerindeki yerinin epey büyük olduğu düşünülmektedir.³⁰⁷

‘Ticaret hayatında kullanılan trust’ ifadesinin, belirli bir amaç için kurulmuş ve benzer özellikler taşıyan hukuki ve ekonomik yapılara karşılık gelecek şekilde kullanılmadığı belirtilmelidir. Zira trust, sahip olduğu esnek yapı sayesinde ticaret hayatının birçok farklı alanında tercih edilen bir hukuki araç olarak kendini göstermektedir. Bu alanların belki de en önemlisi trustın bir kolektif yatırım kuruluşu olarak kullanılmasıdır. Bilindiği üzere kolektif yatırım kuruluşları, tüzel kişiliği haiz yatırım ortaklıkları ve tüzel kişiliğe sahip olmayan yatırım fonlarını içine alan bir üst başlıktır.³⁰⁸ Trust ise burada ikinci tür kolektif yatırım kuruluşu yapısına denk düşmektedir. Küçük yatırımcıların sermaye piyasalarında etkin bir rol oynayabilmesi ve bu şekilde sermaye piyasaları üzerinden ulusal ekonominin güçlendirilebilmesi ancak kolektif yatırım kuruluşları sayesinde mümkün olmaktadır; bu nedenle yatırım fonu görüntüsü altında kendini gösteren trust

³⁰⁵ Moffat, s. 5; Worthington, Commercial, s. 138 vd. Güvenilenin yükümlülüklerine ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 255 vd.

³⁰⁶ Robert Flannigan, Business Applications of the Express Trust (bundan böyle ‘Business’), La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D’Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, s. 65.

³⁰⁷ Hansmann/Mattei, s. 436; Küçükgüngör, s. 5; John Langbein, The Secret Life of the Trust: The Trust As An Instrument of Commerce (bundan böyle ‘Commerce’), Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, s. 182-183. Nitekim Kanada, Birleşik Krallık ve ABD’de kurulu trust yapılarının yüzde 90’ının ticaret hayatında kullanılan trustlar olduğu ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. François Barrière, La Reception du Trust Au Travers de La Fiducie, Litec, 2004, s. 214; David Hayton, The Developing European Dimension of Trust Law (bundan böyle ‘European Dimension’), Kings College Law Journal, C. 10, 1999, s. 65, dn. 36; Langbein, Commerce, s. 170.

³⁰⁸ Bkz. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 3(m).

yapısının ekonomik gelişmeye katkısının yadsınamaz derecede önemli olduğunu söylemek mümkündür.

Aşağıda, trustın güncel ekonomik düzendeki yerinin ve öneminin anlaşılabilmesi amacıyla uygulamada trustın sıklıkla kullanıldığı birkaç alan kısaca incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce trustın sağladığı avantajlardan belki de en önemlisi olan mal varlığının ayrıştırılarak hem kurucunun hem de güvenilenin (olası) alacaklılarından ve iflasından korunması³⁰⁹ ve kurucunun kendisini aynı zamanda lehtar olarak atayabilmesi ihtimali³¹⁰ sayesinde, trust yapısının aynı zamanda bir mal varlığının korunması (*asset protection*) yöntemi olarak tercih edilmeye başlandığı ve bu yönüyle özellikle *offshore* sistemlerinde serpiildiğinin hatırlatılmasında yarar vardır.³¹¹ Bu açıdan bakıldığında trustın tıpkı şirket gibi bir sorumluluğu sınırlandırıcı araç olarak düşünülmesi, trustın karşılıksız kazandırmaları içeren konfor alanından çıkarak bu alanda da sıkça kullanılmasını sağlamıştır. Ancak özellikle yeni bir işe başlamayı düşünen girişimcilerin, riskli bir iş sahibi profesyonellerin veya siyasi anlamda riskli bir bölgede yatırım yapan kurumsal yapıların tercih ettiği³¹² bu trust türünün meşruiyetinin sorgulandığı da anımsanacaktır.³¹³

Son olarak trustın nitelikli bir türü olan hayır işleri trustından (*charitable trust*) kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.³¹⁴ Daha sonra daha ayrıntılı bir şekilde tartışılacağı üzere kural olarak trustın lehtarı bulunmadan sadece belirli bir amaç için kurulması mümkün değildir ve bu ilke lehtar ilkesi (*beneficiary principle*) olarak anılmaktadır.³¹⁵ Bu kuralın belki de en önemli istisnası ise hayır işi trustı olarak adlandırılan, belirli bir kamu yararının yerine getirilmesini konu edinen trust

³⁰⁹ Rick Verhagen, Trusts in Civil Law: Making Use of The Experience of 'Mixed' Jurisdictions, European Review of Private Law, C. 8, S. 3, 2000, s. 480.

³¹⁰ Bkz. aşağıda s. 143.

³¹¹ Matthews, Asset Protection, s. 65; Sterk, Asset Protection, s. 1037.

³¹² Matthews, Asset Protection, s. 64-65.

³¹³ Matthews, Asset Protection, özellikle s. 67 vd. *Offshore* ülkelerde kurulan bu tür trustların yapısı ve bunların geçerliliği meselesine ilişkin olarak ayrıca bkz. yukarıda s. 67 vd.

³¹⁴ Öz, hayır işleri trustı yerine 'kamu yararına trust' ifadesini tercih etmiştir. Bkz. Öz, s. 1431.

³¹⁵ Lehtar ilkesine ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 145 vd.

yapılarıdır. Hayır işi trustları lehtar ilkesinin en temel istisnası olmanın yanı sıra, bu çalışmanın odak konusu olan özel trustlara ilişkin diğer birçok ilke ve kuralın da istisnasını teşkil etmektedir.³¹⁶ Hatta bu nedenle hayır işi trustlarının trust hukukuyla esaslı bir bağı olmadığı dahi ileri sürülmektedir.³¹⁷ Bu nedenle eldeki çalışmanın odak noktasını oluşturan özel trustlardan bambaşka bir yapıyı temsil eden hayır işi trustlarına bu bölümde sadece yüzeysel bir şekilde değinileceği şimdiden ifade edilmelidir.³¹⁸ Ancak hayır işleri trustının bu çalışmada daha fazla incelenmeyecek olmasının tek sebebinin bunların trust hukuku sistemine tam olarak uymaması ve bir nevi istisna teşkil etmesi olduğu düşünülmemelidir. Bu tercihin belki de en önemli sebebi hayır işi trustlarının Türk hukuku bakımından gerçek bir yenilik teşkil etmemesidir. Zira Türk hukukunda hâli hazırda mevcut bir yapı olan vakıf sayesinde hayır işi trustları ile amaçlanan yapının rahatlıkla kurulması mümkündür.³¹⁹ Hatta vakfın, sahip olduğu tüzel kişilik sayesinde trust yapısını bir adım öne taşıdığını iddia etmek de kanımca yanlış olmayacaktır. Bu nedenle hayır işleri trustlarının bu çalışmanın kapsamının dışında bırakıldığı belirtilmelidir.

Aşağıda öncelikle trustların ticaret hayatında en çok kullanıldığı alanlar ve yerine getirdiği işlevler kısaca incelenecektir. Bunların başında trustların varlık/servet yönetimi ve finansman sağlama sürecindeki kullanımı gelmektedir. Bu doğrultuda dünya ekonomisinde önemli yer tutan ve trust yapısı çevresinde organize edilmiş emeklilik fonları ve yatırım fonlarına değinilecek, ardından teminat işlevi bağlamında özellikle bir 'yeni dönem' finansman türü olan menkul kıymetleştirmede trust yapısının rolü üzerinde durulacaktır. Son olarak trustın miras planlamasındaki yeri ve önemine ve ardından da hayır işi trustlarının işleyişine kısaca değinilecektir.

³¹⁶ Örneğin daha sonra incelenecek olan ebedilik yasağı (*rule against perpetuities*), hayır işleri trustları bakımından uygulanmamaktadır. Penner, s. 445. Bu yasağa ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 208 vd.

³¹⁷ Penner, s. 444.

³¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Moffat, s. 880 vd.

³¹⁹ Hansmann/Mattei, s. 437.

1.1.3.1. Varlık Yönetimi ve Finansman İşlevi

Günümüzde uygulamada trustların hacim olarak en çok kullanıldığı alanın varlık yönetimi ve özellikle emeklilik ve yatırım fonları olduğu bilinmektedir.³²⁰ Aslında bir kolektif yatırım kuruluşu olan yatırım fonları ve emeklilik fonlarının birbirinden apayrı bir yapıya sahip olmadığı, bu iki kurumun aslında birçok açıdan örtüştüğü belirtilmelidir. Bu bağlamda emeklilik fonlarının nitelikli birer yatırım fonu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.³²¹ Ancak uygulamadaki öneminden dolayı aşağıda bu iki varlık yönetimi aracı ayrı ayrı incelenecektir. Bu doğrultuda öncelikle emeklilik fonları, ardından da yatırımcıların yatırımlarını çeşitlendirerek sermaye piyasasına entegre olmasını sağlayan ve emeklilik sistemi dışında kalan yatırım fonları kısaca değerlendirilecektir.

1.1.3.1.1. Emeklilik Fonları

Emeklilik fonları (*pension funds*), özellikle ABD ve İngiltere gibi sermaye piyasası güçlü ülkelerde uzun yıllardan beri öne çıkan bir yatırım aracıdır. Hatta öyle ki ABD’de emeklilik fonlarının tüm sermaye piyasası araçlarının çeyreğinden fazlasını elinde tuttuğu ifade edilmektedir.³²² 2016 yılı itibariyle OECD ülkelerinde emeklilik fonlarında değerlendirilen meblağın 38 trilyon ABD Doları’nı aştığı bilinmektedir.³²³ Hem nüfusun giderek yaşlanması neticesinde kamusal emeklilik sistemine olan bağımlılığın azaltılması ihtiyacı, hem de sermaye piyasalarında yaşanması hedeflenen derinleşme ile ekonomik büyümeye sağlanacak katkı motivasyonu ile emeklilik fonları, bu ülkelerden sonra Türkiye dahil birçok

³²⁰ Thévenoz, s. 13.

³²¹ Langbein, Commerce, s. 174, dn. 37.

³²² Langbein, Commerce, s. 173. Bir diğer araştırmaya göre ise bu sayı %40 civarındadır. Bkz. Hansmann/Mattei, s. 436-437. İngiltere’de ise emeklilik fonlarında yer alan yatırımın toplam değerinin 830 milyar İngiliz Sterlini’nin üstünde olduğu bilinmektedir. Bkz. Thomas/Hudson, s. 1263.

³²³ Bkz. OECD Report on Pensions at a Glance 2017 (bundan böyle ‘Report on Pensions’), s. 154. İlgili raporun tam metni için bkz. https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-pensions-at-a-glance_19991363 (son erişim tarihi 10.12.2019)

gelişmekte olan ülke ekonomisinde de yer edinmiştir.³²⁴ Kamusal/sosyal emeklilik sistemine alternatif veya ek olarak öngörülebilir bu özel emeklilik sisteminin iki ayrı ayağı mevcuttur: Bunlardan ilki, kişilerin şahsi birikimlerini tasarrufa çevirdikleri ve bunu yaparken özel bir emeklilik fonuyla anlaştıkları bireysel (*personal*) emeklilik sistemidir. Diğeri ise zorunluluk veya gönüllülük esasına dayanabilen, işçinin iş sözleşmesi süresi boyunca maaşından yapılan kesinti üzerinden belirli bir katkı payı sağlayarak dahil olduğu mesleki (*occupational*) emeklilik sistemidir.³²⁵

Bu doğrultuda emeklilik fonunu, bireyin şahsi birikimlerini yönlendirdiği veya işçinin ve genellikle işverenin iş sözleşmesi boyunca sağladığı belirli bir katkı payının aktarıldığı ve bu kolektif katkı paylarının çeşitli risk gruplarında yer alan yatırım araçlarıyla yönetildiği bir tasarruf aracı olarak tanımlamak mümkündür.³²⁶ Söz konusu fon genellikle özel bir izinle kurulan ve sermaye piyasası otoriteleri tarafından denetlenen yatırım/emeklilik şirketlerince profesyonel yönetim ilkeleri doğrultusunda değerlendirilmektedir. Her ne kadar yönetim tüzel kişiliğe sahip bir şirket tarafından gerçekleştiriliyor olsa da bu fonun bir tüzel kişiliğinin bulunmadığı

³²⁴ Bkz. 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, m. 1: “*Bu Kanunun amacı, kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratarak istihdamın artırılması ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunulmasını teminen, gönüllü katılıma dayalı ve belirlenmiş katkı esasına göre oluşturulan bireysel emeklilik sisteminin düzenlenmesi ve denetlenmesidir.*” Ayrıca bkz. Hüseyin Dağlı/Aykut Karakaya/Esra Bulut, Emeklilik Yatırım Fonlarının Karakteristik Özellikleri ve Performansı: Türkiye Örneği, International Journal of Economic and Administrative Studies, S. 14, 2015, s. 178. Bu konuda Dünya Bankası’nın 1994 tarihli “Yaşlanan Nüfus Krizini Engellemek: Yaşlıların Korunması ve Büyümenin Sağlanması” başlıklı raporu için bkz. <http://documents.worldbank.org/curated/en/973571468174557899/pdf/multi-page.pdf> (son erişim tarihi 10.12.2019)

³²⁵ Mesleki emeklilik sistemine ve işleyişine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas/Hudson, s. 1265 vd. Türkiye’de hem bireysel hem de mesleki özel emeklilik sistemi mevcuttur. Bu iki emeklilik sistemindeki tasarruf miktarının birbirine hemen hemen eşit olduğunu gözlemlemek mümkündür. Türkiye ve bazı diğer OECD ülkelerindeki bireysel/mesleki emeklilik sistemlerindeki tasarruf miktarlarının karşılaştırılmasına ilişkin bir çalışma için bkz. Report on Pensions, özellikle s. 153.

³²⁶ Benzer yönde Tettenborn, s. 51.

ifade edilmelidir. Bu durumda ilgili şirketin, işçiler lehine elinde tuttuğu ve yönettiği mal varlığının düpedüz bir trust yapısına sahip olduğu belirtilmelidir.³²⁷

Kuşkusuz bu şekilde bir tasarruf sisteminin kurulmasının tek yolu trust değildir. Örneğin işçi ve işveren arasında işçinin maaşından her ay ya da belirli aralıklarda kesilen katkı paylarının işveren tarafından elde tutulacağına ve yönetileceğine, zamanı geldiğinde ise bunların tümünden veya irat hâlinde işçiye ödeneceğine ilişkin bir sözleşmenin yapılmasının önünde aslında hiçbir engel yoktur.³²⁸ Bununla birlikte bu kurgunun gereği gibi işleyebilmesi için işverenin mali durumunun her zaman bunun için yeterli olması şarttır; ancak özellikle bu tip uzun süreli sözleşmelerde ödeme gücünün mutlak bir veri olarak dikkate alınması doğası gereği mümkün değildir.³²⁹ Bu nedenle emeklilik fonlarının işverenin mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturduğu ve profesyonel bir güvenilence yönetildiği bir trust kurgusunun daha isabetli olduğu kabul edilmektedir.³³⁰

Türk hukukunda emeklilik yatırım fonları ilk defa 28.02.2002 tarihli ve 24681 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik ile ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu yönetmelik 13.03.2013 tarihli ve 28586 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan aynı isimli Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükte olan Yönetmelik’in 4. maddesinde emeklilik yatırım fonu “*Şirket tarafından emeklilik sözleşmesi çerçevesinde alınan ve katılımcılar adına bireysel emeklilik hesaplarında izlenen katkıların, riskin dağıtılması ve inancalı mülkiyet esaslarına göre işletilmesi amacıyla oluşturulan malvarlığı*” olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda emeklilik fonları bakımından ayrı mal varlığı ilkesiyle pekiştirilmiş bir inancalı sözleşme sisteminin kurulmuş olduğunu söylemek

³²⁷ Tettenborn, s. 51; Thomas/Hudson, s. 1274. Benzer yönde bkz. Yalçın Özge Okat, Türk ve AB Hukukunda Yatırım Fonları, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 28.

³²⁸ Tettenborn, s. 51; Virgo, s. 56.

³²⁹ Virgo, s. 56.

³³⁰ David Hayton, The Uses of Trusts in The Commercial Context (bundan böyle ‘Commercial’), Modern International Developments in Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, s. 162-163.

mümkündür. Dolayısıyla her ne kadar aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan ve trust hukukuyla özdeşleştirilen parçalanmış mülkiyet yapısı söz konusu olmasa da, aynı hukuki korumaya başka bir yoldan ulaşıldığı görülmektedir.³³¹ Nitekim ilgili Yönetmelik'in 18. maddesinde de fonun, fon yöneticisinin (emeklilik şirketinin) mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturduğu, bu nedenle fonun yönetimi dışında kalan işlemler bakımından teminat gösterilemeyeceği, haczedilemeyeceği ve iflas masasına dahil olmayacağına açıkça hükme bağlandığı görülmektedir.³³² Bunun yanı sıra fon yöneticisinin yükümlülüklerinin de Yönetmelik'in 21. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği ve fonun yönetilmesi bağlamında katı birtakım kurumsal yönetim ve yatırım ilkelerinin kabul edildiği görülmektedir.

Dolayısıyla bireysel veya mesleki emeklilik sistemine dahil olan kişilerin, söz konusu birikimleri inanılan sıfatıyla elinde tutan kişinin usulsüz işlemlerine karşı güçlü bir hukuki korumaya sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bahsi geçen bu koruma ise aslında trust yapısının beraberinde getirdiği ve onu özgün ve tercih edilmiş kılınan korumadır. Bu nedenle trust yapısının Türk hukukuna son derece yabancı bir kurum olduğu iddiasının düşünülmesi kadar güçlü bir iddia olmadığına şimdiden belirtilmesinde yarar vardır. Bununla birlikte ayrı mal varlığı ilkesiyle pekiştirilmiş bu inanca sözleşme sisteminin genel bir yapı olarak Türk hukukunda yer almadığı, ancak Kanun'un öngördüğü sınırlı alanlarda devreye girdiğinin altı çizilmelidir. Bu alanlardan bir diğeri ise aşağıda incelenecek olan yatırım fonlarıdır.

³³¹ Parçalanmış mülkiyet yapısının trustin olmazsa olmaz bir unsuru olmadığı, trust için esas önemli olanın lehtarın hakkının özellikle iflas gibi durumlarda ayrı mal varlığı sayesinde korunması olduğu yönünde bkz. Hayton, European Dimension, s. 51. Benzer yönde Thévenoz, Global Legal Concept, s. 12. Krş. Worthington, Commercial, s. 137.

³³² Yönetmelik m. 18: "Fonun malvarlığı şirketin Kanun, emeklilik sözleşmesi, fon içtüzüğü ve ilgili diğer mevzuattan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi dışında hiçbir amaçla kullanılamaz. Fon malvarlığı rehnedilemez, portföye ilişkin olarak yapılan işlemler haricinde teminat gösterilemez, üçüncü şahıslar tarafından haczedilemez ve iflas masasına dahil edilemez."

1.1.3.1.2. Yatırım Fonları

Yatırımcıların birikimlerini bir havuzda biriktirerek ve farklı risk gruplarına dahil çeşitli araçlara yönlendirerek bu birikimlerin değerlendirilmesini sağlayan profesyonel yapılar olan yatırım fonları, yatırımcılara herhangi bir bireysel yatırımcının tek başına sahip olmasının güç olduğu birtakım avantajlar sunmaktadır. Bunların başında bu fonların sunduğu uzmanlık ve sabit maliyetlerin azaltılması anlamına gelen ölçek ekonomileri (*economies of scale*) gelmektedir.³³³ Bir diğer çok önemli avantaj ise yatırım fonlarının sahip oldukları geniş portföy sayesinde yatırım araçlarında çeşitliliğin sağlanması ve bu vesileyle riskin azaltılmasıdır.³³⁴ Esasen 19. yüzyılın başından beri çeşitli şekillerde ortaya çıkan³³⁵ yatırım fonlarına gösterilen ilgi, özellikle 1970'li yıllardan beri gelişmiş ekonomilerde önemli bir yükselişe geçmiştir.³³⁶

Kuşkusuz bir diğer kolektif yatırım kuruluşu olan yatırım ortaklıkları da yukarıda sayılan avantajları yatırımcılara sunmaktadır.³³⁷ Bununla birlikte trust olarak kurulan yatırım fonlarının iflas hâlinde sağladıkları koruma, daha sonra ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan güven ve sadakate dayalı ilişki (*fiduciary relationship*)

³³³ **Anthony Ogus**, *The Trust as Governance Structure*, *The University of Toronto Law Journal*, C. 36, S. 2, 1986, s. 190.

³³⁴ **Langbein**, *Commerce*, s. 175; **Peter Nobel**, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und Internationale Standards*, 3. bası, Stämpfli Verlag, 2010, s. 79; **Ogus**, s. 190; **Hamdi Yasaman**, *İsviçre ve Fransız Hukukunda Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulanma İmkanları*, *Fakülteler Matbaası*, 1980, s. 51 vd.

³³⁵ **Kemal Tahir Gürsoy**, *Mukayeseli Hukukta, Özellikle Türk ve İsviçre Hukuklarında Yatırım Fonları*, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 1977, s. 15 vd.; **Okat**, s. 23 vd.; **Yasaman**, s. 36 vd.

³³⁶ **Langbein**, *Commerce*, s. 175.

³³⁷ Benzer yönde **Onur Yılmaz**, *Kolektif Yatırım Kuruluşlarının Yatırım Fonları Özelinde Değerlendirilmesi*, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a Armağan Özel Sayısı, C. 16, S. 2, 2017, s. 513-514. Yatırım ortaklığı tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirkettir. Bu yapıda yatırımcılar, ilgili yatırım ortaklığında hisse sahibi olmak suretiyle yatırımlarını değerlendirme yolunu seçmektedir. Bu ortaklığın faaliyet konusu varlık portföyünün yönetilmesi ve değerlendirilmesidir. Bkz. **Okat**, s. 33 vd.; **Yasaman**, s. 10. Yatırım ortaklıkları Sermaye Piyasası Kanunu m. 48/1'de şu şekilde tanımlanmıştır: "Yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklardır."

kavramından doğan sıkı sorumluluk rejimi,³³⁸ trustın tüzel kişiliğe sahip olmaması nedeniyle sahip olduğu görece esnek yapı ve tek aşamalı vergilendirmeden kaynaklanan avantajlarının bir kolektif yatırım kuruluşu olarak ortaklık yapısı yerine trust yapısının tercih edilmesine neden olabileceği düşünülmektedir.³³⁹

Yatırım fonları aslen İngiliz hukukunda *unit trust* (ABD hukukunda ise *mutual funds*) olarak adlandırılan, nitelikli bir trust yapısı üzerine kuruludur.³⁴⁰ Bazı yazarlarca modern şirket yapısının atası olarak nitelendirilen³⁴¹ *unit trust*'in ortaya çıkışı, yasaklanması ve tekrar ticaret hayatına dönüşü ve bu süreçteki dönüşümü ilgi çekicidir.³⁴² Ancak çalışmanın kapsamı nedeniyle burada sadece modern ticaret hayatındaki *unit trust* modeli dikkate alınacaktır. Bu modelin temelinde yatan ve onu bu çalışmanın odak noktası olan geleneksel bir iradi trusttan ayıran en temel özellik, güvenilen olma görevinin beraberinde getirdiği saklama ve yönetme yetkilerinin aslında iki farklı kişi tarafından paylaşılıyor olmasıdır.³⁴³

Unit trust yapısı kısaca şu şekilde işlemektedir: Yönetici şirket (*managerial company*), yatırımcılarla yaptığı genellikle katımlı nitelikteki sözleşmeler sonucunda topladığı birikim havuzunu yediemin güvenilene (*custodian trustee*)

³³⁸ Bkz. aşağıda s. 257 vd.

³³⁹ Langbein, Commerce, s. 183 vd. Benzer yönde Kulms, s. 1116; Verhagen, s. 481; Yasaman, s. 19. Hansmann/Mattei, trust yapısının şirket yapısı karşısında sunduğu en önemli avantajın esneklik olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Hansmann/Mattei, s. 472-473. ABD'de kolektif yatırım kuruluşlarının yarıya yakınının trust olarak kurulduğu yönünde bkz. Langbein, Commerce, s. 175, dn. 40. Her ne kadar ilk bakışta trust yapısına sahip yatırım fonlarının, anonim şirket yapısındaki yatırım ortaklıkları karşısında likidite avantajına sahip olduğu düşünülebilse de, değişken sermayeli yatırım ortaklıkları sayesinde yatırım fonları ve ortaklıklarının en azından fona katılım payının/ortaklık payının paraya çevrilmesi bağlamında birbirine yakınlaştığını söylemek mümkündür. Bkz. Yılmaz, s. 514-515. Trust ve şirkete yapılarına ilişkin genel bir karşılaştırma için bkz. Hansmann/Mattei, s. 472-478.

³⁴⁰ Gürsoy, s. 3-4; Yasaman, s. 19.

³⁴¹ Guy C. Spavold, The Unit Trust – A Comparison With The Corporation, Bond Law Review, C. 3, S. 2, 1991, s. 250.

³⁴² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kam Fan Sin, The Legal Nature of the Unit Trust, Clarendon Press, 1997, s. 7 vd.

³⁴³ Cincelli, s. 265; Thomas/Hudson, s. 1406; Sin, s. 186. Sin, trust yapısının temelinde yatan parçalanmış mülkiyet kavramının *unit trust*lerdeki güvenilenin ikiliği konseptiyle daha da ileri taşındığını ifade etmiştir. ("If the trust is a manipulation of the facets of ownership resulting in a two-party relationship, the unit trust is a furtherance of that manipulation which results in a tripartite relationship.")

devreder. Böylece tüm fon üzerindeki mülkiyet hakkı güvenilene ait olmakla birlikte güvenilenin fonun yönetilmesine ilişkin tüm yetkileri yönetici şirkete devrettiği kabul edilir. Yönetici şirket fona ilişkin yatırım ve yönetim kararlarının alınmasında kural olarak tek mercidir ve onun kararlarının bu çerçevede usulüne uygun bir şekilde işleminin, mülkiyet hakkının ayrı bir kişiye verilmesi yoluyla garanti altına alındığı düşünülmektedir.³⁴⁴ Yönetici şirket ve katılımcılar arasında yapılan sözleşme sonucunda katılımcıların fon üzerinde belirli bir birim (*unit*) hakkına sahip olduğu kabul edilir.³⁴⁵ Her ne kadar *unit trust* yapısında karşımıza çıkan 'birim' kavramının esasen işlevsel olarak şirket payına benzeştirilmesi mümkün olsa da, trust yapısının eşya hukukuna uzanan boyutu sayesinde pay sahibinin şirkete karşı ileri sürebileceği hak bir alacak hakkıyken, bir *unit trustta* lehtarın hakkının bir mülkiyet hakkı olduğunun altı çizilmelidir.

Temelinde trust yapısının bulunduğu yatırım fonlarının *civil law* sistemlerine entegre edilmesi, en azından trust yapısına büyük kuşkuyla bakılan o dönemlerde ancak elbirliğiyle mülkiyet veya inanca sözleşme kavramları üzerinden bir hukuki çerçeve yaratılması suretiyle mümkün olabilmıştır.³⁴⁶ Bu doğrultuda ilk olarak 1957 yılında Fransa'da tüzel kişiliği haiz olmayan yatırım fonları (*fonds commun de placement*) açık düzenlemeye kavuşmuştur.³⁴⁷ İsviçre'de ise 1966 yılında kabul edilen Kanun'la inanca mülkiyet esaslarına göre kurulan ve işleyen yatırım fonu

³⁴⁴ Nitekim bu nedenle yönetici şirket ve güvenilen şirketin mutlaka farklı kişiler olması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. **Thomas/Hudson**, s. 1404.

³⁴⁵ Tüzel kişiliğe sahip olmayan bu mal varlığı yapısının ortaklık yapısıyla karışmaması için burada pay (*share*) ifadesi yerine birim (*unit*) ifadesinin tercih edildiğinin düşünülmesi mümkündür.

³⁴⁶ **Gürsoy**, s. 21 vd.; **Kulms**, s. 1113-1116; **Yasaman**, s. 25. Nitekim bu ayrılık daha sonra AB hukuku boyutunda da kendini göstermiştir. AB tarafından 1985 yılında kabul edilen Devredilebilir Menkul Kıymetlere Yatırım Yapan Kolektif Yatırım Kuruluşlarına İlişkin Kanun, Düzenleme ve İdari Hükümlerin Uyumlaştırılması Hakkındaki Yönerge'de (85/611/EEC) yatırım fonlarının üye devletlerin tercihine göre sözleşme temeli üzerine veya trust temeli üzerine kurulabileceği açıkça belirtilmiştir (m. 1(3)). Diğer bir ifadeyle kolektif yatırım kuruluşlarına uygulanacak kuralların uyumlaştırılmasını amaçlayan bu metinde dahi ayrı mal varlığı ilkesiyle desteklenmiş sözleşme sisteminin de, parçalanmış mülkiyet yapısını esas alan trust sisteminin de aynı işlevi yerine getirebileceği zımnen kabul edilmiştir. Zira burada önemli olan yatırım fonunun yöneticinin mal varlığından ayrı bir mal varlığı teşkil etmesi ve yöneticinin belirli bazı yükümlülüklerle tâbi olması, böylece yatırımcıların menfaatlerinin ve piyasaya güvenin korunabilmesidir. İlgili Yönerge'ye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Nobel**, s. 283-286; **Okat**, s. 120 vd.

³⁴⁷ **Graziadei/Mattei/Smith**, s. 25. İlgili düzenleme için bkz. Décret 57-1342 du 28 décembre 1957.

sistemi yürürlüğe girmiştir.³⁴⁸ Almanya benzer bir düzenlemeyle yatırım fonlarını sistemine 1957 yılında,³⁴⁹ İtalya ise ancak 1977 yılında dahil etmiştir.³⁵⁰ Türkiye’de ise 1981 yılında 2499 sayılı Kanun’la hukuki düzenlemeye kavuşan yatırım fonlarının ilk örneği 1987 yılında İş Bankası tarafından kurulmuştur.³⁵¹

Yatırım fonları, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun (SerPK) 52 vd. maddelerinde ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan ilgili tebliğlerde düzenlenmektedir. SerPK m. 52/1 uyarınca yatırım fonu şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Bu Kanun hükümleri uyarınca tasarruf sahiplerinden fon katılma payı karşılığında toplanan para ya da diğer varlıklarla, tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet esaslarına göre Kurulca belirlenen varlık ve haklardan oluşan portföy veya portföyleri işletmek amacıyla portföy yönetim şirketleri tarafından fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan mal varlığına yatırım fonu adı verilir.”* Fonun ayrı mal varlığı niteliğine ilişkin m. 53 ise şu şekildedir: *“Fonun mal varlığı, portföy yönetim şirketi ve portföy saklama hizmetini yürütecek kuruluşun mal varlığından ayrıdır./Fon mal varlığı, fon hesabına olması ve fon iç tüzüğünde hüküm bulunması şartıyla kredi almak, türev araç işlemleri, açığa satış işlemleri veya fon adına taraf olunan benzer nitelikteki işlemlerde bulunmak haricinde teminat gösterilemez ve rehnedilemez. Fon mal varlığı portföy yönetim şirketinin ve portföy saklama hizmetini yürüten kuruluşun yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi hâlinde dahi başka bir amaçla tasarruf edilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dâhil olmak üzere haczedilemez, üzerine ihtiyati tedbir konulamaz ve iflas masasına dâhil edilemez./Fon mal varlığının tasfiyesi durumunda yalnızca katılma payı sahiplerine ödeme yapılabilir./Portföy yönetim şirketlerinin üçüncü kişilere olan borçları ve*

³⁴⁸ Bkz. Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur les fonds de placement. Yasa’nın hazırlık aşamasında *common law*’daki trust yapısının dikkate alındığı yönünde bkz. Thévenoz, Global Legal Concept, s. 30.

³⁴⁹ Kötz, s. 123.

³⁵⁰ Graziadei/Mattei/Smith, s. 25. Diğer örnekler için bkz. Hansmann/Mattei, s. 458-459, dn. 72-73.

³⁵¹ Okat, s. 27.

yükümlülükleri ile yatırım fonlarının aynı üçüncü kişilerden olan alacakları birbirlerine karşı mahsup edilemez.”

Bu doğrultuda Türk hukuku bağlamında yatırım fonlarının ayırt edici özellikleri şöyle sıralanabilir:

- Yatırım fonu bir mal varlığıdır.
- Yatırım fonu, yönetim şirketinin mal varlığından ayrı bir mal varlığıdır.
- Yatırım fonunun tüzel kişiliği yoktur.
- Yatırım fonu, yönetim şirketleri tarafından ve yatırımcılar lehine inançlı mülkiyet esaslarına göre yönetilir.

Görüldüğü üzere yatırım fonları her ne kadar trust olarak isimlendirilmese de, trust yapısının olmazsa olmaz unsurlarını barındırmaktadır. Bu nedenle de bu yapının Türk hukuku bağlamında kendine özgü bir hukuki kurguya sahip olduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda emeklilik fonlarıyla ilgili söylenenin burada tekrar altının çizilmesi gerekmektedir: Trust yapısı Türk hukukuna tamamıyla yabancı, bu nedenle ön yargıyla yaklaşılması gereken bir kurum değildir. Kuşkusuz *de lege lata* Kanun'da öngörülen bu istisnaların dışında bir trust yapısının kurulması mümkün değildir; ancak *de lege feranda* bunun istenebilir ve mümkün olduğu, ayrıca Türk hukukundaki mevcut bu özel düzenlemeler sayesinde bu adaptasyonun düşünüldüğü kadar güç olmayabileceği ifade edilmelidir.

1.1.3.2. Teminat İşlevi

Uygulamada mal varlığının yönetimi dışında trust kurumunun yerine getirdiği bir diğer önemli işlev trustın bir teminat aracı olarak kullanılmasıdır.³⁵² Her ülkede, ancak özellikle Türkiye gibi ekonomik dalgalanmaların neredeyse hayatın olağan akışının bir parçasını oluşturduğu krize meyilli sistemlerde teminat hukukunun

³⁵² Thomas/Hudson, s. 37.

ticaret hayatının merkezinde yer aldığı bir gerçektir. Bu nedenle hem şahsi teminatlar hem de aynı teminatlar, uygulamadaki yerleri ve neden oldukları hukuki uyumsuzlukların niteliği ve niceliği bakımından büyük önem arz etmektedir. Bir borç ilişkisinde teminata duyulan temel ihtiyacın arkasındaki neden, yani borçlunun ödeme gücünü kısmen de olsa kaybetmesi riski, şahsi teminatların da aynı teminatlar karşısında daha az tercih edilebilir olmasına sebep olmaktadır.³⁵³ Bu nedenle aynı teminatların ve özellikle teminat amaçlı devirlerin uygulamadaki öneminin git gide arttığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Trust yapısı üzerinden sağlanan teminat işlevinin, ilk bakışta Türk hukukunda teminat amaçlı yapılan inançlı temlik (*fiducia cum creditore*) sözleşmesininkine benzer olduğunu söylemek mümkündür. Türk hukukunda teminat amacıyla yapılan inançlı devirlerin rehin karşısında tercih edilmesinin iki temel sebebinin bulunduğunu düşünülmektedir; bunlar yararlanmalı rehnin ve rehnin özel yollardan paraya çevrilmesinin sistemimizde kural olarak kabul edilmiyor olmasıdır.³⁵⁴ Kanun'da düzenleme bulmayan, bu nedenle günümüzde hâlâ isimsiz sözleşme niteliğini koruyan inançlı işlem ve bundan doğan hak ve yükümlülükler öğretisi ve mahkeme içtihatları ile şekillenmiştir.³⁵⁵ Bu doğrultuda İsviçre-Türk öğretisine hâkim olduğu düşünülen mülkiyet hakkının bir bütün olarak devri görüşüne paralel olarak inanılanın mülkiyet hakkını kazandığı, buna karşılık bu hakkını taraflar arasındaki inanç sözleşmesi doğrultusunda kullanacağına ilişkin bir yükümlülük

³⁵³ Benzer yönde bkz. **Ayanoğlu Morali**, s. 34. Aynı teminatların şahsi teminatlara kıyasla daha avantajlı olduğu yönünde ayrıca bkz. **Mark Aschenbrenner**, Die Sicherungsübereignung im deutschen, englischen und brasilianischen Recht, Mohr Siebek, 2014, s. 2.

³⁵⁴ **Ayanoğlu Morali**, s. 32, 86. Benzer yönde bkz. **Saibe Oktay Özdemir**, Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, C. 19, S. 1-2, 1999-2000, s. 659; **Özsunay**, s. 34 vd.; **Şafak Parlak Börü**, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri, TBB Dergisi, C. 128, 2017, s. 238-239; **Gökçen Turan**, Menkul Kıymetleştirme ve Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler, On İki Levha, 2012, s. 71.

³⁵⁵ **Eylem Apaydın**, The Problematic Structure of Management of Co-Owned Properties in Turkish Law and Pursuance of Solutions (bundan böyle 'Co-Owned'), Cambridge Scholars Publishing, 2011, s. 141-142; **Ayanoğlu Morali**, s. 7; **Hansmann/Mattei**, s. 443; **Özsunay**, s. 2-3; **Parlak Börü**, s. 232; **Ali Şafak**, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, 2. bası, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 30. İsviçre'de inançlı işlemler Federal Mahkeme tarafından ilk defa 1893 yılında verilen bir kararla (ATF 19 344) tanınmıştır. Bkz. **Thévenoz/Dunand**, s. 311.

altına girdiği kabul edilmektedir.³⁵⁶ Diğer bir deyişle inanılan mutlak bir hak olan aynı hakkı haiz olmakla birlikte, inanan bir şahsi hak olan alacak hakkına sahip kabul edilmektedir. Sadece bu açıdan bakıldığında bile inanan ve inanılanın konumları arasında bir dengesizlik olduğu göze çarpmaktadır.³⁵⁷ Bu dengesizlik veya uyumsuzluk, inanç sözleşmesinin konusunu oluşturan şeyin mülkiyetinin inanılanın mülkiyetinden ayrı bir mal varlığı teşkil etmemesi nedeniyle, dolayısıyla inanılanın söz gelimi iflası hâlinde iflas masasına, ölümü hâlinde ise terekesine girecek olmasıyla daha da pekişmektedir.³⁵⁸ Bunun yanı sıra inanılanın söz konusu şey üzerindeki tasarruf yetkisinin (eşya hukuku bakımından) sınırsız olduğunun, bu nedenle inanç sözleşmesini ihlal ederek ilgili şeyin mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın

³⁵⁶ Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayanoğlu Morali**, s. 27-30; **Özsunay**, s. 193 vd.; **Şafak**, s. 35-37. Ayrıca bkz. aşağıda s. 442 vd.

³⁵⁷ **Ayanoğlu Morali**, s. 29.

³⁵⁸ **Ayanoğlu Morali**, s. 273; **Özsunay**, s. 193. Benzer yönde bkz. **Oktay Özdemir**, s. 660. Inanan kişiyi inanılanın iflasından koruyacak birtakım sınırlı düzenlemelerin bulunduğu belirtilmelidir. Bunlardan ilki 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 188. maddesidir. İlgili hüküm uyarınca "*Sırf bedelini tahsil etmek için yahut tayin edilen ilerdeki bir tediye karşılık olarak müflise devredilmiş olan hamiline veya emre muharrer senetleri devredenler geriye isteyebilir.*" Bu hükmün kapsamının olgu olarak sadece inanılanın iflasıyla ve konu olarak da sadece hamiline veya emre yazılı senetlerle sınırlı olduğu açıktır. Bir diğer önemli hüküm ise TBK m. 509'dur. İlgili hükme göre "*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer./ Vekilin iflası hâlinde vekâlet veren, bu alacağın kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı da ileri sürebilir./ Vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır.*" Dolaylı temsil yetkisinin söz konusu olduğu vekalet sözleşmesine ilişkin bu hükmün, teminat amacıyla temlik sözleşmesi bakımından inananın haklarının korunması için uygulanmasının mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre TBK m. 509'un, inançlı temlik sözleşmesinde kıyasen dahi uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla her ne kadar Türk hukukunda da inananın menfaatlerinin korunması için belirli hukuki araçlardan yararlanılabileceği ileri sürülebilse de, bu hukuki korumanın sahip olduğu tartışmalı dogmatik arka plan nedeniyle güçsüz olduğu itiraf edilmelidir. Bunun dışında ilgili hükmün sadece alacaklara ve taşınır mallara ilişkin olduğu, taşınmazların ise hükmün uygulama kapsamı dışında bırakıldığının altı çizilmelidir. TBK m. 509'un inançlı işlemler bakımından uygulanabilirliği hususundaki görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayanoğlu Morali**, s. 276 vd.; **Özsunay**, s. 206 vd.; **Şafak**, s. 193 vd. TBK m. 509'un (eBK m. 393) inançlı işlemler bakımından uygulanmayacağı yönünde örneğin bkz. **Oktay Özdemir**, s. 678-679. İtalyan hukukunda taşınır mallar için vekalet sözleşmesi hükümlerinde yer alan benzer bir hükmün, inançlı temlik bağlamında uygulanmasının kabul edildiğine ilişkin olarak bkz. **Hansmann/Mattei**, s. 443-444, dn. 29. Ayrıntılı bilgi için ayrıca aşağıda bkz. s. 442 vd.

mülkiyeti kazanacağıının da altı çizilmelidir.³⁵⁹ İşte trust tam olarak bu noktalarda inançlı işlem üzerinden gerçekleştirilmeye çalışılan teminat işlevini teminat alan bakımından çok daha güvenli bir şekilde yerine getirmektedir. Bu nedenle, yukarıda da bahsedildiği üzere, inançlı işlemin bir hukuki kurum olarak yer aldığı sistemlerde, söz gelimi Fransa'da ve İsviçre'de dahi trustın kabul edilmesine ilişkin adımların atıldığı gözlemlenmektedir.³⁶⁰

Trust yapısının özellikle son yıllarda öne çıktığı bir diğer alan ise menkul kıymetleştirmedir (*securitization*).³⁶¹ Menkul kıymetleştirme kısaca bir şirketin (ya da Devletin) henüz vadesi gelmemiş, dolayısıyla likiditeden yoksun alacaklarının belirli bir kısmını bir havuzda toplayarak ve bu havuzu teminat göstererek borçlanma senedi ihraç ettiği alternatif bir finansman yöntemi olarak tanımlanmaktadır.³⁶² 1970'li yıllarda ABD'de uygulanmaya başlayan bu finansman yönteminin günümüzde dünya genelinde öneminin ve yerinin, özellikle de bankalar bakımından git gide arttığını söylemek mümkündür.³⁶³

³⁵⁹ Ayanoğlu Morali, s. 273; Braun/Swadling, s. 584; Hansmann/Mattei, s. 443; Oktay Özdemir, s. 662; Özsunay, s. 115; Şafak, s. 190; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. tıpkı basım, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 551. Ancak kötü niyetli alıcının, güvenilen kişiyle anlaşarak ve inanana kasten ve ahlaka aykırı bir şekilde zarar vermek için bu devri gerçekleştirdiği ispat edilebilirse üçüncü kişiye karşı bir tazminat talebinin ileri sürülmesi mümkündür (TBK m. 49/2). Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Braun/Swadling, s. 584-585. Trust yapısında ise güvenilenin yükümlülüklerini ihlal ederek trust fonunda yer alan bir mal varlığı unsurunu üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda ancak üçüncü kişinin bu şeyi ivazlı bir şekilde ve iyi niyetli olarak devralması durumunda mülkiyeti kazanacağı şimdiden belirtilmelidir. Buna ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 406.

³⁶⁰ Örneğin bkz. yukarıda Fransa (s. 43) ve İsviçre (s. 51)

³⁶¹ Hayton, Commercial, s. 165; Langbein, Commerce, s. 176; Thévenoz, Global Legal Concept, s. 14; Thévenoz, Réforme, s. 293; Verhagen, s. 481.

³⁶² Benzer tanımlar için bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, Konut Finansmanı Sistemi Çerçevesinde İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Filiz Kitapevi, 2013, s. 15-16; M. Murat Aktaş, Ticari İşletme Menkul Kıymetleştirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, s. 29-33; Suzanne Fleiner, Asset-Backed Securitization, Schultess, 2007, s. 11; Turan, s. 7-8; Watter, s. 247. Ayrıca bkz. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, s. 16-17. Raporun tam metni için bkz. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-1g/e/09-82670_Ebook-Guide_09-04-10English.pdf (son erişim tarihi 10.12.2019)

³⁶³ Fleiner, s. 23 vd.; Langbein, Commerce, s. 176; Steven L. Schwarcz, The Alchemy of Asset Securitization, Stanford Journal of Law, Business and Finance, C.1, 1994, s. 133; Turan, s. 13-15. Türkiye'deki gelişmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Turan, s. 99 vd. Menkul kıymetleştirme ve faktöring ilişkisine ilişkin bir karşılaştırma için bkz. Schwarcz, s. 144-146; Turan, s. 83-85.

Bu alternatif finansman yönteminin en büyük avantajı, ihraç edilen menkul kıymetler bakımından ihraççı kuruma özgü risklerin, örneğin bu kurumun iflası riskinin bertaraf edilebilmesidir.³⁶⁴ Sistem kısaca şu şekilde işlemektedir:³⁶⁵ Finansman sağlamak isteyen kaynak şirket (*originator*), sahip olduğu belirli alacakları (doğası gereği değişken)³⁶⁶ bir havuzda toplar.³⁶⁷ Kaynak şirket oluşturduğu bu havuzu, sermaye piyasalarında borçlanma senedi ihraç edecek olan ve sadece bu amaçla kurulan bir özel amaçlı kuruluşa (*special purpose vehicle*) devreder. Bunun temel sebebi, kaynak şirketin mali risklerinin ihraç edilecek olan menkul kıymete yansımalarının engellenmesi, dolayısıyla daha düşük maliyetli finansmanın sağlanabilmesidir.³⁶⁸ Alacakları devralan bu özel amaçlı kuruluş daha sonra borçlanma senetlerini ihraç eder ve söz konusu alacaklardan tahsil edilen nakit akışı sayesinde yatırımcılara yapılacak ödemeleri gerçekleştirir. Özel amaçlı kuruluş, ihraç ettiği borçlanma senetlerinden elde ettiği geliri (birtakım masraflar düşüldükten sonra) kaynak şirkete, devraldığı alacakların karşılığı olarak devreder. Görüldüğü üzere burada hem kaynak şirket hem de yatırımcılar açısından bir çift taraflı kazanç yapısı kurulmuştur: Yatırımcı açısından kaynak şirketin mali riskleri arındırılmış bir menkul kıymet sunulabilmekte; kaynak şirket açısından ise likit olmayan alacaklar kısa sürede finansmana çevrilebilmektedir.³⁶⁹

Varlığa dayalı menkul kıymetleştirme süreci için kilit bir rol oynayan bu özel amaçlı kuruluşun hukuki yapısına ilişkin iki ihtimalden söz edilebilir: Trust ve

³⁶⁴ Akkayan Yıldırım, s. 19; Schwarcz, s. 136; Turan, s. 9; Watter, s. 247; UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, s. 17.

³⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için Akkayan Yıldırım, s. 16 vd.; Aktaş, s. 34-36; Fleiner, s. 11 vd.; Schwarcz, s. 135 vd.; Turan, s. 8-13; Watter, s. 247.

³⁶⁶ Akkayan Yıldırım, s. 70 vd.

³⁶⁷ Her borç ilişkisinde olduğu gibi, bu şirketin alacakları bakımından da içkin olan bir risk, bu alacakların gereği gibi (zamanında ve tamamen) ifa edilmemesi riskidir. Bu nedenle kaynak şirketin çok sayıda kişiden olan alacaklarını bir araya getirmesi, diğer bir deyişle bu teminat havuzunu mümkün olduğunca büyük tutması söz konusu riskin daha aza indirgenmesi sonucunu doğuracaktır. Bkz. Schwarcz, s. 135.

³⁶⁸ Langbein, Commerce, s. 177; Schwarcz, s. 136; Watter, s. 247.

³⁶⁹ Menkul kıymetleştirmenin faydalarına ilişkin olarak bkz. Fleiner, s. 17-19; Turan, s. 18-23.

şirket.³⁷⁰ Tıpkı kolektif yatırım kuruluşlarında olduğu gibi, temel hedef olan iflas riskinin azaltılmasının (*bankruptcy remoteness*) sağlanabilmesi için iki yapıdan birinin tercih edilmesi mümkündür.³⁷¹ Bununla birlikte trust yapısının sağladığı görece esnek yapı³⁷² ve tek aşamalı vergilendirmeye ilişkin avantajlarının,³⁷³ uygulamada trustın varlığa dayalı menkul kıymetleştirme bakımından da öne çıkmasını sağladığı ileri sürülmektedir.³⁷⁴

Varlığa dayalı menkul kıymetleştirme kavramı Türk hukukuna 1992 tarihinde 3794 sayılı Kanun'la 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na (eSerPK) eklenen 13/A maddesiyle girmiştir.³⁷⁵ Ancak varlığa dayalı menkul kıymetleştirmenin tam anlamıyla sisteme entegre edilmesi ancak 2007 yılında kabul edilen 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile eSerPK'da yapılan değişikliklerle mümkün olmuştur. İlgili Kanun'la yukarıda kısaca açıklanan kaynak şirketin bilançosunun dışında gerçekleştirilen menkul kıymetleştirmenin, 'konut finansmanı fonu' isimli bir özel amaçlı kuruluş tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür.³⁷⁶ 5582 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle eSerPK'na eklenen 38/B maddesinde konut finansmanı fonu şu şekilde düzenlenmiştir: "*Konut finansmanı fonu, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, ipoteğe dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığıdır. (...) Fonun tüzel kişiliği yoktur, ancak malvarlığı kurucunun mal varlığından ayrıdır. Fon malvarlığı, ihraç edilen ipoteğe dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat*

³⁷⁰ Fleiner, s. 56; Langbein, Commerce, s. 177, dn. 49; Schwarcz, s. 135; Turan, s. 48; Verhagen, s. 481; Watter, s. 247.

³⁷¹ Langbein, Commerce, s. 177; Verhagen, s. 481.

³⁷² Verhagen, s. 481.

³⁷³ Fleiner, s. 89.

³⁷⁴ Özellikle menkul kıymetleştirme için kurulan iki kademeli (*two tier*) özel amaçlı kuruluşlarda trust yapısından sıklıkla faydalandığı bilinmektedir. Bkz. Aktaş, s. 49. İki kademeli özel amaçlı kuruluşların işleyişine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fleiner, s. 35 vd.

³⁷⁵ İlgili hüküm ve buna ilişkin Tebliğ ile kurulan sistemin tam anlamıyla bir menkul kıymetleştirme sistemiyle uyumlu olmadığı, bu nedenle başarıya ulaşamadığı yönünde bkz. Turan, s. 110-112.

³⁷⁶ 5582 sayılı Kanun m. 12.

gösterilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemez, ihtiyatî tedbir kararı verilemez ve iflâs masasına dahil edilemez. (...) Aynı maddeyle eSerPK'ya eklenen ve işleyişi konut finansmanı fonuyla aynı ilkelere tâbi olan varlık finansmanı fonlarının³⁷⁷ düzenlendiği 38/C hükmü ise şu şekildedir: *“Varlık finansmanı fonu, ihraç edilen varlığa dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, varlığa dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre oluşturulan malvarlığıdır. Varlık finansmanı fonu portföylerine alınabilecek varlıklar Kurulca belirlenir.”*

Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, tıpkı bir üst başlıkta incelenen yatırım fonlarında olduğu gibi, konut finansman fonları ve varlık finansmanı fonları bakımından da ayrı mal varlığı ilkesiyle pekiştirilmiş, trust benzeri bir inançlı mülkiyet yapısının öngörüldüğünü söylemek mümkündür.³⁷⁸ Nitekim ilgili maddenin gerekçesinde bu fonlar açısından trust yapısının esas alındığı açıkça ifade edilmiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“Yurt dışı uygulamalarında "trust" adı verilen yapı ülkemizde halen menkul kıymet yatırım fonlarında uygulanmakta olup, bu açıdan konut finansmanı fonları menkul kıymet yatırım fonlarına benzer bir şekilde tasarlanmıştır. (...)Konut finansmanı fonlarının oluşturulmasının diğer bir amacı, varlıkların kurucunun malvarlığından ayrılması ve bu şekilde kurucunun iflâsı gibi bir durumda bu varlıkların korunmasıdır. Böyle bir durumda, ilgili varlıklar kurucunun bilançosundan çıkmış olacağından, üçüncü kişiler bu varlıklar üzerinde hak iddia edemeyecek ve bu varlıklar sadece ilgili konut finansmanı fonunun ipoteğe dayalı menkul kıymetlerine yatırım yapan yatırımcıların bu araçlar üzerindeki haklarının ödenmesi için

³⁷⁷ Varlığa dayalı menkul kıymetler ve ipoteğe dayalı menkul kıymetler arasındaki tek farkın ilgili fonun portföyünde yer alan varlıklar olduğunu söylemek mümkündür. Varlık finansmanı fonunun portföyünde ipotekli konut kredilerinin dışında kalan ve ilgili düzenlemelerde izin verilen varlıklar, söz gelimi tüketici kredileri, proje finansmanı kredileri ve kurumsal kredilerden kaynaklanan alacaklar yer almaktadır. Dolayısıyla konut finansmanı fonunun nitelikli bir varlık finansmanı fonu olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. Turan, s. 202-203.

³⁷⁸ Turan, s. 159.

*kullanılacaktır. Fon malvarlığı, başka bir amaçla tasarruf edilemeyecek, rehedilemeyecek, teminat gösterilemeyecek, kamu alacaklarının tahsili amacı da dahil olmak üzere haczedilemeyecek, ihtiyati tedbir kararı verilemeyecek ve iflas masasına dahil edilemeyecektir.*³⁷⁹

2012 tarihinde yürürlüğe giren SerPK'nun 57. maddesi ve devamında da aynı sistemin devam ettirildiği görülmektedir. Bu doğrultuda 58. maddede hem ipoteğe dayalı menkul kıymetleştirmede devreye girecek özel amaçlı kuruluş olan konut finansmanı fonlarının hem de varlığa dayalı menkul kıymetleştirmede devreye girecek özel amaçlı kuruluş olan varlık finansmanı fonlarının aynı esaslara göre düzenlendiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla trustın ticaret hayatında önem arz ettiği bir diğer alan olan menkul kıymetleştirme bakımından da Türk hukukunda ilgili özel düzenlemeler sayesinde trust benzeri bir yapının karşımıza çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.³⁸⁰ Her ne kadar trustın buradaki rolünün teminat işlevinden ziyade finansman sağlama işlevi bağlamında karşımıza çıktığını düşünmek mümkünse de, burada trust yapısıyla sağlanan teminat havuzu sayesinde finansmana erişimin sağlandığı veya kolaylaştırıldığı unutulmamalıdır. Bu nedenle aslında bir finansman yöntemi olan menkul kıymetleştirme, eldeki çalışmada trustın teminat işlevinin öne çıktığı bir örnek olarak ele alınmıştır.

Son olarak bugün uygulamada trustın teminat işlevinin en çok öne çıktığı alanlardan birinin özellikle büyük ölçekli projelerin finansmanı için birden çok bankanın biraraya gelerek kredi sağladıkları sendikasyon kredilerinde teminatlandırma olduğu ifade edilmelidir. Hem tüm kredi kuruluşları için teminatların kurulması ve gerektiğinde paraya çevrilmesi süreçlerinin tek elden yönetilmesi ve böylece uygulama maliyetinin azalması hem de sendikasyon

³⁷⁹ Bkz. 5582 sayılı Kanun m. 12 gerekçesi. İlgili metin için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=37278&pkanunnumarası=5582> (son erişim tarihi 10.12.2019)

³⁸⁰ Avrupa ülkelerinde varlığa dayalı menkul kıymetleştirme sisteminin gelişimine ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Theodor Baums/Eddy Wymeersch**, *Asset-Backed Securitization in Europe*, Kluwer Law International, 1996. Benzer yönde bkz. **Peter Böckli**, *Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht*, Dike Verlag, 2007, s. 12.

kredilerinde sıkça karşılaşıldığı üzere bankalardan birinin bu ilişkideki yerini başka bir kredi kuruluşuna devretmesi durumunda teminatların olduğu gibi korunması için teminatların bir trust kurulması yoluyla söz konusu bankalar arasından seçilen veya üçüncü bir kişi olan güvenilirine, diğer bir deyişle ‘teminat temsilcisine’ (*security agent*) devredildiği görülmektedir. Trustın bu bağlamda yerine getirdiği işleve çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıca değinileceği için şimdilik bu açıklamalarla yetinileceği ifade edilmelidir.³⁸¹

1.1.3.3. Miras Planlaması İşlevi

Trustın *common law* sistemlerinde uygulamada en çok kullanıldığı hâllerden bir diğeri ise miras planlamasıdır.³⁸² Kara Avrupası sistemleriyle kıyaslandığında daha liberal bir miras hukukuna sahip olan İngiltere’de trustın bir miras planlaması aracı olarak da kullanılması şaşırtıcı olmasa gerektir.³⁸³ Miras bırakan kişi ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan bir trust yapısı (*testamentary trust*) sayesinde mal varlığının ölümünden sonra nasıl yönetileceğini özgürce düzenleme, örneğin kademeli bir mirasçılık yapısı kurabilme hakkına sahiptir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan kademeli mirasçı yapısında kurucu, öncelikle bir ya da birden çok kimseyi (genellikle bu kişilerin yaşamları boyunca) mirasçı olarak atamakta, daha sonra ise mirasın bir başkasına geçeceğine karar vermektedir. Örneğin kurucu (K), bu tür bir trust yapısı sayesinde, trusta özgülediği evinden elde edilecek gelirin hayatı boyunca eşi (E)’ye ödenmesini, (E)’nin ölümünden sonra ise evin mülkiyetinin oğulları (O)’ya geçmesini sağlayabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında trust vasıtasıyla kurulan kademeli mirasçılık yapısının Türk

³⁸¹ Teminat temsilcisi kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 520 vd.

³⁸² Bkz. **Hein Kötz**, *The Modern Development of Trust Law in Germany* (bundan böyle ‘Modern’), *Modern International Developments in Trust Law* (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, s. 51; **Moffat**, s. 33; **Penner**, s. 46; **Perrin**, s. 159; **Supino**, s. 73.

³⁸³ **Perrin**, s. 153; **Tsun Hang Tey**, *Trusts and Forced Heirship* (bundan böyle ‘Forced Heirship’), *Center for Commercial Law Studies, National University of Singapore*, 2010, s. 4; **Barbara Willenbacher**, *Individualism and Traditionalism in Inheritance Law in Germany, France, England and the United States*, *Journal of Family History*, C. 28, S. 1, 2003, s. 201, 215; **Lorenz Wolff**, *Pflichtteilsrecht – Forced Heirship – Family Provision*, Peter Lang Frankfurt am Main, 2011, s. 151.

hukukundaki art mirasçılığa benzediğini söylemek mümkündür. Art mirasçılık kurumu TMK m. 521 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda miras bırakanın kademeli olarak öncelikle ön mirasçının, daha sonra belirli bir şartın ya da bu kişinin ölümü hâlindeyse art mirasçının mirasçı olarak atanması mümkündür. Hatta TMK m. 583 uyarınca miras bırakanın, ölüme bağlı tasarruf sırasında sağ olmayan birini dahi art mirasçı olarak atmasının mümkün olduğu hükme bağlanmıştır.³⁸⁴ Bunun dışında benzer bir sonucun intifa hakkıyla kurulmasının da mümkün olduğu ifade edilmelidir.³⁸⁵ Dolayısıyla trust yapısıyla İngiliz hukukunda ulaşılan bu sonucun, Türk hukukunda art mirasçılık veya intifayla sağlanmasının mümkün olduğu, dolayısıyla şimdiden bu kurgu için trusta ihtiyacın bulunmadığı belirtilmelidir.³⁸⁶

Trustın miras planlaması çerçevesinde kademeli hak sahipliği dışında sağladığı bir diğer avantaj ise kurucunun trusta özgülediği mal varlığının kimin veya kimlerin lehine, hangi amaçla kullanılacağını belirleme şansının bulunması ve trustı kurucu belgede (örneğin vasiyetnamede) belirlenen doğrultuda yönetmekle yükümlü güvenilen kişinin varlığı sayesinde bu amacın gerçekleştirileceğine güven duyabilmesidir. Örneğin kurucunun belirli bir mal varlığını, söz gelimi aile yadigarı olan bir tabloyu trusta özgüleyerek bu tablonun aile serveti içinde kalmasını, mirasçıların bu tablo üzerinde serbestçe tasarruf etmesini engelleyebilmesi mümkündür.³⁸⁷ Bu yönüyle trust, Roma hukukundaki *fideicommissum* kurumuna benzetilmektedir.³⁸⁸

³⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Hayrünnisa Özdemir**, Henüz Var Olmayan Kişilerin ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2013, s. 107 vd.

³⁸⁵ **Perrin**, s. 162.

³⁸⁶ İki kurum arasındaki bir fark şu olabilir: Türk hukukunda art mirasçılık ancak ikinci dereceye kadar öngörülebilir. İngiliz hukukunda ise trust yapısıyla kurulan kademeli mirasçılık yapısında bu tür bir derece kısıtlaması değil, bir zaman kısıtlaması (125 yıl) söz konusudur. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 386 vd.

³⁸⁷ Kuşkusuz kurucunun bu kısıtlamayı süresiz bir şekilde öngörmesi mümkün değildir. Ebedilik yasağı olarak adlandırılan bu kurala ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 208 vd.

³⁸⁸ **David Johnston**, Trusts and Trust-Like Devices in Roman Law, *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, s. 45-53; **Perrin**, s. 161.

Türk hukukunda benzer bir çözüme TMK m. 372'de düzenlenen aile vakfı müessesesiyle ulaşılabileceği düşünülebilir. İlgili hüküm şu şekildedir: “*Aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca aile vakfı kurulabilir./ Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz.*” Bununla birlikte hükmün lafzından açıkça anlaşılabilmesi üzere, bir kimsenin ölümüne bağlı tasarruf ya da sağlar arası bir işlemle aile vakfı kurulabilmesi fazlasıyla sıkı şartlara bağlanmıştır.³⁸⁹ Bu nedenle olsa gerek, günümüzde aile vakfının uygulamada başvurulan bir kurum olduğunu söylemek güçtür.³⁹⁰ Nitekim TMK m. 372'den doğan bir uyuşmazlığı konu alan bir mahkeme kararına rastlanmaması da ilgili düzenlemenin adeta bir ölü hüküm (*lettre morte*) hükmünde olduğunu kanıtlar niteliktedir. Kuşkusuz aile vakfına ilişkin bu sınırlayıcı hükmün, uygulamada aile vakfı kurumunun yer bulamamasının tek nedeni olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda da aynı düzenleme yer almasına rağmen uygulamada (sınırlı sayıda da olsa) aile vakıflarının kurulduğu görülmektedir.³⁹¹ Kanımca uygulamada iki sistem arasında göze çarpan bu farklılığın temelinde ülkelerin ekonomik gelişmişlikleri ve sermaye birikiminin büyüklüğünün yer aldığı düşünülmesi mümkündür.³⁹²

³⁸⁹ Bu hükmün eleştirisi için bkz. **Dominique Jacob**, Will-Substitutes in Switzerland and Liechtenstein (bundan böyle 'Will Substitutes'), *Passing Wealth on Death: Will Substitutes in Comparative Perspective* (ed. Alexandra Braun/Anne Röthel), Hart Publishing, 2016, s. 200-201.

³⁹⁰ Benzer yönde bkz. **Jacob**, Will Substitutes, s. 201. Türk hukukunda aile vakıflarının uygulamada hemen hemen hiç yer edemediği yönünde bkz. **Yeşim M. Atamer**, Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (ed. Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann/Andreas Stier), C. II, OUP, 2012, s. 1703.

³⁹¹ Bkz. **Beate Eckhardt/Dominique Jacob/Georg von Schnurbein**, Rapport sur les Fondations en Suisse, CEPS Forschung und Praxis, C. 20, 2019, s. 8. Buna göre 2018 yılında İsviçre'de toplam 16 adet aile vakfının tescil edildiği bilinmektedir. İlgili raporun tam metni için bkz. https://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Rapport%20sur%20les%20fondations%20en%20suisse%202019_Web_F.pdf (son erişim tarihi 18.05.2019)

³⁹² Benzer yönde bkz. **Eckhardt/Jacob/von Schnurbein**, s. 4. Aile vakfı gibi, vasiyetname kurumu da Türk hukuku uygulamasında güçlü bir konuma sahip değildir. Bunun akla gelen ilk sebeplerinden

Türk hukuku uygulamasında miras planlamasının arka planda kalmasının bir diğer sebebi ise kişilerin terekeleri üzerinde tasarruf etme serbestisinin saklı paylı mirasçılık kurallarıyla büyük ölçüde sınırlanmış olmasıdır.³⁹³ Örneğin TMK'nın yasal mirasçılık ve saklı paylı mirasçılık hükümleri dikkate alındığında evli ve üç çocuklu bir kimsenin terekesinin yüzde 40'ından da daha az bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunmasının mümkün olduğu görülecektir. Kuşkusuz tasarruf serbestisinin bu şekilde kısıtlanması, özellikle büyük bir servete sahip olmayan bireylerin miras planlamasına sıcak bakmamasına yol açmaktadır. Dolayısıyla kanımca trust kurumunun Türk hukuku bağlamında bir miras planlama aracı olarak kullanılması ihtimalinin bu yasal düzlemde zayıf olduğu itiraf edilmelidir.

Bu doğrultuda trust kurumunun İngiltere'de miras planlaması alanında öne çıkmasının en önemli sebeplerinden birinin İngiliz hukukunda, Türkiye'nin de içinde bulunduğu *civil law* sistemlerinin aksine, bir zorunlu saklı paylı mirasçılık kavramı bulunmaması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.³⁹⁴ Böylece önemli

biri yukarıda bahsedildiği gibi ekonomik gelişmişliğin görece sınırlı olmasıdır. Bunun yanı sıra Türk toplumunun kültürel ve sosyal yapısının da bir 'vasiyetname kültürü' oluşmasının önüne geçtiğini söylemek kanımca yanlış olmayacaktır. Kuşkusuz, miras bırakan kişinin tasarruf serbestisi ve vasiyetname düzenleme ihtimalinin de doğru orantılı olduğu unutulmamalıdır. Aynı yönde bkz. **Alexandra Braun**, Testamentary Freedom and Its Restrictions in French and Italian Law (bundan böyle 'Testamentary Freedom'), Freedom of Testation/Testierfreiheit (ed. Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, 2012, s. 58-59. Nitekim AB ülkelerini esas alan bir araştırmaya göre, nüfusa oranla en fazla vasiyetnamenin düzenlendiği ülkenin Birleşik Krallık olması da bu teoriyi kanıtlar niteliktedir. Söz konusu araştırmaya göre Birleşik Krallık'ta bu oran %36, onu takip eden Fransa'da %34, Almanya'da %25, İtalya'da %16 ve Macaristan'da %1'dir. Bkz. SEC (2009) 410 final, s. 56. Araştırmanın tam metni için bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/succession_impact_assessment_en.pdf (son erişim tarihi 20.05.2019)

³⁹³ Genel olarak *civil law* sistemleri bakımından aynı yönde bkz. **Madeline Cantin Cumyn**, Reflections Regarding the Diversity of Ways in Which the Trust Has Been Received or Adapted in Civil Law Countries (bundan böyle 'Reflections'), Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law (ed. Lionel Smith), CUP, 2012, s. 14. İtalya uygulaması bağlamında aynı yönde bkz. **Braun**, Testamentary Freedom, s. 59.

³⁹⁴ Benzer yönde bkz. **Thévenoz**, s. 46. İngiliz hukukunda kural, miras bırakanın tasarruflarında tam serbestiye sahip olmasıdır. Bununla birlikte 1975 tarihli *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act*'in ilgili düzenlemelerinde, mahkemelere ölen kişinin desteğine muhtaç olduğu düşünülen kişilerin itirazı üzerine bir takdir yetkisi sunulmuştur. Buna göre mahkeme, miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile bu yakınlarının makul bir ekonomik destekten (*reasonable financial provision*) yoksun bırakıldığına kanaat getirdiği takdirde, miras bırakanın iradesini göz ardı edebilmektedir. Ancak bu, örneğin Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi zorunlu bir saklı paylı

bir tasarruf serbestisine sahip bu bireylerde ölümlerinden sonra mal varlıklarının kim tarafından ve hangi şartlar altında kazanılacağını belirlemesi konusunda bir motivasyon yaratılmaktadır. *Common law* ve *civil law* sistemleri arasında miras hukukuna ve özel olarak miras bırakanın irade serbestisine ilişkin bakış açısındaki bu farklılığın temelinde söz konusu sistemlerde aile kavramına yüklenen rolün ve bu bağlamda Devlet'in takındığı tutumun etkili olduğu ifade edilmelidir.³⁹⁵

Bununla birlikte dünyada miras hukuku alanındaki gelişmeler dikkate alındığında bu yargının da aslında tartışmaya açık olduğu görülecektir. Son yıllarda değişen sosyoekonomik düzen, söz gelimi aile yapısında yaşanan değişiklikler ve ortalama yaşam beklentisinin artması, kişilerin miras planlamasına olan ihtiyacını ve ilgisini arttırmıştır.³⁹⁶ Bu nedenle saklı paylı mirasçılık kurumuna duyulan ihtiyaç ve tasarruf serbestisi kavramlarının yeniden tartışılmaya başlandığı günümüzde, saklı paylı mirasçılık kurallarına yer veren birçok *civil law* ülkesinde en azından söz konusu oranların düşürülmesi veya mirasçılıktan çıkarmanın/saklı paydan uzaklaştırmanın³⁹⁷ şartlarının kolaylaştırılması yoluyla kişilerin tasarruf oranının artırılması yönünde bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür.³⁹⁸ Örneğin hâli

mirasçılık düzenlemesi değil; ihtiyaç temelli ve somut olay özelinde mahkemenin takdir yetkisi bağlamında karar verilebilecek bir kısıtlama olarak düşünülmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Elizabeth Cooke**, Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales, Freedom of Testation/Testierfreiheit (ed. Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, 2012, s. 128 vd.; **David Hayton**, Trusts and Forced Heirship Problems (bundan böyle 'Forced Heirship'), Kings College Law Review, C. 4, 1993-1994, s. 12 vd.; **Roger Kerridge**, Freedom of Testation in England and Wales, The Law of Succession: Testamentary Freedom (ed. Miriam Anderson/Esther Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing Gröningen, 2011, s. 146 vd.; **Perrin**, s. 154-156; **Tey**, s. 10-12; **Willenbacher**, s. 215-216; **Wolff**, s. 157 vd.

³⁹⁵ **Tey**, s. 11. Ayrıca bkz. **Willenbacher**, s. 210 vd.

³⁹⁶ **Alexandra Braun**, Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy (bundan böyle 'Autonomy'), ZeUP, C. 20, S. 3, 2012, s. 476-477. Ayrıca bkz. **Lutz Diwell**, Reformen im Erb- und Pflichtteilsrecht, Reformfragen des Pflichtteilsrechts - Symposium 30.11.-2.12.2006 in Salza (ed. Anne Röthel), Carl Heymanns Verlag, 2007, s. 186 vd.

³⁹⁷ Bu terim ayrılığına ilişkin bilgi için bkz. **Nalan Kahveci**, Alman Medeni Kanunu'nda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku İle Karşılaştırılması, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 1493.

³⁹⁸ **Tobias Helms**, Testierfreiheit und Ihre Grenzen in Deutschland, Österreich und Schweiz, Freedom of Testation/Testierfreiheit (ed. Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, 2012, s. 9 vd.;

hazırda İsviçre’de bu yönde bir yasa tasarısı mevcuttur.³⁹⁹ Bunun dışında geçtiğimiz yıllarda Avusturya,⁴⁰⁰ Almanya⁴⁰¹ ve Fransız⁴⁰² Medeni Kanunlarında

Rona Serozan, Miras Hukukunun Gelişim Süreci – Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkileri (bundan böyle ‘Miras Hukukunun Gelişimi’) (çev. Meliha Sermin Paksoy), İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 536-537. Nitekim 2007’de Türk Medeni Kanunu’nda gerçekleşen, kardeşin saklı paylı mirasçılıktan çıkarılmasına ilişkin değişikliklerin de bu tartışmanın bir ayağını oluşturduğunu söylemek mümkündür.

³⁹⁹ **Margareta Baddeley**, La réserve héréditaire: Quo Vadis?, Successio, 2014, s. 282 vd. İlgili yasa tasarısına göre çocukların saklı paylı mirasçılık oranının $\frac{1}{4}$ ’ten yarıya, eşin saklı mirasçılık oranının ise yarıdan $\frac{1}{4}$ ’e indirilmesi öngörülmektedir. Ayrıca bkz. **Dominique Jacob**, Draft Revision of Swiss inheritance law: Impact on Estate Planning Via Foundations and Trusts (bundan böyle ‘Draft’), Trust & Trustees, C. 23, S. 6, 2017, s. 705-708.

⁴⁰⁰ Avusturya Medeni Kanunu’nda 1989 yılında yapılan değişiklik sonucu eklenen ABGB § 773a maddesiyle, miras bırakanın belirli şartlar altında saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranlarını yarıya kadar indirebileceği düzenlenmiştir. İlgili madde şu şekildedir: “(1) *Standen der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigten zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht, so kann der Erblasser den Pflichtteil auf die Hälfte mindern.* (2) *Die §§ 771 und 772 gelten sinngemäß für die Pflichtteilsinderung.* (3) *Das Recht auf Pflichtteilsinderung steht nicht zu, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt hat.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. **Wolff**, s. 33 vd.

⁴⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dieter Martiny**, Zur Reform des Pflichtteilsrechts, Reformfragen des Pflichtteilsrechts - Symposium 30.11.-2.12.2006 in Salza (Ed. Anne Röthel), Carl Heymanns Verlag, 2007, ss. 195-202. Alman öğretisinde saklı paylı mirasçılık kurumunun olduğu gibi korunmasına ilişkin tartışmalar uzun yıllardan beri yapılmaktadır. Örneğin 2002 yılında gerçekleşen Alman Hukukçular Günü’nün (Deutscher Juristentag) konularından birinin saklı paylı mirasçılık olduğu görülmektedir. Bkz. Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, C. I, Verlag C.H. Beck, 2002, s. 61 vd. 2009 yılında tamamlanan ve 2010 yılında yürürlüğe giren Miras Hukuku ve Zamanasımı Kurallarında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*) ile saklı paylı mirasçılarının hakları ve saklı paylı mirasçılık oranları korunmuş, bununla birlikte mirastan çıkarmanın şartlarına ilişkin hükme yeni bir fıkra eklenmiş, böylece mirasçılıktan çıkarma görece kolaylaştırılmıştır (BGB § 2333). Ancak bunun miras bırakanın tasarruf serbestisini ancak sınırlı bir şekilde artırdığı, bu nedenle ilgili değişikliğin bir reform niteliğinde olmadığı belirtilmektedir. Bunun ‘mütevazı bir reform’ (*moderate Überarbeitung*) olduğu yönünde bkz. **MüKoBGB/Lange**, BGB § 2303, Rn. 1-2. Benzer yönde bkz. **BeckOK BGB/Müller-Engels**, BGB § 2303, Rn. 11; **Helms**, s. 18 (“*Doch hat sich der Gesetzgeber... auf marginale Korrekturen beschränkt, deren praktische Auswirkungen gegen Null tendieren dürfen.*”). Bu değişikliğe ve eleştirilere ilişkin olarak bkz. **Barbara Maria Lammerding**, Das Recht auf den Pflichtteil im Deutschen und Französischen Recht, Verlag Dr. Kovač, 2013, s. 14-17. Bu konuda yazılmış Türkçe bir inceleme için bkz. **Kahveci**, s. 1483 vd. Bununla birlikte Alman öğretisinde günümüzde hâlâ saklı paylı mirasçılık kurumunun önemini yitirdiği ve terk edilmesi gerektiğine yönelik görüşlerin ileri sürüldüğünün, bu konunun en azından akademik bir tartışma konusu olarak önemini koruduğunun altı çizilmelidir. Bu tartışmalara ilişkin olarak bkz. **Helms**, s. 9 vd.; **Lammerding**, s. 34 vd. Krş. **MüKoBGB/Lange**, BGB § 2303, Rn. 7-10.

⁴⁰² Fransız Medeni Kanunu’nda 2006 yılında yapılan değişikliklerin bir kısmı şunlardır: Saklı paylı mirasçılarının tenkis taleplerinin tâbi olduğu zamanasımı süresi otuz yıldan beş yıla düşürülmüştür (Code Civil Art. 921(2)). Bunun dışında ilgili reformla getirilen önemli yeniliklerden biri, mirasçılarının miras bırakan ile tenkis talebinden feragat sözleşmesi (*renonciation anticipée à l’action*

da benzer yönde değişikliklerin gerçekleştirildiği görülmektedir. Dolayısıyla günümüzde dünyada saklı paylı mirasçılar aleyhine ve miras bırakanın tasarruf serbestisi lehine bir eğilim olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kanımca trustın Türk hukuku açısından da önemli bir miras planlaması aracı olarak düşünülebilmesi, ancak ileride Türk hukukunda da bu yönde bir revizyon söz konusu olduğu takdirde gerçekçi gözükmemektedir.

1.1.3.4. Hayır İşlerini Gerçekleştirme İşlevi

Sahip olduğu esneklik sayesinde birçok işlevi birden yerine getirebilen trust yapısı, uygulamada yukarıda bahsedilen alanların yanı sıra hayır işlerinin yerine getirilmesinde de sıklıkla tercih edilen bir hukuki araç olarak karşımıza çıkmaktadır. 2018 yılı itibariyle Birleşik Krallıkta 170.000'e yakın hayır kuruluşu olduğu ve bunların toplam gelirinin 77 milyar İngiliz Sterlini'ni aştığı bilinmektedir.⁴⁰³ Dolayısıyla hayır kuruluşlarının ve bu çerçevede hayır işi trustlarının hem sosyal, hem de ekonomik ve siyasi anlamda büyük önem taşıdığı ortadadır.⁴⁰⁴ Bununla birlikte bu çalışmada hayır işi trustı (*charitable trust*) olarak adlandırılan bu yapıya sadece yüzeysel olarak değinileceği tekrar edilmelidir.⁴⁰⁵ Bunun ilk sebebi bu kuruma Türk hukukunda mevcut vakıf müessesesi karşısında ihtiyaç bulunmaması, diğer sebebi ise hayır işi trustının ne işlevsel olarak ne de teorik açıdan bu çalışmanın odak noktası olan özel amaçlı trust şemasına tam olarak oturmasıdır.

Kuşkusuz bu uyumsuzluğun tarihsel bir gerekçesi mevcuttur. Bu çalışmanın konusunu oluşturan özel trust yapısı yukarıda incelendiği üzere *common law* ve *equity law* ayrımının bir ürünü olarak, *equity* mahkemelerinin içtihatları

en reduction) yapabilmemesinin mümkün kılınmasıdır (Code Civil Art. 929-930). Ayrıntılı bilgi için bkz. Braun, *Autonomy*, s. 463-466; Braun, *Testamentary Freedom*, s. 69-75.

⁴⁰³ Bkz. Charity Commission, *Recent Charity Register Statistics*, Ekim 2018: <https://www.gov.uk/government/publications/charity-register-statistics/recent-charity-register-statistics-charity-commission> (son erişim tarihi 20.05.2019)

⁴⁰⁴ Virgo, s. 145.

⁴⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Penner, s. 444 vd.; Virgo, s. 145 vd.

doğrultusunda doğmuş ve gelişmiştir. Buna karşılık hayır işi trustının temelinde *equity* hukuku değil, kilise hukuku (*canon law*) bulunmaktadır.⁴⁰⁶ Hatta hayır işlerinin yerine getirilmesi için trustın sıkça tercih edilen bir hukuki araç olarak kabul edilmesinin bir tesadüf sonucu olduğu dahi ileri sürülmektedir.⁴⁰⁷ Bu nedenle trustın temelinde yatan birtakım ilkelerin hayır işi trustları bakımından uygulanmaması şaşırtıcı olmasa gerektir. Örneğin özel trustların aksine hayır işi trustlarının bir lehtarı bulunmamakta, bu trustların gereği gibi yönetildiğini gözetme görevi kamu otoritelerine verilmektedir. Bunun dışında özel trustlar ancak belirli bir süre için kurulabilirken, hayır işi trustları bakımından bu tür bir zamansal sınırlama bulunmamaktadır.⁴⁰⁸

Hayır işi trustları belirli birtakım yardım/hayır işi amaçları için kurulan ve kamunun belirli bir bölümü için yarar sağlayan yapılardır.⁴⁰⁹ Bu doğrultuda Türk hukukunda hayır işi trustına işlevsel olarak en yakın olan kurumun vakıf olduğunun altı bir kere daha çizilmelidir.⁴¹⁰ Hayır işi trustlarının düzenlendiği yasada hayır işi amacı olarak kabul edilebilecek olan toplamda 12 alan⁴¹¹ sayılmış ancak trustın amacının bunlardan en azından biri olması tek başına bunun bir hayır işi trustı olarak nitelendirilmesi için yeterli kabul edilmemiştir.⁴¹² Bunun için söz konusu yapının

⁴⁰⁶ Penner, s. 444. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cincelli, s. 95-96.

⁴⁰⁷ Penner, s. 444.

⁴⁰⁸ Virgo, s. 146.

⁴⁰⁹ Charities Act 2011, s. 2: "For the purposes of the law of England and Wales, a charitable purpose is a purpose which— (a) falls within subsection (2), and (b) is for the public benefit (see section 3)."

⁴¹⁰ Küçükgüngör, s. 22; Reymond, s. 141a. Bununla birlikte vakıf tüzel kişiliği haiz olmasına rağmen, hayır işi trustı tüzel kişilikten yoksun bir mal varlığı topluluğudur.

⁴¹¹ Bu alanlar şunlardır: yoksulluğun önlenmesi veya azaltılması; eğitimde, dinde, sağlıkta ilerleme sağlanması; toplumsal kalkınma; sanat, kültür, bilim gibi alanlarla ilerleme sağlanması; amatör sporculuğun desteklenmesi; insan hakları, çatışmaların önlenmesi, toplumsal eşitlik gibi konularda ilerleme sağlanması; çevrenin korunması ve iyileştirilmesi; yaş, sağlık, fiziksel engellilik, maddi yoksulluk veya başka bir nedenden dolayı dezavantajlı olan kesimlerin desteklenmesi; hayvan sağlığı ve refahının korunması; ordu, polis, itfaiye ve kurtarma hizmetleri ve ambulans hizmetlerinin etkinliğinin artırılması ve desteklenmesi. Bkz. Charities Act, s. 2(2).

⁴¹² Virgo, s. 152-153; Webb/Akkouh, s. 92, 103. Bunun anlamı şudur: Söz konusu Yasa ile daha önceki yargı kararlarıyla kabul edilmiş bir karine ortadan kaldırılmıştır. İlgili Yasa'dan önce, belli başlı birkaç amaçtan birini taşıyan trustların *per se* hayır işi trustı olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu amaçlar yoksulluğun önlenmesi ve azaltılması ile eğitimde ve dinde ilerleme sağlanmasıdır. Artık bu amaçlar dahil olmak üzere her türlü hayır işi amacını taşıyan yapıların, ilgili

aynı zamanda kamu menfaati (*public benefit*) unsurunu taşıması aranmıştır. Kamu menfaati unsurunun sağlanıp sağlanmadığı incelenirken iki ayrı değerlendirme yapılmaktadır. Kamu menfaati unsuru öncelikle ilgili menfaat ya da menfaatlerin belirlenebilir olmasını, trustın amacıyla uyumlu olmasını ve ortaya çıkması muhtemel herhangi bir zararı dengeleyecek ağırlıkta olmasını gerektirmektedir.⁴¹³ Aynı zamanda bu menfaatin ya da menfaatlerin, toplumun tamamına ya da bir kesime ait olması aranmaktadır.⁴¹⁴ Bundan kasıt kurucunun hayır işi trustı kurmak yoluyla kendi iradesi doğrultusundaki özel bir grup insan (örneğin çocukları, arkadaşları ya da işçileri gibi) lehine bir mal varlığı unsuru bırakmaması, başka bir ifadeyle lehtar ilkesini dolanmak için hayır işi trustı kılığında bir özel amaçlı trust yaratamamasıdır.⁴¹⁵

Hayır işi trustları tanımı itibariyle belirli kişiler lehine olmaktan ziyade belirli bir amaç uğruna kurulan hukuki yapılardır.⁴¹⁶ Toplumun bir kesiminin bu amaç doğrultusunda menfaat elde etmesi ancak bu amaca özgülleme unsurunun bir sonucudur. Bu nedenle lehtar ilkesinin bir istisnası olan hayır işi trustlarında menfaat elde eden kişilerin de bir mülkiyet hakkına sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Hayır işi trustlarını özel trustlardan ayıran bu önemli nokta, hayır işi trustlarında güvenilenlerin yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını kimin denetleyeceği sorusunu akıllara getirebilir. Bu sorunun yanıtı, hayır işi trustlarında güvenilenin yükümlülüklerinin ifasını talep etmeye yetkili olan

Yasa bağlamında bir hayır işi trustı olarak nitelendirilebilmesi için kamu menfaati şartını da sağladığını ispat etmesi aranmaktadır.

⁴¹³ Bu konuda ilginç bir karar Lordlar Kamarası'nın *National Anti-Vivisection Society v Inland Revenue Commissioners* [1948] AC 31 kararıdır. Bu karar göre, hayvanların diri kesimine karşı çıkan ilgili yapının avantajları ve dezavantajları tartılmış ve denek hayvanları üzerinde canlı kesimin yasaklanmasının uzun vadede tıbbın gelişimi ve kamu sağlığının korunmasına zarar verebileceği ileri sürülerek bu yapının bir hayır işi trustı olmadığına karar verilmiştir. Bkz. *Penner*, s. 459; *Webb/Akkouh*, s. 104.

⁴¹⁴ *Virgo*, s. 153 vd.

⁴¹⁵ *Virgo*, s. 155.

⁴¹⁶ *Hudson*, *Understanding*, s. 205.

(Kraliyet adına) baş savcı (*Attorney General*) ve Hayır İşleri Komisyonudur (*Charity Commission*).⁴¹⁷

Hayır işleri trustı bakımından değinilecek son husus bu yapıya özgü *cy-près* kuralıdır.⁴¹⁸ *Cy-près* kuralı uyarınca, trust kurucusunun iradesi doğrultusunda belirlenen amacın hukuki ya da pratik bir nedenden ötürü gerçekleştirilememesi durumunda, mahkemenin kurucunun iradesini adeta yeniden şekillendirerek söz konusu trust için (*ilk amaca mümkün olduğu kadar yakın*) yeni bir amaç belirleyebilmesi mümkündür.⁴¹⁹ Aslında bu kuralın Türk hukuku bakımından şaşırtıcı olduğu söylenemez. Zira TMK'nın 113. maddesinde mahkemelere verilen benzer bir yetki hükme bağlanmıştır.⁴²⁰ İlgili hükme göre "*Durum ve koşullardaki değişimler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınması vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş ise mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını değiştirebilir. / Amacın gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen koşulların ve yükümlülüklerin kaldırılmasında veya değiştirilmesinde de aynı hüküm uygulanır. (...)*"

Cy-près kuralını trust hukuku bağlamında ilginç kılan şey trustın amacının gerçekleştirilmesinin zor ya da imkânsız olması durumunda özel trustlar ve hayır işi trustları bakımından uygulanacak kuralların birbirinden önemli ölçüde ayrılmasıdır. Zira daha sonra inceleneceği üzere, bu çalışmanın odak konusunu

⁴¹⁷ Virgo, s. 148.

⁴¹⁸ *Cy-près* Fransızca kökenli bir hukuki terimdir ve "olabildiğince yakın, çok yakın" ("*si près*") anlamına gelmektedir. Bkz. Penner, s. 465; Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 9. Bası, Wolters Kluwer, 2014, s. 713.

⁴¹⁹ Hudson, *Understanding*, s. 218; Penner, s. 465.

⁴²⁰ Benzer yönde bkz. BGB §87: "*Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben./ Bei der Umwandlung des Zweckes soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden, insbesondere soll dafür gesorgt werden, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustatten kommen sollten, im Sinne des Stifters erhalten bleiben. Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert./ Vor der Umwandlung des Zweckes und der Änderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden.*"

oluşturan özel bir trustın amacının boşa çıkması ya da imkânsızlaşması durumunda trust fonunun kurucuya döndüğü kabul edilmektedir.⁴²¹ Buna karşılık bir hayır işi trustı söz konusu olduğunda trust fonu kurucuya dönmekte, mahkeme kararıyla başka bir amaca özgülenmektedir.⁴²²

1.2. TRUSTIN TANIMI, YAPISI ve TÜRLERİ

1.2.1. Trustı Tanımlamak?

Trust kavramına ilişkin çalışma yapan bir kimsenin karşılaştığı belki de en büyük zorluk trustı tanımlamaktır. Bunun iki temel sebebi vardır. Öncelikle trustı, trusta yabancı bir hukuk sisteminden gelen bir hukukçuya anlatmak demek, ondan bu sistem bağlamında öğrendiği ve kanıksadığı hemen hemen her hukuki kurumu ve ilkeyi bir kenara koymasını ve trusta adeta bir *tabula rasa* ile yaklaşmasını istemek demektir, ki bunun her iki taraf açısından da kolay bir faaliyet olmadığı açıktır. Bu zorluğun ikinci sebebi ise trustın esnek yapısı sayesinde girebildiği çok sayıda şekil ve zaman içinde değişen dinamik yapısıdır.⁴²³

İngiliz hukukunda, diğer *common law* sistemlerine paralel olarak, trust için yasal bir tanıma rastlamak mümkün değildir.⁴²⁴ Bunun yanı sıra mahkemelerin de trustı tanımlamak konusunda çekingen davrandığı, bunun yerine ne zaman bir trust ilişkisinin söz konusu olacağına dair kıstasları belirleme yolunu seçtiği görülmektedir.⁴²⁵ Aynı yolun aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere Lahey Konvansiyonu ve İlkeler tarafından da izlendiğini söylemek mümkündür.

⁴²¹ Bu geri dönüş yine bir trust yoluyla gerçekleşmektedir. İlk trustın bir şekilde geçersiz olması ya da imkânsızlaşması durumunda, güvenilenin mülkiyetindeki trust fonunun artık yeni bir trustın konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu yeni trust iradi bir trust değil; hukuki bir trusttır. Başka bir deyişle kurucunun iradesinden bağımsız olarak gerçekleşmektedir. Bu yapıya ise *resulting trust* denmektedir. *Resulting trust*'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 123 vd.

⁴²² Bu konuya ilişkin olarak bkz. *Virgo*, s. 177 vd.

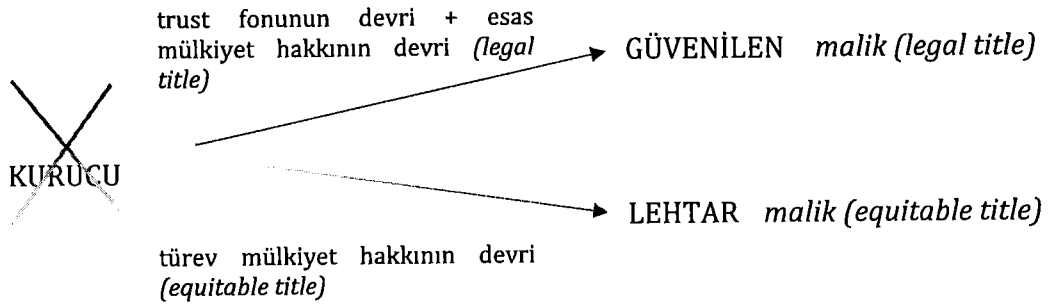
⁴²³ *Cincelli*, s. 53; *Moffat*, s. 2; *Christian Von Bar/Ulrich Drobnig*, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, Sellier European Law Publishers Münih, 2004, s. 365.

⁴²⁴ *Küçükgüngör*, s. 11; *Thévenoz*, s. 20.

⁴²⁵ *Thévenoz*, s. 20.

Buna rağmen çalışmanın takibini kolaylaştırmak amacıyla ve eksik kalması pahasına İngiliz hukukundaki trust yapısına ilişkin şöyle bir genel tanım verilmesi mümkündür: Trust, kurucusunun belirli bir mal varlığı unsurunu güvenilene devrettiği, güvenilenin üzerinde mülkiyet hakkını kazandığı bu mal varlığı unsurunu kendi mal varlığından ayrı bir şekilde elinde tuttuğu ve bu şey üzerinde yine bir tür mülkiyet hakkına sahip lehtar yararına yönettiği bir hukuki yapıdır.⁴²⁶ Trustı bir “hukuki yapı” olarak tanımlamamızın sebebi, örneğin bir vakfın ya da ticaret ortaklığının aksine trustın bir tüzel kişiliğe sahip olmamasıdır.⁴²⁷ Ayrıca trustın kurucusunun tek taraflı iradi beyanıyla kurulan bir hukuki yapı olduğunun da altı çizilmelidir.⁴²⁸

Şema 1: Trust İlişkisinin Yapısı



Lahey Konvansiyonu'nun 2. maddesi, Konvansiyon bağlamında hangi tür hukuki yapıların trust olarak değerlendirileceğine ilişkindir. İlgili hükme göre trust, kurucunun lehtarın menfaatine veya belirli bir amaç doğrultusunda kullanılmak

⁴²⁶ Trusta ilişkin benzer bir tanım için bkz. Underhill/Hayton, 2016, s. 3. (“A trust is an equitable fiduciary obligation, binding a person (called a trustee) to deal with a property (called trust property) owned and controlled by him as a separate fund, distinct from his private property, for the benefit of persons (called beneficiaries or, in old cases, cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.”)

⁴²⁷ Böckli, s. 26; Hayton/Kortmann/Verhagen, Commentary, s. 30; Thévenoz, s. 21; Underhill/Hayton, s. 4.

⁴²⁸ Braun/Swadling, s. 554; Supino, s. 86-87; Underhill/Hayton, s. 22.

üzere bir mal varlığı unsurunun güvenilene sağlar arası bir işlem ya da ölüme bağlı bir tasarrufla devretmesi sonucunda ortaya çıkan hukuki ilişkidir ve şu özellikleri barındırır:

- a) devir konusu unsurlar ayrı bir mal varlığı oluşturur ve güvenilenin mal varlığından bağımsızdır;
- b) devir konusu unsurlar üzerindeki mülkiyet hakkı güvenilene veya güvenilenin hesabına olmak üzere başka bir kimseye aittir;
- c) güvenilen, trustın koşulları ve uygulanacak hukuk kuralları uyarınca devir konusu unsurları yönetmek, kullanmak ve başkasına devretmek konusunda yetkili ve görevlidir.⁴²⁹

İlkeler'de ise trust şu şekilde tarif edilmektedir: Trust yapısında güvenilen trust fonunun malikidir, trust fonunu kendi mal varlığından ayrı bir şekilde elinde tutar ve bu mal varlığını lehtar adı verilen kişinin menfaatine veya belirli bir amaca yönelik olarak yönetir.⁴³⁰

Görüldüğü üzere İngiliz hukuku bağlamında verilen genel tanımla, Lahey Konvansiyonu ve İlkeler'de sayılan özellikler arasında önemli bir fark mevcuttur. Bu fark, lehtarın trust fonu üzerindeki hakkının niteliğine ilişkindir. İngiliz hukukunda lehtarın hakkı, *equity* mahkemelerinin önünde geçerli bir mülkiyet hakkıdır (*türev mülkiyet*). Buna karşılık güvenilenin hakkı ise *common law*

⁴²⁹ Lahey Konvansiyonu m. 2: "For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose./ A trust has the following characteristics - a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law./ The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust."

⁴³⁰ İlkeler m. 1(1): "In a trust, a person called the "trustee" owns the assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets ("the trust fund") for the benefit of another person called the "beneficiary" or for the furtherance of a purpose."

mahkemeleri önünde geçerli bir mülkiyet hakkıdır (*asli mülkiyet*). Esasen mülkiyetin parçalanması ifadesinin arka planı da bu ayrımdır. Buna karşılık ne Lahey Konvansiyonu'nun, ne de İlkeler'in trusta hâkim özellikleri sayarken bu parçalanmış mülkiyet yapısına yer verdiği görülmektedir. Bu metinler doğrultusunda bir hukuki yapının trust olarak değerlendirilebilmesi için şu üç özelliğin bir arada bulunması gerekmektedir: (i) güvenilen söz konusu mal varlığı unsurlarının maliki olmalıdır (ki bu nokta trustı temsil ilişkisinden ayıran en temel özelliktir); (ii) trust fonu güvenilenin mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturmalı, dolayısıyla onun alacaklılarına ve mirasçılara karşı korunaklı olmalıdır; (iii) güvenilen bu mal varlığını bir kimse lehine ya da bir amaç uğruna elinde tutmalıdır, diğer bir deyişle güvenilenin uyması gereken bir kurallar bütünü söz konusu olmalıdır.

Çalışmanın bundan sonraki kısmında, “**Türk Hukukunda Trust?**” başlıklı son bölüme gelinceye kadar İngiliz hukuku trust modeli esas alınacak, bu nedenle trustın işleyişi parçalanmış mülkiyet yapısı temel alınarak incelenecektir. Bununla beraber bu çalışmada da benimsenen görüşün, söz konusu parçalanmış mülkiyet yapısının trustın zorunlu bir unsuru olmadığı yönünde olduğunun şimdiden ifade edilmesinde yarar vardır.⁴³¹

Son olarak önemli bir hususunun daha altının çizilmesi gerekmektedir: Her ne kadar trust yapısının mimarı kurucu kişi olsa da, trust bir kere kurulduktan sonra güvenilenin yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda şahsi veya ayni talepleri ileri sürme hakkına sahip olan kişi artık kurucu değil, lehtardır.⁴³² Bu nedenle prensip olarak trustın kurulmasıyla kurucunun rolünün sona erdiği, tabiri caizse resimden çıktığı kabul edilmektedir.⁴³³ Bu nedenle bazı yazarlar, trustın aslında gerçekten üç taraflı bir ilişki olmadığını, trustın güvenilen ve lehtar

⁴³¹ Aynı yönde bkz. De Waal, s. 65 vd.; Gardner, s. 18-19; Gretton, Without Equity, s. 601; Hayton, s. 24; Ho, Essentials, s. 11; Koessler, s. 2-3; Reid, Patrimony, s. 428; Underhill/Hayton, s. 1440.

⁴³² Underhill/Hayton, s. 5. Kuşkusuz kurucu ve lehtarın aynı kişi olması durumu müstesnadır.

⁴³³ Thévenoz, s. 21.

arasındaki bir ilişkiyi ifade ettiğini, dolayısıyla bir hukuki ilişkiler bütününden ziyade tek bir hukuki ilişkiden söz edilmesinin daha doğru olacağını ifade etmektedir.⁴³⁴

Bununla birlikte aşağıda trust yapısı üç köşeli bir ilişkiler bütünü olarak ele alınmış ve bu incelemeye söz konusu ilişkinin ya da ilişkiler bütünüünün tarafları tanıtılarak başlanmıştır. Bunun sebebi, her ne kadar trust ilişkisinden doğan borçlar ve haklar gerçekten de güvenilen kişi ve lehtar arasında söz konusu olsa da, bu kişiler arasındaki hukuki ilişkinin temelinde bir sözleşmenin değil, kurucunun tek taraflı irade beyanıyla yarattığı bir yapının bulunmasıdır. Dolayısıyla trusttan kaynaklanan söz konusu hak ve borçların doğabilmesi için öncelikle trustın geçerli bir şekilde kurulmuş olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmenin odak noktası ise kuşkusuz kurucunun irade beyanı olacaktır. Bunun yanı sıra aşağıda inceleyeceği üzere trustın esnek yapısı, onun kurucu tarafından geri alınabilir (*revocable*) bir şekilde kurulmasını da mümkün kılmaktadır.⁴³⁵ Bu durumda zaten kurucunun resimden çıktığını dahi söylemek mümkün değildir.

1.2.2. Trust İlişisinin Yapısı ve İlgili Kavramlar

1.2.2.1. Taraflar

1.2.2.1.1. Kurucu – Güvenilen – Lehtar Üçgeni

Trust yapısının geçerliliği ve işleyişini incelemeye geçmeden önce tam olarak nasıl bir düzenekle karşı karşıya olduğumuzun daha iyi anlaşılması için, *kurucu* –

⁴³⁴ Örneğin Lahey Konvansiyonu'nun 2. maddesinde yer alan tanımda trust için "hukuki ilişkiler" ifadesi kullanılmış olmasına rağmen Prof. *von Overbeck* tarafından hazırlanan açıklayıcı raporda trustın özünü oluşturan ilişkinin güvenilen ve lehtar arasındaki ilişki olduğunun altı çizilmiştir. Bkz. *Von Overbeck*, s. 379. Ayrıca bkz. *Saatcioglu*, s. 175.

⁴³⁵ Bu şekilde kurulmuş olan trustlara *revocable trusts* denmektedir. Kural olarak trustın kurulmasıyla birlikte kurucu, kendi mülkiyetinde olan bir mal varlığını lehtarın lehine bir şekilde kullanılmak/yönetilmek üzere güvenilene devretmekte ve bu nedenle bu mal varlığı unsuru üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermektedir. Ancak kurucunun bunu yaparken kendine birtakım yetkiler tanıdığı da mümkündür. Örneğin trustın kurucu belgesinde kurucunun trustı istediği zaman veya belirli şartların gerçekleşmesi durumunda sona erdireceğine ilişkin bir yetkiye yer verilmesi durumunda bunun mümkün olduğu kabul edilir.

güvenilen – lehtar üçgeni olarak adlandırdığımız tipik ve basit trust yapısından yola çıkılması isabetli olacaktır. Bu çalışmanın odak noktasını oluşturan iradi trustın temelinde doğası gereği kurucu kişinin iradesi yatmaktadır. Kurucu, kendi mülkiyetinde olan bir mal varlığı unsurunu (bu bir taşınmaz olabileceği gibi alacak hakkı ya da gayrimaddi bir hak da olabilir) güvenilen kişiye devretmekte ve güvenilen kişi de bu mal varlığı unsurunu lehtarın çıkarları doğrultusunda ve malik sıfatıyla elinde tutmaktadır.⁴³⁶ Kurucu, söz konusu mal varlığı unsurunu güvenilene devrettiği anda bu şey üzerindeki haklarını kaybetmektedir. Artık bu şey üzerinde malik olan güvenilen kişinin söz konusu mal varlığı unsuruna *lehtarın çıkarları doğrultusunda* sahip olması kavramından ne anlaşılması gerektiği trust yapısının özünde yatan temel sorun olduğundan bu ifadeden neyin kastedildiğinin iyi anlaşılması gerekmektedir.

Güvenilen kişinin trust fonuna lehtarın çıkarları doğrultusunda malik olması en basit tabirle bu mülkiyet hakkını kendi lehine kullanamaması anlamına gelmektedir.⁴³⁷ Başka bir deyişle güvenilen her ne kadar asli mülkiyet hakkına sahip olsa da, bu hakkını kullanırken kendi menfaatini değil lehtarın menfaatini gözetmekle yükümlüdür. Ancak bu noktada güvenilenin mülkiyet hakkının içinde barındırdığı erklerden yoksun, tabiri caizse çıplak bir mülkiyet hakkına sahip olduğu da düşünülmemelidir. Zira güvenilenin mülkiyet hakkı esasında trust fonunu kullanma ve üzerinde tasarruf etme hakkını da içermektedir. Bu nedenle güvenilenin mülkiyet hakkının (*legal title*) *common law* mahkemelerinin gözünde tam bir hak sahipliğini içerdiğini söylemek mümkündür. Ancak güvenilenin mülkiyet hakkını trustın kurucu belgesinin ve hukukun kendisine tanıdığı sınırlar içinde kullanmak zorunda olduğu kabul edilmektedir.

Bu doğrultuda trust ilişkisine rengini veren iki önemli bileşenin olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki mülkiyet bileşeni, ikincisi ise yükümlülük

⁴³⁶ Trust uygulamasına genellikle birden fazla lehtarın söz konusu olduğu görülmektedir. Ancak yapının daha kolay anlaşılabilmesi için genellikle tekil ifade tercih edilecektir.

⁴³⁷ Gardner, s. 15; Penner, s. 21; Virgo, s. 17.

bileşenidir.⁴³⁸ Güvenilenin trust fonuna lehtarın çıkarları doğrultusunda malik olması mülkiyet bileşenini, güvenilenin bu mülkiyet hakkını lehtarın çıkarları doğrultusunda kullanırken kendisine hakkaniyet hukuku bağlamında yüklenen borçlar ve ödevler ise yükümlülük bileşenini ifade etmektedir.⁴³⁹ Nitekim trustın bu iki bileşene birden sahip olması, trustın saf bir eşya hukuku kurumu ya da bir borçlar hukuku kurumu olarak sınıflandırılmasını da imkânsız kılmaktadır.⁴⁴⁰

Bu ilişki çerçevesinde bir diğer kilit noktaysa lehtarın güvenilene karşı ileri sürebileceği hakların kapsamının tespit edilmesidir. Hatırlanacağı üzere kurucu, trustın kurulmasından ve trust fonunun güvenilene devredilmesinden sonra kural olarak resimden çıkmakta ve güvenilenin trustın kurucu belgesine uygun bir şekilde trust fonunu elinde tutmasını ya da yönetmesini talep etme hakkı sadece lehtara ait olmaktadır.⁴⁴¹ İşte lehtarın bu hakkı, çalışmanın başında tarihçesi anlatılan hakkaniyet hukukundan doğan bir mülkiyet hakkı (*equitable title*) olarak nitelendirilmektedir. İtiraf etmek gerekir ki Türk hukuk sistemine aşına olan bir hukukçu için trustın yapısını kavramak bakımından belki de en karmaşık nokta bu mülkiyet hakkının içeriğinin anlaşılmasıdır. Zira Türk hukukunda birden fazla kişinin aynı şey üzerinde elbirliğiyle ya da paylı olarak mülkiyet hakkına sahip olması mümkün olsa da, mülkiyet hakkının kendi içinde adeta ikiye bölünmesi ya da parçalanması söz konusu değildir.

Öncelikle *legal title* ve *equitable title* ayrımının ancak trust var olduğu sürece söz konusu olan bir ayrım olduğu, dolayısıyla trust yapısının mevcut olmadığı bir olasılıkta, mülkiyet hakkının bu şekilde ikiye bölünmediği ifade edilmelidir.⁴⁴² Bir

⁴³⁸ Virgo, s. 39-40.

⁴³⁹ Virgo, s. 39-40.

⁴⁴⁰ Benzer yönde bkz. Gretton, Begriffshimmel, s. 524 vd.

⁴⁴¹ Lewin on Trusts, s. 6; Underhill/Hayton, s. 22; Virgo, s. 41. Bu bilgiler ışığında henüz şimdiden trustın, tam üçüncü kişi lehine sözleşmeden epey farklı bir yapı teşkil ettiği anlamak mümkündür.

⁴⁴² Hudson, Understanding, s. 17; Penner, s. 21; Virgo, s. 17, 45. Bu husus Lordlar Kamarası'nın *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] UKHL 12, [1996] AC 669 davasında Lord Browne-Wilkinson tarafından şu şekilde açıklanmıştır: "Belirli bir para ya da şey

trust yapısının mevcut olması durumunda karşımıza çıkan bu *equitable* mülkiyet hakkının 'türev' bir hak olduğu kabul edilmektedir.⁴⁴³ Bundan kasıt, lehtarın trust fonundan doğrudan yararlanmasının mümkün olmaması, lehtarın ancak trustın kurucu belgesinden ve hukuk düzeninden kaynaklanan haklarını güvenilene karşı ileri sürmek suretiyle, trust fonundan dolaylı bir şekilde yararlanmasının mümkün olmasıdır. Başka bir deyişle güvenilenin mülkiyet hakkı ve lehtarın hakkaniyet hukukundan gelen mülkiyet hakkı birbiriyle yarışan iki hak değildir. Zira lehtarın hakkı, güvenilenin mülkiyet hakkından türeyen, ondan kaynaklanan bir haktır.⁴⁴⁴ Bunun yanı sıra güvenilenin *asli* mülkiyet hakkının, özellikle hakkın ileri sürülebileceği çevre açısından, lehtarın *türev* mülkiyet hakkından daha üstün bir hak olduğunu söylemek mümkündür. Güvenilen sahip olduğu hakkı herkese karşı ileri sürebilirken, lehtarın bu hakkı ancak sınırlı bir çevreye karşı ileri sürebileceği kabul edilmektedir.⁴⁴⁵

Lehtarın türev mülkiyet hakkının öneminin en çok hissedildiği iki durum kuşkusuz güvenilenin iflası ve trust fonunun üçüncü kişilere devri ihtimalleridir. Trust fonunun konusunu oluşturan mal varlığı unsuru üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan güvenilenin iflası durumunda, lehtarın sahip olduğu bu türev mülkiyet hakkı sayesinde mal varlığı unsuru iflas masasına dahil olmamaktadır. Benzer şekilde, güvenilenin yetkisi dahilinde olmaksızın trust fonunu üçüncü bir kimseye

üzerinde hem common law hem de hakkaniyet hukuku bağlamında tüm yararlanma haklarını veren bir mülkiyet hakkına sahip olan kişi bu şey üzerinde hakkaniyet hukuku bağlamında bir hakka (equitable title) sahip değildir. Çünkü bu kişinin common law'dan kaynaklanan mülkiyet hakkı (legal title) hâli hazırda mülkiyete ilişkin tüm hakları içermektedir. Legal ve equitable hakların ayrıldığı müddetçe ayrı bir equitable mülkiyet hakkından bahsetmek mümkün değildir." ("A person solely entitled to the full beneficial ownership of money or property, both at law and in equity, does not enjoy an equitable interest at that property. The legal title carries with it all rights. Unless and until there is a separation of the legal and equitable estates, there is no separate equitable title.")

⁴⁴³ Penner, s. 25-26. Benzer yönde bkz. Paul Matthews, The Compatibility of the Trust With The Civil Law Notion of Property (bundan böyle 'Compatibility'), The Worlds of The Trust (ed. Lionel Smith), CUP, 2013, s. 318.

⁴⁴⁴ Penner, s. 25-26.

⁴⁴⁵ Lehtar, türev mülkiyet hakkını kural olarak ancak güvenilene ve trust ilişkisinden haberdar olduğunu ispat edebildiği kişilere karşı ileri sürebilmektedir. Bkz. Panesar, s. 47; Underhill/Hayton, s. 79, 83.

devretmesi durumunda da kural olarak lehtarın türev mülkiyet hakkına halel gelmemektedir. Bu hâllerin trust kurumunun bir borçlar hukuku kurumu niteliğini aşarak eşya hukuku alanına girdiği hâllerin en tipik örnekleri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada trust ilişkisinin dışında kalan bir kimsenin bu üçgeni nasıl gördüğünden de kısaca bahsetmek faydalı olabilir. *Common law* kurallarına dayalı asli mülkiyet hakkına sahip olan güvenilen, kağıt üzerinde trust fonunun maliki olarak gözüken kişi olmaktadır. Başka bir deyişle dış dünyadan bakan bir kişi için söz konusu şey üzerinde tek bir mülkiyet hakkı söz konusu olmakta; bu da güvenilene ait olmaktadır. Örneğin trust fonu bir taşınmazdan oluşuyorsa tapu sicilinde güvenilenin ismi yazmakta, trust fonu bir banka hesabından oluşuyorsa hesap güvenilenin adına olmakta, trust fonu bir fikri hak ise ilgili özel sicilde hak sahibi güvenilen olarak gösterilmektedir.⁴⁴⁶ Bu doğrultuda trust ilişkisinin dışarıdan görülmesi ve anlaşılması zorunlu bir ilişki olmadığını söylemek mümkündür. Trust ilişkisinin bu üçgenin dışında kalan kişilerce bilinmeme ihtimalinin olması, özellikle aşağıda incelenecek olan “iyi niyetli ivazlı alıcı kuralı” (*bona fide purchaser rule*) açısından önemlidir.⁴⁴⁷

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere trust yapısında güvenilen mülkiyet hakkından doğan tüm sorumlulukları üstlenmekte, bununla birlikte mülkiyet hakkının beraberinde getirdiği tüm semereler lehtara ait olmaktadır.⁴⁴⁸ Lehtarın tek yükümlülüğüyse zamanı geldiğinde trust fonunu devralmaktadır.⁴⁴⁹ Bu açıdan bakıldığında trust ilişkisinin güvenilen açısından pek de avantajlı bir ilişki olmadığı

⁴⁴⁶ Hudson, *Understanding*, s. 18.

⁴⁴⁷ Bkz. aşağıda s. 406.

⁴⁴⁸ Örneğin güvenilen, trust fonuna bir zarar verilmesi durumunda yasal hakları ileri sürmek zorundadır; aksi takdirde lehtara karşı sorumlu olur. Bkz. Virgo, s. 17. Tam anlamıyla bir mülkiyet hakkında ise böyle bir zorunluluğun olmadığı ortadadır. Kişi, mülkiyetindeki bir mala zarar verilmesi durumunda haksız fiil ya da şartları varsa sözleşmesel sorumluluk hükümlerini ileri sürerek tazminat talep etmek konusunda bir serbestiye sahiptir.

⁴⁴⁹ Cincelli, s. 63.

düşünülebilir.⁴⁵⁰ Ancak tıpkı vekalet sözleşmesinde olduğu gibi trust ilişkisinin de uygulamada sıklıkla belirli bir bedel karşılığında kurulduğu ifade edilmelidir.⁴⁵¹ Özellikle finans sektöründe mal varlığı yönetimi için kurulan trustlar bakımından genellikle kurucu ve güvenilen arasında yapılan bir sözleşme ve bu sözleşmede yer verilen bir bedel klozu söz konusu olmaktadır.⁴⁵² Bununla birlikte ücretin trustın zorunlu bir unsuru olduğu düşünülmemelidir. Bunun yanı sıra hatırlanacağı üzere trustın temelinde her zaman bir sözleşmenin yer alması da zorunlu değildir. Kurucunun tek taraflı irade beyanıyla, örneğin bir ölüme bağlı tasarrufla trust kurması mümkündür. Burada önemli olan, ortada bir sözleşme mevcut olmasa da her hâlükârda güvenilenin bu görevi kabul etme yönündeki rızasının aranmasıdır.⁴⁵³

Kurucu kural olarak trustın kurulması üzerine resimden çıktığı için güvenilenin bu görevi gereği gibi ifa edip etmediğini denetleme ve gerektiğinde bu yöndeki hak ve taleplerini ileri sürme yetkisinin de lehtara ait olması şartı olmasa gerektir. Aslında trustın yönetiminden menfaat elde eden kişinin de lehtar olduğu düşünüldüğünde, bu nimet külfet dengesinin makul olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle İngiliz hukukunda kural her zaman en azından bir lehtarın bulunmasıdır. Lehtar ilkesi (*beneficiary principle*) olarak anılan bu ilkeye öneminden dolayı aşağıda ayrı bir başlık altında değinilmiştir. Ancak bundan önce

⁴⁵⁰ Öyle ki bazı yazarlar bu ilişkiyi güvenilen açısından "ağır ve külfetli bir sorumluluk" olarak betimlemektedir. Bkz. **Hudson**, *Understanding*, s. 18 ("...to be a trustee is a weighty responsibility with many duties and obligations."); **Virgo**, s. 40 ("The trustee's ownership is wholly burdensome.")

⁴⁵¹ İngiliz hukukunda kural, güvenilenin yaptığı iş karşısında bir bedel almaması yönündedir (*rule of non-remuneration*) ve bu kuralın arkasında üç gerekçe olduğu ifade edilmektedir. Bu kural sayesinde öncelikle güvenilenin daha fazla ücrete hak kazanmak için gerekli olmayan hukuki işlemleri yapmasının önüne geçilmekte ve güvenilenin yaptığı işin değerlemesi konusundaki zorluklar kökten bir çözüme kavuşturulmaktadır. Ayrıca güvenilenin bu pozisyonu kabul etmemek konusunda kesin bir serbestisinin bulunması da bir gerekçe olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte *Trustee Act 2000*'in 5. kısmında bu kurala ilişkin önemli istisnalar getirilmiştir. Bu hükümlere göre trustın kurucu belgesinde buna izin verilmesi ve güvenilenin bunu meslek edinmiş bir kişi ya da bir trust şirketi olması durumunda yaptığı iş karşılığında ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir (*Trustee Act 2000*, m. 28 – 29). Bkz. **Moffat**, s. 420 vd.

⁴⁵² **Moffat**, s. 404-405.

⁴⁵³ **Virgo**, s. 41. Ancak bu rızanın kurucu olduğu yanılığısına kapılmamalıdır. Hakkaniyet hukukunun temel prensiplerinden olan "A trust will not fail for want of a trustee" doğrultusunda güvenilenin bu görevi kabul etmemesi durumunda mahkemenin yeni bir güvenilen atayacağı, ancak bunun trust yapısının geçerliliğini etkilemediğinin kabul edildiği belirtilmelidir. Bkz. **Cincelli**, s. 61.

kurucunun aynı zamanda güvenilen veya lehtar sıfatını haiz olduğu veya birden fazla güvenilen söz konusu olduğunda bunlardan birinin aynı zamanda lehtar olarak belirlendiği atipik kurgulara kısaca göz atmak yol gösterici olacaktır.

1.1.2.1.2. Atipik Üçgen Yapıları

Bir önceki başlık altında trust yapısı hakkında genel bir tasavvur oluşturulması amacıyla kurucunun, güvenilenin ve lehtarın farklı kişiler olduğu basit bir yapı esas alınmıştır. Ancak bu sıfatların her zaman farklı kişilere ait olması zorunlu değildir. Bu durum, trust hukukunun kişilerden ziyade, kişilerin hangi yetkiyle ya da hangi sıfatla hareket ettikleriyle ilgilenmesiyle açıklanmaktadır.⁴⁵⁴ Bu nedenle kurucu, güvenilen ve lehtar sıfatlarından birden fazlasının aynı kişide toplanmasının kural olarak mümkün olduğu kabul edilmektedir.

a. Kurucu ve Güvenilenin Aynı Kişi Olması

İradi trustların kuruluşu aşamasında kurucunun yapabileceği sınırsız tercihlerden biri de kimin güvenilen olarak atanacağına ilişkindir. Kurucu, güvendiği bir arkadaşını, eşini, avukatını, çalıştığı bankayı ya da bir trust şirketini güvenilen olarak atayabileceği gibi dilerse kendisini de güvenilen olarak belirleyebilir.⁴⁵⁵ Bu olasılıkta kurucu, mal varlığında hâli hazırda mevcut olan bir unsur lehtar lehine ve güvenilen sıfatıyla tutmaya devam etmektedir. Başka bir ifadeyle ilk başta mülkiyet hakkının bahsettiği tüm yetkileri haiz olan kurucu, bunları bir trust vasıtasıyla ve belirlediği ya da belirlenebilir bir lehtar menfaatine sınırlayabilmektedir. Kurucunun kendisini güvenilen olarak atamasının doğal bir sonucu, trusta özgülenen mal varlığı unsurunun herhangi bir kimseye devrinin gerekmemesidir.⁴⁵⁶ Ancak kurucunun kendisini güvenilen olarak atadığı ve

⁴⁵⁴ Hudson, Understanding, s. 19. "It is important to understand that trusts law is not concerned with people as people; rather, trusts law is concerned with the legal capacities in which people are acting on each occasion."

⁴⁵⁵ Cincelli, s. 62; Lewin on Trusts, s. 39; Panesar, s. 44. Bu tür trustlara "self-declaration trusts" adı verilmektedir. Bu ifadenin Türkçe'ye "öz beyan trustları" olarak çevrilmesi mümkündür. Saatcioğlu ise "müstakil beyan usulü" ifadesini tercih etmiştir. Bkz. Saatcioğlu, s. 47-48.

⁴⁵⁶ Underhill/Hayton, s. 5.

herhangi bir mülkiyet hakkı devrinin söz konusu olmadığı bu olasılıkta, kurucunun trust kurma yönündeki iradesinin tespitinin daha zor olabileceği ifade edilmelidir.⁴⁵⁷

b. Kurucu ve Lehtarın Aynı Kişi Olması

Trustı tipik bir sözleşme ilişkisinden ayıran en önemli özelliklerden biri de trustı kuran kişinin trust fonunu güvenilene devretmekle birlikte bu şey üzerindeki hem aynı hem de şahsi taleplerini tamamen kaybetmesidir.⁴⁵⁸ Ancak bu kuralın iki önemli istisnası vardır. Bunlardan ilki, daha önce de değinildiği üzere, kurucunun trustı kurarken trustın kendisi tarafından geri alınabilir (*revocable*) olduğu yönündeki iradesini ortaya koymasındır.⁴⁵⁹ İkinci istisnai durum ise kurucunun kendisini de lehtar ya da lehtarlardan biri olarak atamasıdır.⁴⁶⁰ Görüldüğü üzere kendini dilerse güvenilen, dilerse lehtar olarak atama özgürlüğüne sahip olan trust kurucusuna tanınan irade serbestisi epey geniştir. Bu serbestinin bir diğer

⁴⁵⁷ Bu yönde Virgo, s. 74.

⁴⁵⁸ Ancak Türk hukukunda bu şekilde bir üçüncü kişi yararına sözleşme yapılabileceği belirtilmelidir. TBK m. 129 uyarınca "*Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimini üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. / Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremezler.*" Hükümden anlaşıldığı üzere, ikinci fıkrada düzenlenen tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan yararlanan da bu sözleşmeden doğan borcun ifasını talep etme hakkına sahiptir. Hatta sözleşme taraflarının, sözleşme alacaklısının ifayı talep etme hakkından feragat ettiğini ve bu talep hakkının sadece yararlanana ait olduğunu kararlaştırması da pekâlâ mümkündür. Ancak bunun otomatize bir şekilde gerçekleşmediği, tarafların Kanun'da yer alan yedek hukuk kuralından sapan bir düzenleme getirmelerinin zorunlu olduğu belirtilmelidir. Her hâlükârda, tam üçüncü kişi lehine sözleşmede yararlanan kişinin trustın lehtarından daha az korunaklı bir konumda olduğu unutulmamalıdır. Zira tam üçüncü kişi lehine sözleşmede yararlananın hakkı ancak şahsi bir hak olmakla birlikte, trustın lehtarının hakkının niteliğinin bunun ötesine geçtiği ifade edilmelidir.

⁴⁵⁹ Cincelli, s. 59.

⁴⁶⁰ Cincelli, s. 59; Panesar, s. 44; Underhill/Hayton, s. 5. Örneğin, sonraki bölümlerde incelenecek olan ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen *Rybolovlev v. Rybolovleva* davasına konu olan uyumsuzlukta, kurucunun kendisini lehtarlardan biri olarak atadığı bir trust yapısı söz konusu olmuştur. Bu olayda eşlerden birinin, boşanma ihtimalinin bulunduğu diğer eşin edinilmiş mallara katılma rejimi sayesinde, mevcut servetin önemli bir kısmına ortak olması önlemek amacıyla mal varlığının büyük bir kısmını bir güvenilene aktardığı ve sadece kendisini ve çocuklarını lehtar olarak atadığı görülmektedir. Bu karara ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 242.

görünümü ise aşağıda incelenecek olan güvenilen ve lehtarın aynı kişi olması durumudur.

c. Güvenilen ve Lehtarlardan Birinin Aynı Kişi Olması

Kurucunun kendisini güvenilen olarak atayabileceği gibi, dilerse lehtar olarak da belirleyebileceği yukarıda açıklandıktan sonra trustın üç köşeli yapısında incelenmesi gereken tek bir kombinasyon kalmaktadır: Güvenilen ve lehtarın aynı kişi olması durumu. Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan lehtar ilkesi doğrultusunda her trustın belirli ya da belirlenebilir bir lehtarı olması gerekmektedir. Lehtar hem trusttan menfaat elde eden kişi, hem de trustın yönetimini gözeten kişidir. Bu nedenle de güvenilenle açık bir menfaat çatışması içindedir. Dolayısıyla güvenilen ve lehtarın aynı kişi olması prensipte mümkün değildir.⁴⁶¹ Diğer bir ifadeyle nasıl ki trust yapısı söz konusu olmadığında parçalanmış bir mülkiyetten söz edilemiyorsa, parçalanmış bir mülkiyet yapısı mevcut olmadığı sürece (yani hem asli mülkiyet hakkı hem de türev mülkiyet hakkı aynı kişide toplandığında) de geçerli bir trust yapısından söz etmek mümkün değildir.⁴⁶² Bununla birlikte birden fazla lehtar olması durumunda bunlardan birinin güvenilen olarak atanabileceği kabul edilmektedir. Bu istisnanın arkasındaki mantık açıktır: Güvenilen olarak da hareket eden lehtarın bu görevini gereği gibi yerine getirmediği ihtimalde, bunu ileri sürebilecek başka lehtarlar vardır. Dolayısıyla lehtar ilkesiyle sağlanmak istenen korumayı imkânsız hâle getiren bir durum söz konusu değildir.

1.1.2.1.3. Lehtar İlkesi

İngiliz trust hukukunun temel prensiplerinden olan lehtar ilkesi uyarınca bir trust yapısının geçerli olarak kurulabilmesi için mutlaka belirli ya da belirlenebilir bir ya

⁴⁶¹ Cincelli, s. 62.

⁴⁶² Cincelli, s. 62. Başka bir ifadeyle bu iki sıfatın aynı kişide birleşmesi parçalanmış mülkiyet yapısını tekrar yekpare hâle dönüşmesine neden olmaktadır. Bkz. *Lewin on Trusts*, s. 9.

da birden fazla kişinin lehtar olarak atanması gerekmektedir.⁴⁶³ Lehtar ilkesinin bir izdüşümü olarak düşünülebilecek bir diğer kurala amaca özgüleme yasağıdır (*no purpose trust rule*). Bu kurala göre trustın bir kimse lehine değil de bir amacın gerçekleştirilmesi uğruna kurulması mümkün değildir.⁴⁶⁴

İngiliz hukukunda lehtar ilkesinin anlamı ve sınırları mahkeme içtihatları doğrultusunda zaman içinde belirginleşmiş ve bugünkü hâlini almıştır. Hatırlanacağı üzere kurucunun trustın kurulmasından sonra güvenilene karşı herhangi bir hak ve talep ileri sürememesi, güvenilenin trustın yönetimine ilişkin olarak denetlenmesi görevinin sadece lehtara ait olması sonucunu doğurmaktadır. Başka bir ifadeyle güvenilenin trust fonuna lehtarın çıkarları doğrultusunda malik olduğunun gözetilmesi yetkisi sadece lehtara aittir. Kuşkusuz yargı organları eliyle yapılacak olan bu denetiminin söz konusu olabilmesi için, bu yönde bir uyumsuzluğun, bu uyumsuzluğu ileri sürme konusunda usulî ehliyete sahip olan bir kişi tarafından yargı mercilerinin önüne getirilmesi gerekmektedir. Bu ehliyete sahip olan kişiye türev mülkiyet hakkını haiz olan lehtardır. Lehtarın bu rolünün güvenilenin denetlenmesi ve lehtarın kendi menfaatlerinin gözetilmesi bakımından hayati bir öneme sahip olduğu kabul edilmekte, bu nedenle bu kişinin belirlenemez olması durumunda trusta geçersizlik yaptırımını bağlanmaktadır.⁴⁶⁵ Bu nedenle lehtar ilkesinin bazı yazarlarca icra edilebilirlik ilkesi olarak da anıldığı görülmektedir.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Lewin on Trusts, s. 102; Penner, s. 245; Watt, s. 99.

⁴⁶⁴ Penner, s. 245.

⁴⁶⁵ Bunun dışında lehtar ilkesinin birtakım hukuk politikası tercihlerinin de bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Bunların başında, bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının her zaman birine ait olması ve böylece bu hakkın kullanılmasıyla ekonominin gelişimine katkı sağlanması gelmektedir. Bkz. Watt, s. 99.

⁴⁶⁶ Bu yönde bkz. David Hayton, Developing the Obligation Characteristic of the Trust (bundan böyle 'Obligation'), Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, ss. 189-201. Benzer yönde bkz. Webb/Akkouh, s. 65. Ayrıca *Morice v Bishop of Durham* davasında da mahkemenin lehtar ilkesinden ziyade icra edilebilirlik kavramından hareket ettiği görülmektedir. Bkz. aşağıda dn. 469. Aksi görüşte bkz. Paul Matthews, The New Trust: Obligations Without Rights? (bundan böyle 'The New Trust'), Trends in Contemporary Trust Law (ed. A. J. Oakley), Clarendon Press, 1996, s. 3; Penner, s. 253 vd. Matthews'a göre lehtar ilkesinin temelinde yatan amaç, güvenilenin yükümlülüklerinin ifasını talep edebilecek bir kimsenin bulunmasından ziyade, söz konusu trust fonu üzerinde türev mülkiyet

Daha önce de belirtildiği üzere güvenilenin mülkiyet hakkı asli mülkiyet hakkı olarak nitelendirilen ve herkese karşı ileri sürülebilen bir aynı hak olmasına karşılık, lehtarın türev mülkiyet hakkı güvenilenin de içinde olduğu çok daha sınırlı bir çevreye karşı ileri sürülebilmektedir. Bu nedenle güvenilenin asli mülkiyet hakkını kullanması sırasında adeta bir fren mekanizması görevi gören türev mülkiyet hakkını ileri sürecek bir kimsenin bulunmamasının, güvenilenin fiilen kontrol edilemez ve bu nedenle sınırsız bir mülkiyet hakkına sahip olması anlamına geldiği kabul edilmekte, bu durumun ise trust yapısının doğasına aykırı olduğu düşünülmektedir. Bu neden sonuç zinciri, 1804 yılında verilen *Morice v Bishop of Durham* kararında *Sir William Grant* tarafından şu şekilde formüle edilmiştir:

“... bir şey üzerinde kontrol edilemez bir tasarruf yetkisine sahip olmak demek, trust değil, tam bir mülkiyet hakkı demektir..... [Hayır işi trustları kategorisinin dışında kalan] her trustın belirli bir öznesi olması zorunludur. Zira Mahkeme'nin lehine ifaya karar verebileceği bir kimsenin bulunması gerekmektedir.”⁴⁶⁷

Morice v Bishop of Durham davasından neredeyse 150 yıl sonra verilen 1952 tarihli *Re Astor's Settlement Trusts*⁴⁶⁸ kararında da ifade edildiği üzere “... güvenilenin bir

hakkına sahip birinin bulunmasıdır. Bu nedenle lehtar ilkesini icra edilebilirlik kavramına indirgemek isabetli değildir.

⁴⁶⁷ *Morice v Bishop of Durham* (1804) 9 Ves. 399, 404-5: “There can be no trust, over the exercise of which this Court will not assume a control; for an uncontrollable power of disposition would be ownership, and not trust. (...) But this doctrine does not hold good with regard to trusts for charity. Every other trust must have a definite object. There must be somebody, in whose favour the Court can decree performance.”

⁴⁶⁸ *Re Astor's Settlement Trusts* [1952] Ch 534. Bu davaya konu olan olayda, İngiliz *The Observer* gazetesinin sahibi olan Waldrof Alstor, bu gazetede paylarından oluşan bir trust fonu kurulmasını ve bu fonun gelirinin ‘uluslar arasında iyi ilişkilerin sürdürülmesi’ ve ‘gazetelerin bağımsızlığının ve bütünlüğünün korunması’ gibi amaçlar için kullanılması yönünde iradesini belirtmiştir. Ancak bu trustın geçersiz olduğu ileri sürülmüş ve *Re Astor's Settlement Trusts* davasında *Roxburgh J* bu iddiayı lehtar ilkesini temel alarak kabul etmiştir.

yükümlülüğe sahip olduğunu söyleyebilmek için bu hakkı ileri sürebilecek ve icrasını sağlayabilecek bir lehtarın bulunması şarttır.”⁴⁶⁹

Lehtar ilkesi günümüzde İngiliz trust hukukunun bir parçası olmaya devam etse de, dünya üzerinde birçok sistemde bu ilkenin terk edildiğini ve amaç trustlarının (*purpose trust*) kurulmasına izin verildiğini söylemek mümkündür. Kuşkusuz bu eğilimin başını *offshore* sistemleri çekmektedir.⁴⁷⁰ Ancak bunun dışında söz gelimi Lahey Konvansiyonu’nun ve İlkeler’in de lehtar ilkesini terk ettiğini söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere Lahey Konvansiyonu’nun trustı tanımlayan 2. maddesinde diğer şartları sağlamak kaydıyla, gerek bir kimse lehine gerekse bir amaç uğruna kurulan yapıların trust olarak nitelendirilebileceği hükme bağlanmıştır.⁴⁷¹ Aynı yol İlkeler’in 1. maddesinde de takip edilmiştir.⁴⁷²

İngiliz hukukunda da lehtar ilkesinin zamanla görece daha liberal bir hâl aldığı ve bu ilkeye getirilen istisnaların ya da bu ilkenin katı bir şekilde uygulanmasını

⁴⁶⁹ Ancak aradaki neredeyse 150 yıl içinde lehtar ilkesinin tartışmasız bir şekilde kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir. Öyle ki 1804 yılında *Morice v Bishop of Durham* davasında ortaya konulan bu ilke, daha sonraki bazı mahkeme kararlarında inkar edilmiş ve ancak 1917 yılında sonra (*Bowman v Secular Society* [1917] AC 406 ve örneğin *Re Wood* [1949] Ch 498) yargı kararlarında tekrar kabul edilmeye başlanmıştır. *Re Astor’s Settlement Trust* davasında lehtar ilkesi, *Morice v Bishop of Durham* davasındaki gibi icra edilebilirlik kavramıyla bağlantılı olarak ele alınmıştır. Bu gelişmelere ilişkin olarak bkz. **Moffat**, s. 278-279.

⁴⁷⁰ Cayman Adaları STAR trust yapısının bunun bir örneği olduğu anımsanacaktır. Bkz. yukarıda s. 76.

⁴⁷¹ Lahey Konvansiyonu m. 2: “For the purposes of this Convention, the term “trust” refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. (...)” Ancak Konvansiyon’a ilişkin açıklayıcı raporda bu ifadeden kastedilenin sadece hayır işi trustları olduğunun belirtildiği görülmektedir. Bkz. **Von Overbeck**, s. 239. Benzer yönde bkz. **Paul Matthews**, *The Non-Charitable Purpose Trust (bundan böyle ‘NCP Trust’), Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds* (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, s. 239. **Matthews**, Konvansiyon’un metnine ilişkin görüşmelerin yürütüldüğü yıllarda bugünkü gibi bir amaç trustı piyasasının mevcut olmadığını, sadece Liechtenstein ve Nauru’da buna izin verildiğini ve bu Devletler de Konvansiyon’un hazırlık aşamasında yer almadıkları için Konvansiyon’un 2. maddedeki ifadesinden bugün anladığımız şekilde amaç trustlarının anlaşılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Aksi yönde bkz. **Antoine**, *Offshore*, s. 43. **Antoine**, Lahey Konvansiyonu’nun ilgili maddesinin amaç trustlarını da kapsadığını savunmaktadır.

⁴⁷² İlkeler m. 1: “In a trust, a person called the “trustee” owns the assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (“the trust fund”) for the benefit of another person called the “beneficiary” or for the furtherance of a purpose. (...)”

engellemek için öngörülen çözümlerin sayısının arttığını söylemek mümkündür. Bu istisnalardan ilki, atipik amaçlı trustlar olarak adlandırdığımız ve herhangi bir hukuki mantık ya da sistematige oturtulamadığı için bu çalışmada ayrıntılı olarak ele alınmayacak gruptur.⁴⁷³ Yıllar içinde verilen yargı kararlarında örneğin mezar ve anıt yapımı ve bakımı ya da evcil hayvan bakımı amacını taşıyan trustlara geçerlilik tanındığı görülmektedir.⁴⁷⁴ Bu trustlar bir lehtara sahip olmadığı için, güvenilenin yükümlülüklerini yerine getirdiğini kontrol edebilecek ve bunların icrasını sağlayabilecek bir mekanizmadan da yoksundur. Bu nedenle güvenilenin borcunun bir eksik borç niteliğine sahip olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁷⁵ Hatta bazı yazarlar, bu tür atipik trustların gerçek anlamda bir trust yapısı dahi olmadığını ileri sürmekte ve bunları daha ziyade güvenilene verilmiş ve kullanılması da güvenilenin iradesine bağlı yetkiler olarak nitelendirmektedir.⁴⁷⁶ Nitekim 1959 tarihli *Re Endacott* davasında, bu atipik amaçlı trustların insan doğasının zayıflığı ve duygusallığına bağlı istisnai nitelikte yapılar olduğu, bu sınırlı hâller dışında lehtar ilkesinin gözetilmesinin gerektiği ve söz konusu atipik örneklerin kapsamının genişletilmemesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷⁷

Lehtar ilkesinin diğer istisnasını ise hem bir lehtarın, hem de bir amaca özgülemenin söz konusu olduğu karma trustlar oluşturmaktadır. Lehtar ilkesini tatmin etmek ve amaca özgüleme yasağına takılmak arasındaki gri bölgede kalan bu trustların geçerli kabul edilip edilmeyeceği sorusu hem öğretide hem de yargı kararlarında uzun yıllar boyunca tartışılmıştır. Bunun temel sebebi bu yapıların bir lehtarın menfaati için mi yoksa bir amacın yerine getirilmesi için mi kurulduğunun tespitinin her zaman düşünüldüğü kadar kolay olmamasıdır. Örneğin kurucunun trustın kurucu belgesinde “(B) bankasındaki hesabımda yer alan paranın kızım

⁴⁷³ Watt, s. 101; Webb/Akkouh, s. 72.

⁴⁷⁴ Bkz. Gardner, s. 221 vd.; Matthews, *The New Trust*, s. 5 vd.

⁴⁷⁵ Lewin on Trusts, s. 105; Penner, s. 250; Watt, s. 102.

⁴⁷⁶ Underhill/Hayton, s. 172. Benzer yönde Matthews, *The New Trust*, s. 8; Watt, s. 102.

⁴⁷⁷ *Re Endacott* [1959] EWCA Civ 5. Bkz. Underhill/Hayton, s. 173.

(K)'nin eğitimi için harcanmasını istiyorum." şeklinde bir ifadeye yer vermesi durumunda iki yönde de yorum yapılması mümkün gözükmektedir.

Bu yapının geçerliliğinin tartışıldığı ve bu bağlamda bir ilke kararı olarak nitelendirilebilecek olan *Re Denley's Trust Deed* davasında trustın kurucu belgesinde şu ifade yer almaktadır: "[bu arsanın] öncelikle [...] Şirketi'nin işçileri lehine, ikincil olarak (varsa) güvenilenlerin seçtiği diğer kişiler lehine bir spor veya dinlenme alanı olmak amacıyla kullanılması(...)".⁴⁷⁸ Görüldüğü üzere trustın kurucu belgesinde hem lehtar olabilecek kişilere yer verilmiş (işçiler ve güvenilenlerin belirleyeceği diğer kişiler), hem de trust fonunun hangi amaca özgüleneceği (spor veya dinlenme) belirtilmiştir. Bu karma trustın lehtar ilkesini ihlal edip etmediğini inceleyen hâkim *Goff J*, trustın geçerli olduğuna şu gerekçelerle hükmetmiştir: Bazı amaç trustlarında, bu trustın özgülendiği amacın yerine getirilmesi bir ya da birçok kişinin menfaatine olabilmektedir. Ancak bu menfaatin fazlasıyla dolaylı olması durumunda bu trustın lehtar ilkesini ihlal ettiği ve geçersiz olduğu kabul edilmelidir.⁴⁷⁹ Bununla birlikte lehtar ilkesinin *ratio*'su, hiçbir trustın bir amaca sahip olmamasının sağlanması değil; her trustın icrasını talep edebilecek bir lehtarın bulunmasıdır. Bu nedenle *Re Denley's Trust Deed* davasında trustın kurucu belgesinde lehtarın kimler olabileceği, dolayısıyla trustın icrasını kimlerin talep edebileceği açıkça düzenlendiği için trust fonunun spor ya da dinlenme amacına özgülenmesi bu trustın geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır.⁴⁸⁰

Bu tür karma trustlarda sorun görüldüğünden daha karmaşık olabilir. Hem bir amaca özgülenmiş, hem de belirlenebilir bir ya da birden fazla lehtarın söz konusu olduğu bu trustlarda özellikle iki durumda nasıl bir çözüm getirilmesi gerektiği

⁴⁷⁸ *Re Denley's Trust Deed* [1969] 1 Ch 373. Kurucu şirketin söz konusu arsayı güvenilenlere devrederken kurdukları trust sözleşmesinin 2(c) maddesinde yer alan bu maddenin orijinali şu şekildedir: "...be maintained and used as and for the purpose of a recreation or sports ground primarily for the benefit of the employees of the company and secondarily for the benefit of such other person or persons (if any) as the trustees may allow to use the same..."

⁴⁷⁹ *Panesar*, s. 242.

⁴⁸⁰ "*Re Denley's Trust Deed* [1969] 1 Ch 373, 382-4.

tartışmalıdır. Bunlardan ilki, amacın gerçekleşmesi ya da boşa çıkması durumunda elde kalan trust fonunun akıbetinin ne olacağına ilişkindir. İkinci sorun ise daha sonra ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan *Saunders v Vautier* kuralının uygulanabilirliğine dairdir.⁴⁸¹ Bu kural kısaca tam ehliyetli lehtarların tümünün iradesinin aynı yönde olması durumunda trustın sona erdirilebileceği ve trust fonunun lehtarlara tabiri caizse *premature* bir şekilde devredilebileceği anlamına gelmektedir. Eğer bu kural karma trustlar bakımından da uygulanacaksa, bu durumda kurucunun amaca özgüleme iradesinin ancak bir saik ya da temenni olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁸²

Karma trustlara ilişkin ilk sorunun yanıtı *Saunders v Vautier* kuralının uygulanabilirliğine ilişkin ikinci sorununkine göre daha kolaydır; zira bu konuda yerleşik bir içtihadın bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu konudaki ilke kararı olan *Re Sanderson's Trust*⁴⁸³ davasına konu olan olayda, bir kimsenin vasiyetnamesinde bir taşınmazını trusta özgülediğini ve bu taşınmazdan elde edecek gelirin yardıma muhtaç kardeşinin bakımı için kullanılmasını istediği görülmektedir. Bu durumda ortada hem bir lehtarın, hem de bir amacın bulunduğu görülmektedir ve amacın boşa çıkması durumunda izlenebilecek iki yol vardır. Bunlardan ilki, amacın boşa çıkması veya imkansızlaşması durumunda trustın sona erdirilerek trust fonunun tamamının lehtara veya onun mirasçılara devredilmesidir. İkinci yolsa bu durumda trust fonunun lehtara değil, kurucuya veya onun mirasçılara dönmesidir.

Söz konusu olayda da lehtarın ölümünden sonra trust fonunda harcanmayan bir miktar para kalmış ve bu paranın kime ait olduğuna ilişkin uyuşmazlık mahkemenin önüne gelmiştir. Mahkeme, bu karma trustın geçerli olduğuna hükmettikten sonra lehtarın türev mülkiyet hakkının tüm taşımaza ilişkin olmadığına ve ancak trustın

⁴⁸¹ Moffat, s. 286; Penner, s. 248; Webb/Akkoub, s. 73. Bu kurala ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 411 vd.

⁴⁸² Moffat, s. 286.

⁴⁸³ *Re Sanderson's Trust* (1857) 3 K&J 497.

kurucu belgesinde belirtilen amacın yerine getirilmesi için gereken miktarla sınırlı olduğuna (dolayısıyla taşınmazın mülkiyetinin kurucuya veya onun mirasçılara ait olması gerektiğine) karar vermiştir.

Mahkemenin bu sonuca varırken kurucunun iradesinin yorumlanmasının öneminin altını çizdiği ve bir ayrıma gittiği ifade edilmelidir. Mahkeme, trusta konu olan fonun belirli bir miktar paradan ya da bir maldan elde edilecek tüm gelirden oluşması durumunda lehtarın bu fonun tamamı üzerinde türev mülkiyet hakkına sahip olacağını ve trustın kurucu belgesinde belirtilen amacın ancak kurucunun saiki veya temennisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini söyledikten sonra trust fonunun bir kısmının lehtar lehine ve belirli bir amaç doğrultusunda özgülenmesi durumunda aksi yönde bir mantık yürütmenin geçerli olacağına hükmetmiştir.⁴⁸⁴

Karma trustlara ilişkin ikinci tartışmalı husus olan *Saunders v Vautier* kuralının uygulanabilirliği sorusuna ilişkin kesin bir yanıtta yargı kararlarında rastlanmadığı gibi öğretide de bu konuda bir görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu konuda belki de en radikal fikir *Webb/Akkouh* tarafından dile getirilmiştir. Yazarlar bu tip karma trustlar söz konusu olduğunda lehtarların da trustın özgülediği amacı gözetmeleri gerektiğini, başka bir deyişle *Saunders v Vautier* kuralını ileri sürerek belirtilen amacın göz ardı edilmesi pahasına trust fonunun kendilerine devrini talep edemeyecekleri fikrini tartışmaya açmıştır.⁴⁸⁵ Trust hukukuna ilişkin temel kitaplardan olan *Moffat's Trust Law* kitabında ise daha

⁴⁸⁴ Bkz. *Re Sanderson's Trust* (1857) 3 K&J 497, 503. Ayrıca bkz. *Re Osoba* [1978] EWCA Civ 3. Bu davada da bir ölüme bağlı tasarruf ile, kurucunun ölüm anındaki tüm mal varlığını annesinin ve (ikinci) eşinin bakımı ve kızının üniversiteye kadar olan eğitimi için kullanılması amacıyla (ikinci) eşine devrettiği görülmektedir. Kurucunun başka bir evliliğinden olan oğlu, söz konusu trustın bir amaç trustı olduğunu ve bu nedenle geçersiz olduğunu ileri sürmüştü, ancak bu iddia mahkemeye kabul edilmemiştir. Mahkeme, *Re Sanderson's Trust* mahkemesinin kararına sadık kalarak kurucunun dile getirdiği eğitim ve bakım gibi amaçların sadece onun bu trustı kurmadaki saikini yansıttığını ifade etmiştir. Başka bir deyişle, lehtarlardan anne (ve daha sonra ikinci eş) öldüğü için belirtilen amaç boşa çıkmış ve lehtarlardan çocuğu eğitimi tamamladığı için belirtilen amaç gerçekleşmiş olsa da, kalan trust fonunun kurucunun terekesine dönmesi (ve böylece davacının bundan pay elde etmesi) kabul edilmemiştir. Bu davaya ilişkin olarak bkz. *Moffat*, s. 286; *Penner*, s. 260.

⁴⁸⁵ *Webb/Akkouh*, s. 73-74.

farklı bir çözüm önerisi ileri sürülmektedir. Buna göre, *Re Denleys* davasındaki gibi karma bir trust yapısının söz konusu olduğu durumlarda güvenilenin, trustın kurucu belgesinde belirtilen amacın yerine getirilmesinin mümkün olduğu sürece lehtarların trustın çözülmesi yönündeki taleplerine karşı koyabilmeleri bir çözüm önerisi olarak sunulmuştur. Başka bir deyişle, karma bir trust yapısı söz konusu olduğunda güvenilenin *Saunders v Vautier* kuralıyla kendisini en belirgin şekilde gösteren türev mülkiyet hakkının, amacın gerçekleştirilebileceği süre kadar askıya alınması fikri ileri sürülmüştür.⁴⁸⁶ Ancak yazarın da açıkça belirttiği gibi bu çözüm önerisi (en azından şimdilik) herhangi bir yasal ya da yargısal dayanağa sahip değildir.⁴⁸⁷ Üçüncü bir görüşe göre ise geçerli olarak kurulan karma trust yapılarında lehtarın dilerse *Saunders v Vautier* kuralını ileri sürerek trustı sona erdirebileceği ve bu fonu istediği gibi kullanabileceği kabul edilmelidir.⁴⁸⁸ Bu ‘ya hep ya hiç’ görüşüne göre lehtar bir tür mülkiyet hakkına sahiptir ve bu hakkı nasıl kullanacağı kendisine dikte edilemez; dolayısıyla lehtar türev mülkiyet hakkını ileri sürerken kurucunun iradesi doğrultusunda hareket etmek zorunda değildir.⁴⁸⁹

Bu soruların ucu açık olmakla birlikte karma trustların lehtar ilkesi karşısındaki konumu bağlamında bir ara sonuca varmak gerekirse, kanımca *Re Denleys* kararının lehtar ilkesinin gerçekten bir istisnası olmadığı kabul edilmesi gerekmektedir. Zira *Re Denleys* kararının getirilen yeniliğin, içinde aynı zamanda bir amaca özgülleme unsurunu da barındıran karma trustların *prima facie* bir şekilde geçersizliğine hükmedilmemesi olduğunu söylemek mümkündür. Bunun dışında bu içtihadın amaç trustlarını mümkün kılarak lehtar ilkesini liberalleştirdiğini

⁴⁸⁶ Moffat, s. 287.

⁴⁸⁷ Ancak *Quistclose* trustlara ilişkin bir davada, mahkemenin benzer bir gerekçelendirme sunduğu görülmektedir. Carreras Rothmans davasında hâkim Peter Gibson J, *quistclose* trust yapısında *equitable* mülkiyet hakkının trustın amacı (ödeme yapılması) gerçekleşene kadar askıda olduğunu ifade etmiştir. “...the beneficial interest is in suspense until the payment is made.” Bkz. *Carreras Ltd. V. Freeman Matthews Ltd.* [1985] Ch 207, s. 22. Buna ilişkin olarak bkz. William Swadling, *Orthodoxy, The Quistclose Trust: Critical Essays* (ed. William Swadling), Hart Publishing, 2004, s. 29.

⁴⁸⁸ Paul Matthews, *The Comparative Importance of The Rule In Saunders v Vautier* (bundan böyle ‘*Saunders v Vautier*’), LQR, C. 122, 2006, s. 270.

⁴⁸⁹ Matthews, *The New Trust*, s. 14-15.

söylemek kanımca amacının ötesine gitmek olacaktır. Çünkü karma bir trust yapısının geçerli olabilmesi için belirli ya da belirlenebilir bir ya da birden çok lehtarın bulunmasının her hâlükârda zorunlu olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹⁰ Dolayısıyla lehtar ilkesinin rafa kaldırıldığını söylemek mümkün değildir. Böyle bir yapıyla karşılaşıldığında yapılması gereken, trustın kurucu belgesinin yorumlanması ve kurucunun iradesindeki önceliğin belirlenmesidir. Başka bir ifadeyle her somut olayda trustın belirli kişiler lehine olup olmadığı ve özgülediği amacın bu kişilerin yanında ikincil önceliğe sahip olup olmadığı kontrol edilmelidir.⁴⁹¹ Eğer durum böyleyse, lehtar ilkesi doğrultusunda geçerli bir trust mevcuttur. Eğer önceliğin dolaylı olarak menfaatleri gözetilen kişilerde değil de trust fonunun özgülediği amaçta olduğu tespit edilirse, bu durumda lehtar ilkesine aykırılıktan dolayı geçersiz bir trust olduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁹² Sonuç olarak karma trustlarda da her zaman kişi unsuru, amaç unsurunun önünde yer almalıdır.

1.1.2.1.4. Üçgenin Yeni Üyesi?: Gözetici (Protector/Enforcer)

Gözetici kavramı ancak yakın geçmişte özellikle *offshore* sistemlerinde ortaya çıkmış ve gelişmiş bir kavramdır.⁴⁹³ Bir gerçek ya da tüzel kişi olabilen gözetici, trustın kurucu belgesinde güvenileni çeşitli şekillerde gözetme ve denetleme yetkisinin verildiği gerçek ya da tüzel kişiye verilen isimdir. İlk zamanlarda yaşadığı yerden kilometrelerce ötede küçük bir devlette trust kuran kişinin bu

⁴⁹⁰ Örneğin *R v District Auditor, ex p West Yorkshire Metropolitan County Council* [1986] RVR 24. Bu olayda, trust fonunun belirli amaçlar için ve West Yorkshire bölgesinde oturan vatandaşlarının tümünün ya da bir kısmının lehine (*for the benefit of any or all or some of the inhabitants of the county of West Yorkshire*) kullanılmasına ilişkin kurulan trustın geçerliliği değerlendirilmiş ve trustın kurucu belgesinde belirlenen lehtarların idare edilemez bir sayıda olduğu, bu nedenle ancak bir amaç trustı olarak değerlendirilebileceği ileri sürülerek geçersizliğine hükmedilmiştir. Bkz. Charles Harpum, *Administrative Unworkability and Purpose Trusts*, *The Cambridge Law Journal*, C. 45, S. 3, 1986, s. 393-394; Penner, s. 212.

⁴⁹¹ Peter J. Millett, *The Quistclose Trust: Who Can Enforce It?* (bundan böyle 'Quistclose'), *LQR*, C. 101, 1985, s. 282. Benzer yönde bkz. Panesar, s. 235; Webb/Akkouh, s. 69-70.

⁴⁹² Webb/Akkouh, s. 69-70; Millett, *Quistclose*, s. 282.

⁴⁹³ Cincelli, s. 63; Mark Eichner, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007, s. 25; Donovan W. M. Waters, *The Protector: New Wine in Old Bottles?* (bundan böyle 'Protector'), *Trends in Contemporary Trust Law* (ed. A. J. Oakley), Clarendon Press, 1996, s. 6.

kararını verirken kendisini daha güvende hissetmesini sağlaması işlevini yerine getirdiği düşünülen gözetici kurumu,⁴⁹⁴ zamanla tüm *offshore* trustların olmazsa olmaz bir unsuru hâline gelmiştir.⁴⁹⁵ Gözeticinin yetkilerinin güvenilenin faaliyetlerini düzenli olarak gözetmekten, güvenilenin yatırım kararlarını onaylama ya da veto etmeye varan geniş bir yetki skalaya sahip olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁹⁶ Bu nedenle trustın kurucu belgesinde geniş yetkilerle donatılmış olan bir gözeticinin, güvenilenin trust fonu üzerindeki hareket kabiliyetini kısıtladığını ve trustın yönetiminin kurucunun iradesi doğrultusunda yürütülmesini sağladığı söylenebilir.

Bugün Jersey, Cayman Adaları, Mauritius, Seyşeller, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Man Adası ve Bermuda gibi *offshore* sistemlerinde trust belgesinde güvenilenin yükümlülüklerinin ifasını sağlayacak bir gözeticiye yer verilmesi mümkündür.⁴⁹⁷ Bununla birlikte trust hukukunun doğduğu İngiliz hukukunda gözetici kavramı düzenlenmediği gibi, bu konuda verilmiş yargı kararlarına da rastlanmadığı ifade edilmelidir.⁴⁹⁸ Lehtar ilkesinin ihlalinin beraberinde getirdiği geçersizlik yaptırımının aşılması için özellikle *offshore* sistemlerinde benimsenen bu düzenlemelerin arkasındaki temel sebep kuşkusuz ekonomiktir.⁴⁹⁹ Zira bu sistemler tercih edilebilirliklerini arttırmak amacıyla trust hukukunun ve özellikle lehtar ilkesini esnetmenin yollarını aramaktadır. Bu doğrultuda *offshore* sistemlerin, hiçbir lehtara ait olmamakla birlikte karmaşık ticari işlemlere konu olabilecek bir araca duyulan ihtiyacın farkına varıp buna uygun bir düzenleme getirdiğini söylemek mümkündür.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ Cincelli, s. 65; Eichner, s. 25.

⁴⁹⁵ Antoine, Offshore, s. 52; Waters, Protector, s. 62.

⁴⁹⁶ Cincelli, s. 64; Underhill/Hayton, s. 51-52; Waters, Protector, s. 62.

⁴⁹⁷ Moffat, s. 289-290; Underhill/Hayton, s. 177; Virgo, s. 194.

⁴⁹⁸ Cincelli, s. 65; Virgo, s. 195; Waters, Protector, s. 65.

⁴⁹⁹ Benzer yönde bkz. Matthews, The New Trust, s. 31; Virgo, s. 194-195.

⁵⁰⁰ Matthews, The New Trust, s. 28. "At all events, the offshore trust jurisdictions saw that there was a need for a vehicle that could truly be said to belong to no one beneficially, and which could be slotted into complicated commercial transactions without difficulty." Benzer yönde bkz. Thomas/Hudson, s. 1117. Bu amaçların başında vergi avantajlarının yanı sıra alacaklılar, rakip

Lehtar bulunmayan ancak güvenileni bir gözetici vasıtasıyla denetim altında tutulan bir trust yapısının yerindeliği tartışmaya açıktır. Bir görüşe göre lehtar kavramının denklemden çıkarılarak yerine gözeticinin getirilmesi trustın doğasına aykırıdır.⁵⁰¹ Zira gözeticinin hakları, trust yapısının lehtar için mümkün kıldığı ve eşya hukuku boyutuna uzanan haklarla eş ağırlıkta değildir. Lehtarın türev mülkiyet hakkına sahip olmasına karşılık gözeticinin hakları, kendisine trustın kurucu belgesinde verilen şahsi haklarla sınırlıdır.⁵⁰² Bu nedenle lehtarın aksine gözeticinin üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği herhangi bir hak söz konusu değildir.⁵⁰³ Özetle lehtar ilkesinin icra edilebilirlik kavramına indirgenmesi ve trustın sadece yükümlülük boyutunun dikkate alınması isabetli değildir.⁵⁰⁴

Bir diğer görüşe göre ise trust yapısı için önemli olan husus, güvenilenin yükümlülüklerinin icrasının sağlanabilmesidir ve bunun kim tarafından yapıldığının önemi yoktur.⁵⁰⁵ Bu ikinci görüşün en çok eleştirildiği nokta, menfaat ve icrayı talep etme yetkisinin birbirinden ayrılması ve bunun beraberinde getirebileceği olası sorunlardır. Bu sorunların başındaysa güvenilenin yükümlülüklerini düzgün bir şekilde ifa etmesinden esasen bir çıkar sağlamayacak olan gözeticinin, gözetme ve kontrol görevini yerine getirme konusunda lehtara göre daha az istekli olması gelmektedir.⁵⁰⁶ Ancak kanımca bu güçlü bir sav değildir. Zira genellikle gözetici olarak bu işi profesyonel olarak yürüten kişilerin atandığı, bunlarinsa birçok lehtara göre denetim görevini daha aktif bir şekilde üstlendiği görülmektedir.

firmalar ve yetkili merciler tarafından izlenmesi güç bilanço dışı ticari işlemlerin yapılabilmesinin geldiği yönünde bkz. **Moffat**, s. 280.

⁵⁰¹ Bu görüşte bkz. **Matthews**, NCP Trust, 224 vd. Benzer yönde bkz. **Hudson**, Understanding, s. 201; **Moffat**, s. 288. Aksi yönde bkz. **Webb/Akkouh**, s. 68-69.

⁵⁰² **Matthews**, NCP Trust, s. 225, 229.

⁵⁰³ Krş. **Hayton**, s. 195.

⁵⁰⁴ **Hayton**, bu görüşü eleştirmektedir. Yazara göre (daha sonra incelenecek olan) ihtiyari trust yapısının geçerli kabul edilip, bir gözeticinin bulunduğu bir amaç trustının geçersiz kabul edilmesi çelişkilidir. Bkz. **Hayton**, s. 195. İhtiyari trustlara ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 174 vd.

⁵⁰⁵ **Hayton**, s. 199. **Antoine**, amaca özgüleme yasağının demode bir kural olduğunu, modern çağın ticari ihtiyaçlarıyla uyumlu olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Antoine**, Offshore, s. 43.

⁵⁰⁶ **Penner**, s. 253-254.

Bu açıklamalar ışığında gözeticinin her zaman lehtarın yerine geçtiği yanılgısına kapılmamalıdır. Zira bir trust yapısında hem lehtar, hem de gözeticinin öngörülmesi mümkündür. Özellikle güvenilenin ve lehtarın ayrı yerlerde bulunması durumunda, trust fonunun üzerindeki denetimin sağlanması ve yönetiminin kolaylaştırılması için bir gözeticiye ihtiyaç duyulması mümkündür. Bu gibi durumlarda trustın lehtar ilkesi doğrultusunda geçersiz kılınması için makul bir sebep mevcut değildir.⁵⁰⁷ Zira trust fonu üzerinde herhangi bir mülkiyet hakkına sahip olmayan gözeticinin böyle durumlarda ne güvenilenin ne de lehtarın yerini aldığını söylemek mümkündür. Bu yapıda sadece lehtarın yanı sıra bir ya da birden fazla kişiye daha güvenileni denetleme yetkisi verilmiş; böylece aslında lehtarın konumu güçlendirilmiştir.

Bir lehtarın bulunmadığı, diğer bir deyişle trustın bir amaca özgü olduğu ihtimalde gözetici atanması durumunda ise durum daha karmaşıktır. Öncelikle bu yapının İngiliz hukukunda geçerli olmadığına altı bir kere daha çizmeliyiz. Bu nedenle özellikle *offshore* sistemlerinde izin verilen amaç trustlarının diğer sistemlere tanınmasının bir sorun teşkil edebileceği belirtilmelidir. Diğer ifadeyle söz konusu *offshore* devletlerinden birinde kurulmuş olan bir amaç trustına ilişkin bir uyuşmazlığın söz gelimi bir İngiliz mahkemesinin önüne gelmesi durumunda, amaca özgüleme yasağından dolayı söz konusu yapının bir trust olarak tanınmaması riskinin bulunduğu ifade edilmelidir.⁵⁰⁸

1.2.2.2. Trusta Özgülenen Mal Varlığı: Trust Fonu

Trust fonu (*trust fund* ya da *trust corpus*), kurucunun güvenilene lehtarın çıkarları doğrultusunda sahip olması için devrettiği mal varlığı unsurlarına verilen genel isimdir.⁵⁰⁹ Trust fonu devri mümkün olmak şartıyla her türlü ekonomik değerden

⁵⁰⁷ Hayton, s. 197.

⁵⁰⁸ Antoine, Offshore, s. 46; Matthews, The New Trust, s. 30; Matthews, NCP Trust, s. 236-238. Aksi yönde bkz. Hayton, s. 193-194.

⁵⁰⁹ Trust fonu öğretide kullanılan *trust fund* veya *trust property* kavramlarına karşılık gelmek üzere tercih edilmiştir. Ancak öğretide trust fonu ifadesi yerine trust mal varlığı ya da trust malları gibi

oluşabilir.⁵¹⁰ Bu doğrultuda taşınırın, taşınmazların, alacakların ve gayrimaddi hakların trust fonunu oluşturması mümkündür.⁵¹¹ Trust fonu ifadesinin aslında muğlak veya çok anlamlı olduğunu söylemek mümkündür.⁵¹² Zira bu kavram, hem kurucu tarafından trusta özgülenen başlangıçtaki mal varlığı unsurlarını, hem de zaman içinde bu mal varlığı unsurlarının yerine geçen değerleri ifade etmek için kullanılmaktadır.⁵¹³ Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde görüleceği üzere trust fonu üzerinde aynı ikame ilkesinin işlediği kabul edilmekte, bu nedenle lehtarın türev mülkiyet hakkı başlangıçtaki mal varlığı unsurlarının yerine geçen ikame değerler üzerinde de devam etmektedir.⁵¹⁴ Bu nedenle (geniş anlamda) trust fonu kavramının güvenilenin, lehtarın çıkarları doğrultusunda belirli bir zamanda elinde tuttuğu tüm mal varlığı unsurlarını veya gelecekte elinde tutacağı ikame mal varlığı unsurlarını ifade etmek için kullanıldığını söylemek mümkündür.

Trust fonunun bu şekilde geniş yorumlanması, lehtarın sahip olduğu türev mülkiyet hakkının kapsamıyla da uyumludur. Zira lehtarın türev mülkiyet hakkının, trust fonunda belirli bir zamanda yer alan teker teker tüm mal varlığı unsurları üzerinde bir hak olmadığı, daha ziyade genel olarak trust fonu üzerinde bir hak olduğu kabul edilmektedir.⁵¹⁵ Bu durumun hem İngiliz eşya hukukunun sistematığı, hem de daha

ifadelerin de tercih edildiği görülmektedir. Örneğin eserlerinde *Saatcioğlu*, trust malları ifadesini (*Saatcioğlu*, s. 50 vd.), *Apaydın* ise trust mal varlığı ifadesini kullanmıştır (*Apaydın*, s. 1806).

⁵¹⁰ Cincelli, s. 67; Eichner, s. 26.

⁵¹¹ Cincelli, s. 67; Eichner, s. 26.

⁵¹² Penner, s. 43.

⁵¹³ Cincelli, s. 67-68; Lewin on Trusts, s. 3, 12; Penner, s. 43; Underhill/Hayton, s. 12.

⁵¹⁴ Aynı ikame ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda s. 385 vd.

⁵¹⁵ Penner, s. 43. Bu noktada Roma hukukunu takip eden *civil law* sistemleri ve *common law* sistemlerinde mülkiyet hakkı kavramına bakış açısının farklı olduğunun şimdiden belirtilmesinde yarar vardır. Daha sonra üzerinde tekrar durulacağı üzere Türk-İsviçre hukukunda aynı hakların ancak belirli ve cismani şeyler üzerinde kurulabileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık *common law* sistemlerinde mülkiyet hakkının odak noktasının bu cismani ve sınırları belli şey (*res*) değil, kişinin sahip olduğu haklar bütünü (*bundle of rights*) olduğu kabul edilmektedir. Bu ayrıma ilişkin olara bkz. aşağıda s. 376 vd. Bu nedenle bir *civil law* hukukçusu için ilk bakışta bir fon üzerinde mülkiyet hakkı fikri uzak gelebilir. Zira fon kavramı, genelde belirli bir cismani varlığı ifade etmek için değil, belirli bir mal varlığını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Bkz. Joshua Getzler, Plural Ownership, Funds, and the Aggregation of Wills (bundan böyle 'Funds'), *Theoretical Inquires in Law*, C. 10, S. 1, 2009, s. 249-251. Türk eşya hukukunda aynı hakkın nesnesinin ancak tikel/tek eşyalar olduğu, bir eşya topluluğu üzerinde aynı hakkın söz konusu olamayacağı yönünde bkz. Rona

sonra güvenilenin yükümlülükleri bağlamında incelenecek olan güvenilenin yatırım yapma yükümlülüğüyle yakından ilgili olduğunu söylemek mümkündür.⁵¹⁶ Bu doğrultuda güvenilenin kural olarak kendisine devredilen mal varlığı unsurlarını olduğu gibi elde tutmaktan ziyade yönetmek ve mümkünse değerlendirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle de trust fonunun statik değil, dinamik bir kavram olarak anlaşılması gerekmektedir.

1.2.2.3. Trustın Kurucu Belgesi

1.2.2.3.1. Kurucu Belgenin Rolü

Trustın kurucu belgesi (*trust instrument*) ifadesi, hem sağlar arası bir işleme kurulan trustları hem de ölüme bağlı tasarruf ile kurulan trustları kapsamak için bilinçli olarak seçilmiş bir ifadedir.⁵¹⁷ Ancak trustın kurucu belgesi ifadesinden trustın kurulabilmesi için kurucunun bu yöndeki iradesinin yazılı bir şekilde ortaya konulmasının zorunlu bir unsur olduğu yanılığına kapılmamalıdır. Zira kurucunun trust kurma iradesini kural olarak sözlü veya örtülü bir şekilde, yani kanaat uyandırıcı bir davranışla da ortaya koyması mümkündür.⁵¹⁸ Bu kuralın istisnası ise taşınmazların trust kurma yoluyla güvenilene devredilmesidir; zira bu durumda söz konusu iradenin yazılı bir şekilde ortaya konması aranmaktadır.⁵¹⁹

Trustın kurucu belgesi bir sözleşmenin bir parçası olarak karşımıza çıkabileceği gibi, sadece kurucu tarafından hazırlanan tek taraflı bir beyan olarak da karşımıza çıkabilir.⁵²⁰ Trustın özellikle ticaret hayatında kullanıldığı durumlarda trustın kurucu belgesinin genellikle kurucu ve güvenilen arasında akdedilen bir

Serozan, Eşya Hukuku I (bundan böyle 'Eşya'), Filiz Kitapevi, 2014, s. 67; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 2018, s. 32.

⁵¹⁶ İngiliz eşya hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda s. 376 vd. Güvenilenin yatırım yapma yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 309 vd.

⁵¹⁷ Aynı yönde bkz. Saatcioğlu, s. 50.

⁵¹⁸ Hudson, Understanding, s. 29; Moffat, s. 141.

⁵¹⁹ Law of Property Act 1925, m. 53(1)(b): "... a declaration of trust respecting any land or interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will." Ayrıca bkz. Moffat, s. 141-142.

⁵²⁰ Hudson, Understanding, s. 29-30; Underhill/Hayton, s. 22.

sözleşmenin parçası olduğu görülmektedir.⁵²¹ Bununla birlikte trustın bir karşılıksız kazandırma aracı olarak kullanıldığı hâllerde trustın (varsa) kurucu belgesinin genellikle tek taraflı bir beyan şeklinde düzenlendiğini söylemek mümkündür.⁵²²

Kurucunun trust belgesinde güvenilene verdiği yetkiler ve ona yüklediği yükümlülükler adeta trust ilişkisinin anayasası gibi uygulanmak durumundadır. Kuşkusuz kurucu belgede yer alan yetki ve yükümlülüklerin trust hukukunun emredici hükümleri çerçevesinin dışına çıkmaması gerekmektedir. Güvenilenin trustın kurucu belgesinde belirtilen yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda buna bağlı olarak ortaya çıkan çeşitli yaptırımlar söz konusu olmaktadır.⁵²³

Hatırlanacağı üzere kurucunun trust fonunu güvenilene devretmekle birlikte bu mal varlığı unsuru üzerindeki tüm haklarını kaybettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle trusta özgülediği mal varlığının nasıl yönetildiği konusunda söz sahibi olmak isteyen kurucunun elindeki en önemli aracın trust belgesi olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla kurucunun, trustın kurucu belgesinin ne kadar ayrıntılı ve iyi bir şekilde düzenlendiği konusunda önemli bir menfaatinin bulunduğu altı çizilmelidir.

1.2.2.3.2. Kurucu Belgenin Temenniler Mektubundan Farkı

Temenniler mektubu (*letter of wishes*) kurucunun güvenilenden belirli konulardaki takdir hakkını kullanırken dikkate almasını temenni ettiği birtakım hususları düzenlediği bir belgedir.⁵²⁴ Uygulamada temenniler mektubunun özellikle

⁵²¹ Hudson, Understanding, s. 30.

⁵²² Bu nedenle bu tür trustların söz gelimi “zamanda yolculuğa çıkmış bir bağışlama” niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Moffat, s. 132. “*Stripped to its essence, the private trust, ... , is a gift projected on the plane of time.*” Bir elden bağışlama ya da bağışlama sözleşmesi söz konusu olduğunda, söz konusu mal varlığı unsuru ilgili kişilere o anda devredilmektedir. Ancak trust vasıtasıyla yapılan bir bağışlama söz konusu olduğunda, lehtar bu şey üzerinde o anda bir ‘tam’ mülkiyet hakkını kazanmamaktadır. Bu nedenle trustın, klasik bir bağışlamadan daha çetrefil bir yapı olduğu ve daha geniş yelpazedeki amaçlara hizmet etmek için kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Hudson, Understanding, s. 30.

⁵²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 335 vd.

⁵²⁴ Virgo, s. 101.

güvenilenin lehtarları belirlemek konusunda bir takdir hakkına sahip olduğu ihtiyari trustlar bağlamında söz konusu olduğu görülse de,⁵²⁵ güvenilenin takdir hakkının söz konusu olduğu başka hususlara ilişkin olmasının da mümkün olduğu ifade edilmelidir.⁵²⁶ Temenniler mektubunun trustın kurucu belgesinden ayrı bir şekilde düzenlenmesinin akla gelen ilk sebebi gizliliklidir.⁵²⁷ Bu yüzden lehtarın bilgi alma hakkının trustın kurucu belgesinin yanı sıra temenniler mektubunu da kapsayıp kapsamadığı sorusunun yanıtının tartışmalı olduğu ifade edilmelidir.⁵²⁸ Temenniler mektubunu trustın kurucu belgesinden ayıran en önemli nokta ise bu mektubun hukuken bağlayıcı olmamasıdır.⁵²⁹

1.2.3. Trust Türleri

1.2.3.1. Sınıflandırmaya İlişkin Genel Açıklamalar

Trust onlarca farklı olasılıkta söz konusu olabilecek çok yönlü bir hukuki araçtır. Bu nedenle trustın sınıflandırılması için dikkate alınabilecek kıstasların da çok sayıda olduğunu söylemek mümkündür.⁵³⁰ Bu çalışmada esas alınacak olan kıstas, trustın temelinde bir hukuki işlemin bulunup bulunmadığı sorusudur. Ancak bu sınıflandırmanın da herhangi bir *civil law* kurumuna kıyasla daha zor olduğu itiraf edilmelidir. Bunun temel sebebi iki hukuk ailesi arasındaki tarihsel ve sistemsel farklılıktır. Bilindiği üzere henüz 6. yüzyılda yazıya dökülen, hukuk öğrenimi için

⁵²⁵ Underhill/Hayton, s. 916. Ayrıca bkz. Lionel Smith, Massively Discretionary Trusts (bundan böyle 'Massively Discretionary'), Trusts and Modern Wealth Management (ed. Richard C. Nolan/Kelvin F. K. Low/Tang Hang Wu), CUP, 2018, s. 158-159. İhtiyari trust kavramına ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 174 vd.

⁵²⁶ Panesar, s. 538-539.

⁵²⁷ Virgo, s. 322.

⁵²⁸ Bu tartışmaya ilişkin olarak bkz. Underhill/Hayton, s. 918 vd. Bu konuda güncel sayılabilecek bir karar için bkz. *Breakspear v Ackland* [2008] EWHC 220 (Ch), Times, [2009] Ch 32. Kararda lehtarların ilgili temenniler mektubu hakkında bilgi alabileceklerine hükmedilmiş olsa da bunun genel bir kural olarak algılanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu karara ilişkin olarak bkz. Hudson, Understanding, s. 88; Virgo, s. 322-323; Watt, s. 362-363.

⁵²⁹ Cincelli, s. 69. Ancak istisnai hâllerde temenniler mektubu olarak kaleme alınmış ve kurucu ve güvenilen tarafından üzerinde mutabık kalınmış bir belgenin, trustın kurucu belgesini değiştiren ya da ona eklenen bağlayıcı bir belge olduğunun kabul edilmesi de mümkündür. Bkz. Underhill/Hayton, s. 917.

⁵³⁰ Virgo, s. 53.

bir ders kitabı niteliğinde hazırlanan *Institutiones*'de, bugünkü *civil law* hukuk sistemlerinin hukuk müfredatlarının temelini oluşturan üçlü sınıflandırmanın (kişilere ilişkin hukuk, mallara ilişkin hukuk, davalara ilişkin hukuk)⁵³¹ esas alındığı bilinmekteyken, benzer bir sınıflandırma çabasının *common law* sistemlerinde gözlemlendiğini söylemek mümkün değildir.⁵³² Bu nedenle diğer birçok hukuki kavram gibi trust türlerinin bu hukuk sisteminde tabiri caizse dağınık bir şekilde bulunduğu ifade edilmelidir.⁵³³

Kuşkusuz trustın temelinde bir hukuki işlemin bulunup bulunmadığı, trust türlerinin belirlenmesine dikkate alınabilecek tek kıstas değildir. Örneğin *Profesör Birks*, trust türlerinin trustın doğumuna neden olan hukuki olgunun temel alınarak sınıflandırılması gerektiğini ileri sürmüştür.⁵³⁴ Yazar, *civil law* sistemlerinde kullanılan borç ilişkisinin kaynakları sınıflandırmasını temel alarak, çeşitli trust tiplerini haksız fiil – sözleşme – sebepsiz zenginleşme kümelerine oturtmaya çalışmıştır.⁵³⁵ Buna karşılık bu çalışmada da benimsenen ve geleneksel olarak nitelendirilebilecek sistematige göre; trustlar iradi trustlar (*express trusts*) ve hukuki trustlar (*trusts arising by operation of law*⁵³⁶/*trusts implied by law*⁵³⁷) olarak ve hukuki trustlar da kendi içinde *constructive trust* ve *resulting trust* olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵³⁸ Aşağıda da bu geleneksel sistematik temel alınarak bahsi geçen trust türleri genel hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır.

⁵³¹ **Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan**, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 2012, s. 88-89.

⁵³² **Peter Birks**, Equity In The Modern Law: An Exercise In Taxonomy (bundan böyle 'Taxonomy'), West Australian Law Review, C. 26, 1999, ss. 1-99, s. 5.

⁵³³ **Birks**, Taxonomy, s. 18-22.

⁵³⁴ **Birks**, Taxonomy, s. 25 vd.

⁵³⁵ Yazar, 'diğer borç kaynakları' kümesinin kendi sınıflandırması bakımından tartışılmayacağını açıkça belirtmiştir. Bkz. **Birks**, Taxonomy, s. 10. *Birks*'in yaptığı sınıflandırmanın eleştirisi için bkz. *Virgo*, s. 53-54.

⁵³⁶ Bu terimi tercih eden yazarlar arasında bkz. **Lewin on Trusts**, s. 23; **Penner**, s. 15.

⁵³⁷ Bu terimi tercih eden yazarlar arasında bkz. **Cincelli**, s. 71.

⁵³⁸ Benzer sınıflandırmalar için bkz. **Cincelli**, s. 71 vd.; **Eichner**, s. 26 vd.; **Hudson**, Understanding, s. 23 vd.; **Lewin on Trusts**, s. 23; **Pettit**, s. 64 vd.; **Underhill/Hayton**, s. 85 vd. Bu geleneksel sınıflandırmanın eleştirisi için bkz. **Nicholas McBride**, On The Classification of Trusts, Restitution and Equity, C. 1, Resulting Trusts and Equitable Compensation (ed. Peter Birks/Francis Rose), Mansfield Press, 2000, s. 25 vd.

1.2.3.2. İradi Trust – Hukuki Trust Ayrımı

1.2.3.2.1. Terminolojiye İlişkin Açıklama

İradi ve hukuki trust türlerinin özellikleri incelenmeye geçmeden önce tercih edilen terminolojiye ilişkin bir açıklama yapılması yol gösterici olacaktır. İradi trust kavramı, karşılaştırmalı hukukta *express trust* adı verilen, bu çalışmanın da odak konusunu oluşturan, temelinde bir hukuki işlemin yer aldığı trust tipini ifade etmek için kullanılmıştır. Buna karşılık hukuki trust ifadesi, iradi trustın aksine kurucunun iradesi sonucunda oluşan bir trust türünü değil; bu yönde bir irade olmamasına rağmen mahkeme tarafından söz konusu olduğu kabul edilen trust türlerini ifade etmek için kullanılmıştır. Hukuki trust esasen bir üst başlık olup, bu başlığın altında *constructive trust* ve *resulting trust* türleri yer almaktadır. Bu yapılar Türk hukuk sistemine tamamen yabancı olduğu için bunların Türkçeleştirilmesi yolu tercih edilmemiş ve bu kavramların aslına sadık kalınmıştır.

1.2.3.2.2. İradi Trust

İradi trust, en geniş tabirle, çalışmanın bir önceki bölümünde yapısı anlatılmaya çalışılan, temelinde bir mal varlığı unsurunu başkasına devreden kurucunun iradesinin yattığı trustlardır. Daha önce de ifade edildiği üzere iradi trust, bir sağlararası işlemle (*inter vivos trust*) kurulabileceği gibi bir ölüme bağlı tasarrufla (*testamentary trust*) da kurulabilir. Söz konusu sağlararası hukuki işlemin de tek taraflı bir hukuki işlem ya da bir sözleşme olması mümkündür. Genellikle ticari amaçla kurulan trustlar bakımından kurucu belgenin bir sözleşme olarak karşımıza çıktığı hatırlanacaktır.

İradi trustın geçerli olarak kurulabilmesi için trust kurma iradesinin ortaya konmasının yanında, trust fonunu oluşturacak mal varlığı unsurunun mülkiyetinin de güvenilene devredilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde tamamlanmamış bir

trusttan söz edilecektir.⁵³⁹ Ancak kurucunun kendisini aynı zamanda güvenilen olarak atadığı yapıda bu devir şartının aranmayacağı ifade edilmelidir.⁵⁴⁰

Aşağıda iradi trustın başlıca türleri incelenecektir. Ancak iradi trust kavramının alt başlıklarının bunlarla sınırlı olduğu düşünülmemelidir. Zira iradi trust yapısının farklı kıstaslara göre birçok alt başlığa ayrılması mümkündür. Örneğin sıkça kullanılan bir ayırım olan sağlararası trust ve ölüme bağlı tasarrufla kurulan trust ayırımına daha önce değinildiği için aşağıda tekrar yer verilmeyecektir. Benzer şekilde amaç trustı ve hayır işleri trustlarından da çalışmanın önceki kısımlarında bahsedildiğinden bu ayırım da şimdilik göz ardı edilecektir. Son olarak yine bazı yazarlarca iradi trustın türleri arasında sayılan muvazaalı/sahte (*sham*) trusta ve gizli (*secret*) trustın da çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı belirtilmelidir.⁵⁴¹ Aşağıda yapılacak olan sınıflandırmada ise (a) lehtarın kurucu tarafından belirlendiği trustlar ve lehtar seçiminin güvenilene bırakıldığı trustlar, (b) güvenilenin rolünün pasif nitelikte olduğu basit trustlar ve aktif nitelikte olduğu nitelikli trustlar ve (c) kurucu tarafından tek taraflı bir beyanla sona erdirilebilir, diğer bir deyişle geri alınabilir trustlar ve geri alınamaz trustlara odaklanılacaktır.

a. Lehtarın Belirli Olduğu ve Lehtar Seçiminin Güvenilene Bırakıldığı Trustlar

- Genel Açıklamalar

Lehtarın belirli olduğu trustlar (*fixed trusts* - bundan böyle 'belirli trust' olarak anılacaktır) kurucunun lehtarları ve onların trust fonu üzerindeki oransal hakkını

⁵³⁹ Bu husus hakkaniyet hukukunun temel prensiplerinden biri olan "*Hakkaniyet hukuku gönüllüye yardım etmez*" ("*Equity will not assist a volunteer*") ilkesiyle de yakından ilgilidir. Bu ilke uyarınca hakkaniyet hukuku prensip olarak bir şekilde geçersiz şekilde yapılmış bağışlamaları düzeltmemekte, bunları geçerli hâle getirmemektedir. Bkz. Penner, s. 219.

⁵⁴⁰ Lewin on Trusts, s. 39; Penner, s. 219.

⁵⁴¹ Muvazaalı trusta ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 229 vd. Gizli trusta ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 226 vd.

açıkça belirlediği yapılardır.⁵⁴² Örneğin kurucunun vasiyetnamesinde, (B) bankasındaki 100.000 TL parasının yarısının eşi (E) lehine, kalanının ise eşit paylarda çocukları (Ç1) ve (Ç2) lehine olmak üzere güvenilen (G)'ye devrettiği varsayımında bir belirli trusttan söz edilmektedir. Ancak belirli trustta her zaman lehtarın trust fonu üzerindeki hakkının maddi değerinin önceden belirli olmasının gerekli olduğu yanılıgısına kapılmamalıdır.⁵⁴³ Örneğin trust fonunun bir şirketteki hisselerden oluştuğu ihtimalde, lehtarın trustın sona ermesi üzerine üzerinde asli mülkiyet hakkını kazanacağı hisselerin değerinin ne kadar olacağını önceden bilinmesi mümkün değildir. Benzer şekilde, trust fonunun güvenilen tarafından satılması, değerlendirilmesi ve ilgili yatırımların yapılması sonucunda lehtarın elde edeceği son miktarın ne olacağını da öngörmek güçtür. Bu nedenle belirli trustta önemli olanın, maddi bir belirlilikten ziyade oransal bir belirlilik olduğunun altı çizilmelidir.⁵⁴⁴

Belirli trust söz konusu olduğunda lehtarın türev mülkiyet hakkının doğumu, trustın kuruluşuyla eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir.⁵⁴⁵ Ancak bu noktada lehtarlık statüsünün kademeli olarak belirlenebileceği de ifade edilmelidir.⁵⁴⁶ Bundan kasıt, tıpkı art mirasçılıkta olduğu gibi, trusttan doğan türev mülkiyet hakkının öncelikle bir lehtarın üzerinde doğması ve belirlenen şartın (genellikle bu kişinin ölümü) üzerine başka bir lehtara geçmesidir. Örneğin kurucunun trust belgesinde “*bu evin yaşamı boyunca eşim (E)'nin lehine, eşim (E) öldükten sonra kızım (K)'nin lehine...*” yönünde bir ifadeye yer vermesi durumunda bir kademeli lehtarlık söz konusu olacaktır.

⁵⁴² Belirli trustlara ilişkin bir diğer tanım ise şu şekilde yapılabilir: Lehtarın, trust fonundan güvenilene ödenmesi gereken idari masrafların ödenmesinden sonra elde kalan miktarın (net gelir ya da net sermaye) belirli ya da belirlenebilir bir kısmı üzerinde hak sahibi olduğu trust yapısı. Benzer tanımlar için bkz. Cincelli, s. 86; Panesar, s. 53; Pettit, s. 73; Underhill/Hayton, s. 107; Webb/Akkouh, s. 18.

⁵⁴³ Cincelli, s. 86.

⁵⁴⁴ Bu nedenle belirli (*fixed*) trustın aynı zamanda belirli paylı (*fixed interest*) trust olarak anıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Cincelli, s. 86.

⁵⁴⁵ Virgo, s. 54.

⁵⁴⁶ Virgo, s. 54.

Belirli trust ve lehtar seçiminin güvenilene bırakıldığı trustı (*discretionary trust* – bundan böyle ‘ihtiyari trust’ olarak anılacaktır) birbirinden ayıran en önemli fark güvenilenin takdir hakkına ilişkindir. Belirli trustta güvenilenin lehtarların kimliğini ve bunların trust fonu üzerindeki haklarının kapsamını belirlemek konusunda bir takdir yetkisi yoktur; zira bu takdir kurucu tarafından kullanılmıştır.⁵⁴⁷ Buna karşılık ihtiyari trustta güvenilenin rolünün ağırlığının önemli derecede arttığı görülmektedir. Zira ihtiyari trustlarda zamanı geldiğinde trust fonunun kimlere veya hangi oranda dağıtılacağına karar verme yetkisi güvenilendedir.⁵⁴⁸ Örneğin trustın kurucu belgesinde “*söz konusu mülkten elde edilecek yıllık gelir, güvenilen tarafından o yıl (A), (B) ve (C) ’den hangisinin bu paraya en çok ihtiyacı olduğu düşünülüyorsa ona verilecektir*” veya “*(B) bankasında yer alan mevduat, (A), (B) ve (C) arasında güvenilenin takdir edeceği oranda paylaşılacaktır*” şeklinde ifadelerin yer alması ortada bir ihtiyari trustın olduğuna işaret etmektedir.

Kurucunun, mal varlığındaki bir unsuru (hatta bazen tüm mal varlığını) güvenilene bırakırken bunun kim lehine kullanılacağını önceden belirlememesi ilk bakışta şaşırtıcı gelebilir. Ancak kurucunun bu iradesinin arkasında yatan çeşitli sebeplerin tespit edilmesi mümkündür. Öncelikle bu yapının öngörülemez bazı durumların yaratabileceği tehlikeleri bertaraf etmek için kurulduğu söylenebilir. Örneğin bir kurucunun trust fonunun lehtarları olarak üç çocuğunu belirlediği, ancak hangisinin ne kadar pay alacağına kendilerinin tutumu doğrultusunda karar vermek istemesi durumunda bir ihtiyari trust kurması ve lehtarlık oranlarının belirlenmesini o anda öngörülemeyen olgulara bağlaması anlaşılabilir bir karardır. Bu tür bir ihtiyari trust yapısının arkasında yatan bir diğer sebep ise vergilendirmeye ilişkindir. Belirli bir trustta lehtarların türev mülkiyet hakkının bir ekonomik değer teşkil ettiği ve bu nedenle vergilendirmeye müsait olduğu kabul edilirken, ihtiyari trust yapısında kimin lehtar olacağı önceden bilinmediği için bu beklenen hakkın değerlendirilmesinin

⁵⁴⁷ Thomas/Hudson, s. 22; Webb/Akkouh, s. 18.

⁵⁴⁸ Thomas/Hudson, s. 22.

güç olduğu, bu nedenle aynı şekilde vergilendirilmeyeceği kabul edilmektedir. Akla gelebilecek bir diğer sebepse kurucunun iradesini gizlemek istemesi olabilir. İhtiyari trust yapısında olası lehtarların bir bilgi alma hakkından bahsedilemeyeceğinden, kurucunun trusta ilişkin gizliliğin sınırlarını bu trustın olası lehtarlarına kadar genişletmek için bu yolu tercih etmesi mümkündür.⁵⁴⁹

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere ihtiyari trust yapısında lehtarın türev mülkiyet hakkının doğumu ve trustın kuruluşu eş zamanlı değildir. Zira bu yapıda, lehtarın kim olacağı ve/veya bu kişinin trust fonundan nasıl bir pay üzerinde hak sahibi olacağı trustın kurucu belgesinde belirtilmemiş olup, bu hususta karar verme yetkisi güvenilene bırakılmıştır.⁵⁵⁰ Bu nedenle henüz güvenilenin kullanacağı takdir hakkı doğrultusunda lehtar olarak atanıp atanmayacağı belli olmayan bu kişilerin bu husus kesinleşene kadar trust fonu üzerinde sahip oldukları gerçek anlamda bir mülkiyet hakkından bahsetmek mümkün değildir.⁵⁵¹ Bununla birlikte söz konusu *olası* lehtarların hukuki menfaatinin alelade bir beklenen hakkın ötesine geçtiği de ifade edilmelidir.⁵⁵² Olası lehtarlar her ne kadar bir tür mülkiyet hakkını haiz olmasalar da, bu kişilerin güvenilene karşı ileri sürebilecekleri şahsi taleplerinin olduğu kabul edilmektedir. Örneğin güvenilenin lehtarların belirlenmesi konusunda takdir hakkını geçerli bir gerekçe olmaksızın kullanmaktan imtina etmesi durumunda mahkemeden bu yönde bir talepte bulunulması mümkündür.⁵⁵³ Başka bir deyişle güvenilenlere verilen bu takdir hakkının aynı zamanda bir yükümlülük niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁵⁵⁴ Buna ek olarak takdir yetkisine sahip güvenilenin de bu yetkisinin sınırsız olmadığını, güvenilen takdir

⁵⁴⁹ İhtiyari trustın tercih edilmesinin arkasındaki sebeplere ilişkin olarak bkz. **Smith**, *Massively Discretionary*, s. 146-148.

⁵⁵⁰ **Thomas/Hudson**, s. 22; **Virgo**, s. 54-55.

⁵⁵¹ **Pettit**, s. 74; **Thomas/Hudson**, s. 23; **Virgo**, s. 55.

⁵⁵² Olası lehtarların bir hakka değil, ancak lehtar olmak yönünde bir beklentiye (umuda) sahip oldukları yönünde **Cincelli**, s. 87.

⁵⁵³ **Cincelli**, s. 87-88; **Pettit**, s. 77; **Thomas/Hudson**, s. 22-23.

⁵⁵⁴ **Underhill/Hayton**, s. 107.

yetkisini kullanırken her zaman trustın kurucu belgesinin sınırları içinde kalmakla yükümlü olduğunun altı çizilmelidir.⁵⁵⁵

- Lehtarî Seçme Yetkisinin Güvenilene Bırakıldığı Trustların Lehtarî Atama Yetkisinden (*Power of Appointment*) Ayırt Edilmesi

Trustın kurucu belgesinde güvenilene verilebilecek yetkilerin genel olarak iki ana başlık altında toplanması mümkündür.⁵⁵⁶ Bunlardan ilki, güvenilenin trust fonunun yönetimiyle ilgili idari yetkileridir. İkincisiyse güvenilenin söz konusu mal varlığı üzerindeki haklara doğrudan etki etmesini sağlayan tasarruf yetkisidir.⁵⁵⁷ İhtiyari trustlar bakımından önemli olan yetki türü, lehtarî atama yetkisi (*power of appointment* ya da *power of advancement*) olarak adlandırılan ve bu iki kategorinin de özelliklerini taşıyan hibrit bir yetki türüdür.^{558,559} Lehtarî atama yetkisine sahip olan kişi - ki bu kişi bir trustın güvenilene de olabilir - söz konusu mal varlığı unsurunun ya da ondan elde edilen gelirin kimin lehine ve nasıl kullanılacağına karar verme yetkisine sahip olan kişidir. Ancak ihtiyari bir trust bakımından güvenilenin sahip olduğu benzer bir takdir yetkisi aynı zamanda bir yükümlülük olarak kendisini gösterse de, atama yetkisi söz konusu olduğunda bir yükümlülüğten değil; sadece bir yetkiden söz edildiği belirtilmelidir.⁵⁶⁰

Bazı hâllerde ortada bir ihtiyari trustın mı bulunduğu yoksa güvenilene verilmiş bir lehtarî atama yetkisinin mi söz konusu olduğunu belirlemek çok kolay değildir.⁵⁶¹ Pratik olarak bu iki kurum arasındaki fark, yukarıda kısaca açıklandığı üzere, güvenilenin bir şekilde takdir yetkisini kullanmak zorunda olup olmadığı

⁵⁵⁵ Cincelli, s. 87; Penner, s. 21.

⁵⁵⁶ Thomas/Hudson, s. 404.

⁵⁵⁷ Thomas/Hudson, s. 404.

⁵⁵⁸ Thomas/Hudson, s. 404.

⁵⁵⁹ Burada 'lehtar' ifadesi bir trust yapısının mevcut olduğunu belirtecek yönde, teknik anlamda kullanılmadığı ifade edilmelidir. Bu bağlamda geniş anlamda kullanılan 'lehtar' ifadesi, söz konusu fondan menfaat elde edecek kişileri anlatmak için tercih edilmiştir. Aynı yönde bkz. Smith, *Massively Discretionary*, s. 134.

⁵⁶⁰ Thomas/Hudson, s. 406. ("*A trust imposes an obligation, or creates a duty; a power confers an option.*")

⁵⁶¹ Panesar, s. 83; Thomas/Hudson, s. 406.

noktasında kendisini göstermektedir.⁵⁶² Hatırlanacağı üzere ihtiyari trust yapısında güvenilen zamanı geldiğinde kimin lehtar olacağını ve/veya kimin trust fonundan ne kadar pay alacağını takdir etmekle yükümlü olduğu; aksi takdirde olası lehtarların mahkemedен bu yönde bir talepte bulunabileceği kabul edilmektedir.⁵⁶³ Buna karşılık söz konusu kişiye aynı zamanda bu takdir hakkını kullanıp kullanmama konusunda da bir serbesti tanındığı ihtimalde artık bir ihtiyari trust yapısından değil; bir lehtar atama yetkisinden bahsetmek gerekmektedir.⁵⁶⁴

İkinci önemli fark ise söz konusu takdir yetkisinin belirlenen zaman içinde kullanılmaması hâlinde ilgili mal varlığı unsurunun akıbetinin ne olacağı sorusuna verilecek yanıtta kendini göstermektedir. Ortada bir trust değil bir atama yetkisinin bulunduğu durumda, yetkili kişilerin söz konusu takdir yetkisini belirlenen zaman ve şekilde kullanmaması durumunda bu yetkinin sona erdiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, söz konusu mal varlığı üzerinde bir paya hak kazanma yönünde bir beklentisi olan kişilerin bu beklentisinin dahi ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Bu durumda ilgili mal varlığı unsuru takdir yetkisinin kullanılmaması durumu için ayrı bir düzenleme yapılmışsa bu düzenlemede belirlenen kişilere geçmektedir.⁵⁶⁵ Ancak bu yönde bir yedek düzenleme yapılmamışsa, söz konusu mal varlığı unsuru yetki verenin/devredenin mal varlığına (veya ölmüşse terekesine) geri dönmektedir. Bir ihtiyari trust söz konusu olduğunda ise gereken süre içinde bu yönde bir takdir hakkının kullanılmamış olması, olası lehtarların haklarına bir hâlel getirmemektedir.⁵⁶⁶ Başka bir deyişle bu mal varlığı unsurunun kurucunun mal varlığına ya da terekesine dönmesi söz konusu değildir.

Ortada bu iki ihtimalden hangisinin bulunduğu tespit edilebilmesi için trustın kurucu belgesinde yer alan ve güvenilene bir tür takdir hakkı veren ifadenin

⁵⁶² Pettit, s. 77. Ayrıca bkz. Panesar, s. 84-85.

⁵⁶³ Hudson, Understanding, s. 21; Webb/Akkouh, s. 18.

⁵⁶⁴ Webb/Akkouh, s. 18-19.

⁵⁶⁵ Moffat, s. 235. Kuşkusuz basiretli birinin atama yetkisini verirken, bu yetkinin kullanılmaması durumunda mal varlığı unsurunun kime geçeceğini de belirlemesi beklenir. Bkz. Webb/Akkouh, s. 19.

⁵⁶⁶ Moffat, s. 235.

yorumlanması gerekmektedir. Özellikle kullanılan ifadelerin taşıdığı emredicilik karakterinin bu yorum faaliyetinde yol gösterici olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁶⁷ Örneğin “*Güvenilen, seçeceği üç öğrenciye trust fonundan aylık 1000 TL burs verecektir.*” ifadesinde güvenilenin takdir hakkını kullanmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık “*Güvenilen, bu trust fonundan maddi durumu zayıf öğretmenlere yardımda bulunabilir.*” ifadesinin güvenilene bir takdir yetkisi verdiği ancak güvenilene hukuken bağlamadığı görülmektedir.⁵⁶⁸ Ancak bu sonuca ulaşmak uygulamada her zaman bu kadar kolay olmamaktadır. Nitekim bu konudaki mahkeme kararlarının sayısının çokluğu da buna işaret etmektedir.⁵⁶⁹

b. Basit ve Nitelikli Trust

Basit (*bare*) ve nitelikli (*special*) trust ayrımının temelinde yatan kıstas, güvenilenin yükümlülüklerinin kapsamına ilişkindir.⁵⁷⁰ Basit trust yapısında güvenilenin tek yükümlülüğü ve yetkisi, söz konusu trust fonunun elde tutulması ve zamanı geldiğinde tam mülkiyetin lehtara ya da onun yetkili kıldığı kimseye devrinin gerçekleşmesi için gerekenlerin yapılmasıdır.⁵⁷¹ Başka bir deyişle bu durumda güvenilen pasif bir role sahiptir.⁵⁷² Trust kurumunun ortaya çıktığı ilk zamanlarda güvenilenin yükümlülüğünün ve yetkisinin bu basit trust yapısıyla uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁷³ Ancak zaman içinde trustın özellikle ticaret hayatında kullanılmaya başlamasıyla bu yapıdan uzaklaşıldığı ve güvenilene bunun ötesine geçen yükümlülükler ve yetkiler verildiği görülmektedir. İşte güvenilenin,

⁵⁶⁷ Bu yönde bkz. **Thomas/Hudson**, s. 413.

⁵⁶⁸ Bu nedenle İngilizce’de söz gelimi “*trustees shall...*” ile başlayan cümleler ile “*trustees may...*” ile başlayan cümleler arasında bir ayrıma gidilmekte; ilk durumda bir ihtiyari trust olduğu ikinci durumda ise bir atama yetkisinin söz konusu olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bkz. **Hudson**, *Understanding*, s. 22; **Thomas/Hudson**, s. 413. Buna ek olarak, ilgili belgede takdir yetkisinin kullanılmaması durumundaki olasılıkta söz konusu mal varlığı unsurunun akıbetinin ne olacağına belirlenmesinin de hukuki nitelendirme açısından yol gösterici olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Panesar**, s. 87.

⁵⁶⁹ **Moffat**, s. 235.

⁵⁷⁰ **Underhill/Hayton**, s. 93.

⁵⁷¹ **Lewin on Trusts**, s. 15; **Penner**, s. 19.

⁵⁷² **Lewin on Trusts**, s. 15; **Underhill/Hayton**, s. 93.

⁵⁷³ **Underhill/Hayton**, s. 93.

trust fonunu elinde tutmanın ötesine geçen, aktif yükümlülüklerle sahip olduğu bu yapı nitelikli trust olarak adlandırılmaktadır.⁵⁷⁴

c. Kurucu Tarafından Geri Alınabilir Trust ve Geri Alınamaz Trust

İradi trustlar bakımından yapılan bir diğer ayırım trustın geri alınabilir (*revocable*) olup olmadığına ilişkindir. Burada 'geri almak' ifadesinden kasıt, trust yapısını ortadan kaldırmak ve bu tek taraflı işlemle trust fonunun kurucuya geri dönmesini sağlamaktır. Kural olarak iradi trustın geri alınamaz ve değiştirilemez olduğu kabul edilmektedir.⁵⁷⁵ Zira kurucu, bir kere söz konusu mal varlığını trusta özgüleyerek güvenilirne devretmekle artık bunun üzerindeki tüm hakkını kaybettiği için kurucunun tek taraflı bir irade beyanıyla trust fonunun kendi mal varlığına dönüşünü sağlaması mümkün değildir.⁵⁷⁶

Bu kuralın tek istisnası ise kurucunun trustın kurucu belgesinde trustın geri alınabilirliğine ilişkin bir hükme yer vermesidir.⁵⁷⁷ Dolayısıyla geri alınamazlık kuralının emredici nitelikte olmadığını söylemek mümkündür. Ancak uygulamada kurucuların kendilerine bu yönde bir geri alma hakkı tanıdığı trustlarla sıkça karşılaşmadığı ifade edilmelidir. Bunun ilk sebebi kurucunun kendisine bir geri alma hakkı tanıdığı varsayımda trust fonu üzerinden bir vergi ödeme yükümlülüğünün doğması riskidir.⁵⁷⁸ İkinci sebebin ise geri alınabilir bir trust söz

⁵⁷⁴ Lewin on Trusts, s. 15; Panesar, s. 285; Underhill/Hayton, s. 93, 96. Ayrıca bkz. Pettit, s. 72-73. Basit ve nitelikli trust ayırımının temelinde güvenilenin aktif yükümlülüklerinin olup olmadığı hususunun yer aldığı yönünde *Re Cunningham and Frayling* [1891] 2 Ch 567; *Schalit v Joseph Nadler Ltd* [1933] 2 KB 79, [1933] All Er Rep 708, DC.

⁵⁷⁵ Cincelli, s. 88; Hudson, Understanding, s. 30.

⁵⁷⁶ Virgo, s. 126. Benzer yönde bkz. Penner, s. 24-25. Nitekim bu nedenle kurucunun trustı kurarken bu yöndeki iradesinden emin olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Hudson, Understanding, s. 30.

⁵⁷⁷ Cincelli, s. 88-89; Penner, s. 25. Bu yönde bir iradenin örtülü de olabileceği yönünde bkz. Penner, s. 25.

⁵⁷⁸ Cincelli, s. 89.

konusu olduğunda, trust fonunun kurucunun alacaklılarının taleplerine karşı korunamaması riski olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁷⁹

1.2.3.3. Hukuki Trustlar

1.2.3.3.1. Resulting Trust

Resulting trust iradi trustın aksine kurucunun trust kurma iradesi olmamasına (ya da bu iradenin bir şekilde geçersiz olmasına) rağmen mevcut olduğu kabul edilen hukuki trustların bir türüdür. *Resulting* ifadesinin Latince *resalire* ya da *resultare* kelimelerinden türediği ve geriye doğru atlamak veya geri sekmek anlamına geldiği ifade edilmektedir.⁵⁸⁰ Geri dönmek ifadesiyle kastedilenin ne olduğu, bir kimsenin mal varlığından çıkan bir unsurun o kişiye bir trust yoluyla iade edilmesi olarak kısaca özetlenebilir.⁵⁸¹ *Resulting trustın* anlaşılmasının ve bir sistematiğe oturtulmasının iradi trusta göre daha zor olduğu itiraf edilmelidir. Bunun sebebi *resulting trustın* ortaya çıktığı ve aşağıda değinilecek olan iki ihtimali ortak bir zemine oturtmanın beraberinde getirdiği zorluk ve *civil law* sistemlerinde bu iki olasılığa karşılık gelen hukuki kurumların farklılığıdır.

Resulting trustın ortaya çıktığı ve aşağıda incelenecek olan ihtimallerin sınırlı olduğu kabul edilmektedir.⁵⁸² Bunlardan ilki ve bu çalışma için daha çok önem arz eden, trustın bir şekilde geçersiz olması sonucunda trust fonunun kurucuya dönmesini sağlayan *resulting trust* yapısıdır. Diğeriyse Türk hukukunda adi

⁵⁷⁹ Cincelli, s. 89.

⁵⁸⁰ Hudson, Equity and Trusts, s. 500; Penner, s. 128; William Swadling, Explaining Resulting Trusts (bundan böyle 'Resulting'), LQR, C. 124, 2008, s. 72; Thomas/Hudson, s. 729.

⁵⁸¹ Swadling, Resulting, s. 72.

⁵⁸² Bkz. *Re Vandervell (No.2)* [1974] Ch 269; *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] UKHL 12, [1996] AC 669. Ayrıca bkz. Gardner, s. 289-291; Hudson, Understanding, s. 99-100; Lewin on Trusts, s. 232; Thomas/Hudson, s. 712; Virgo, s. 212. Krş. Robert Chambers, Resulting Trusts, Clarendon Press, 1997, s. 40 vd. Öğretide *resulting trust* mekanizmasının, hata veya sözleşmenin pey akçesi (*consideration*) verilmeksizin yapılması durumlarında sözleşmenin geçersizliği nedeniyle ortaya çıkacak iade yükümlülükleri bakımından da uygulanması gerektiği, başka bir ifadeyle *resulting trust* yapısının uygulama alanını genişletilmesi fikri ileri sürülmüş olsa da, bu görüşler Lordlar Kamarası'nın *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] UKHL 12, [1996] AC 669 kararında (s. 689) açıkça reddedilmiştir.

ortaklık veya dolaylı temsil yapılarıyla benzeştirilebilecek olan *resulting trust*'tir. Her iki durumda da aranan ilk şart, mülkiyet hakkının kurucu tarafından başkasına devredilmiş olmasıdır. Mülkiyet hakkının devrinin, yani tasarruf işleminin bir nedenden ötürü geçersiz olduğu durumda ise *resulting trust* yapısından söz edilmesi mümkün değildir.⁵⁸³ Yine her iki durumda hakkaniyet hukukunun vardığı sonuç aynıdır: Devralan kişi bu şeyden yararlanma hakkından yoksundur ve türev mülkiyet hakkı devredene aittir.⁵⁸⁴ Nitekim tam olarak bu nedenden dolayı bu trustlara 'geri dönen trust' olarak Türkçeleştirilebilecek *resulting trusts* ismi verilmiştir.

Resulting trust yapısının teorik temellerine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, *resulting trustları* kurucunun devredenin farazi iradesiyle açıklamaya çalışmakta, bu nedenle *resulting trustlar* ve iradi trustlar arasında bir nevi paralellik kurmaktadır.⁵⁸⁵ Ancak bu ikinci teoriyi benimseyen yazarlar arasında da bir görüş birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira *resulting trust* yapısının merkezine devredenin farazi iradesini oturtan yazarların bir kısmının çıkış noktası devredenin mevcut farazi iradesiyken,⁵⁸⁶ diğerlerinin devredenin noksan farazi iradesinden yola çıktığı görülmektedir.⁵⁸⁷ Bu çalışmada da benimsenen görüşe göre ise *resulting trustlar*, tıpkı aşağıda incelenecek olan *constructive trustlar* gibi, hukuk kuralları gereği ortaya çıkmaktadır ve bu nedenle hukuki trustlar başlığı altında incelenmelidir.⁵⁸⁸ Çalışmanın sınırlı kapsamından dolayı *resulting*

⁵⁸³ Lewin on Trusts, s. 262; Virgo, s. 211. Aksi yönde bkz. Thomas/Hudson, s. 730-731.

⁵⁸⁴ Benzer yönde Chambers, s. 2. ("In both cases, equity assumes that the owner was not intended to receive the benefit of the property and raises a resulting trust in favour of the provider of that property.")

⁵⁸⁵ Örneğin bkz. John Mee, Presumed Resulting Trusts, Intention and Declaration, Cambridge Law Review, C. 73, 2014, s. 88; William Swadling, A New Role For Resulting Trusts? (bundan böyle 'New Role'), Legal Studies, C. 16, 1996, ss. 110-131, s. 113 vd. Örneğin 1996 tarihli bir Lordlar Kamarası kararında bu teorinin benimsendiği görülmektedir. Bkz. Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC [1996] UKHL 12, [1996] AC 669.

⁵⁸⁶ Bu görüşte bkz. Lewin on Trusts, s. 229. Bu görüşe göre *resulting trust* kavramı mülkiyeti devreden kişinin, bu mülkiyeti devrederken ilgili şeyin kendi çıkarları lehine kullanılmak üzere yani bir trust yoluyla devredildiği yönündeki mevcut varsayımsal iradesi üzerine oturtulmalıdır.

⁵⁸⁷ Bu görüşte bkz. Chambers, s. 3-4. Lewin on Trusts bu görüşü "*resulting trustlara* ilişkin geniş teori" (*wide theory of resulting trusts*) olarak adlandırmaktadır. Bkz. Lewin on Trusts, s. 234.

⁵⁸⁸ Chambers, s. 3. Benzer yönde Gardner, s. 288, 295; Thomas/Hudson, s. 699 vd.

trustların teorik temellerine ilişkin bu tartışmaya ve ilgili görüşlere daha fazla değinilmeyecektir.⁵⁸⁹ Bu nedenle aşağıda *resulting trust* söz konusu olduğu kabul edilen iki sınırlı hâl, bu teorik tartışmadan olabildiğince bağımsız olarak, kısaca ele alınmaya çalışılacaktır.

a. Trustın Geçersizliği Durumunda Mal Varlığının Resulting Trust Yoluyla Geri Dönmesi

Bu kategoride incelenecek olan *resulting trust* yapısı, kurucunun bir mal varlığı unsuru üzerindeki mülkiyet hakkını iradi trust kurmak amacıyla güvenilene devrettiği ancak söz konusu iradi trustın bir nedenden ötürü geçersiz olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır.⁵⁹⁰ Bu nedenle bu yapının bazı yazarlar tarafından “tamamlanmamış iradi trustlar” (*incomplete express trusts*) başlığı altında da incelendiği görülmektedir.⁵⁹¹ Örneğin bir taşınmazın ya da bir banka hesabındaki paranın güvenilene devredildiği ancak söz konusu iradi trustın söz gelimi lehtar ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz kabul edildiği durumda, güvenilenin devralmış olduğu bu şeyi bu kez devredenin lehine olmak üzere elinde tutmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Başka bir deyişle burada *resulting trust* yapısının, söz konusu şey üzerindeki mülkiyet hakkının devrine ilişkin amacın boşa çıkması sonucunda iade edilebilmesi için bir hukuki zemin oluşturmak amacıyla öngörüldüğünü söylemek mümkündür. *Resulting trust* yapısının ortaya çıktığı durumların trust kurma iradesinin tamamen geçersiz olduğu ihtimallerle sınırlı olduğu düşünülmemelidir. Örneğin karma trust yapılarında, belirli bir kişi ya da kişilerin çıkarları doğrultusunda ancak yine belirli bir amaç için kullanılması öngörülen trust fonundan bu amacın gerçekleşmesi ya da boşa çıkması sonucunda

⁵⁸⁹ Bu teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mee, s. 86 vd.

⁵⁹⁰ Penner, s. 128. İradi trustın geçersiz olduğu hâllere ilişkin olarak bkz. Virgo, s. 232-237. Hayır işi trustlarının bir şekilde geçersiz olması durumunda ise devreye giren *cy-près* doktrini nedeniyle *resulting trust* mekanizmasına gerek kalmadığı anımsanacaktır. Bkz. yukarıda s. 124.

⁵⁹¹ Örneğin bkz. Gardner, s. 289.

arta kalan miktar üzerinde de bir geri dönen trust yapısının söz konusu olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹²

Aslında bu yapının Türk hukukunda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasındaki ilişkiden yola çıkarak anlamlandırılması mümkündür. Şöyle ki, *resulting trusttan* bahsedilebilmesi için tasarruf işleminin (mülkiyetin sözde güvenilene devri) geçerli olması, buna karşılık geniş anlamda borçlandırıcı işlemin (iradi trustın kurulması) geçersiz olması gerekmektedir. Türk hukukunda böyle bir durumun nasıl çözümleneceği kuşkusuz sebepten soyutluk ve sebebe bağlılık tartışmasında hangi görüşün benimsendiğine bağlıdır; ancak iki seçenekten birinin devreye gireceği söylenebilir: Sebepsiz zenginleşme ya da istihkak talebi. İncelenen bu *resulting trust* yapısının aslında istihkak talebinin bir benzeri olduğunu söylemek mümkündür. Zira burada devredenin sahip olduğu hak, sebepsiz zenginleşmedeki gibi kişisel bir alacak hakkı değil, istihkak talebindeki gibi aynı bir haktır.⁵⁹³

Son olarak Türk hukuku bağlamındaki bu açıklamaların tabiri caizse alegorik olduğu, teknik anlamda bir kıyaslama içermediği ifade edilmelidir. Burada yapılmak istenen daha ziyade trustın farklı başlıklar altında, ne kadar farklı hukuki aracın ya da kurumun yerine geçebileceğine işaret etmektir. Ayrıca sözleşmeden dönme ya da hata nedeniyle sözleşmenin iptali gibi durumlarda ortaya çıkan tasfiye ilişkisine *resulting trust* yapısının uygulanmayacağına da altı çizilmelidir.⁵⁹⁴ Zira *resulting trustın* borçlandırıcı işlemin geçersiz olduğu tüm olasılıkları kapsayan bir

⁵⁹² Lewin on Trusts, s. 254; Thomas/Hudson, s. 740-741; Watt, s. 152 vd.

⁵⁹³ Ancak benzer bir olasılıkta Türk hukukunda sebebe bağlılık prensibinin benimsendiği ve bunun sonucunda devredenin istihkak talebine sahip olduğunun kabul edildiği ihtimalde dahi önemli bir fark söz konusudur. Bu fark, devredenin bir taşınır ya da taşınmaz maldan ziyade bir miktar parayı devrettiği ihtimalde ortaya çıkmaktadır. Zira paranın verilmesiyle devralanın mülkiyetine karışma yoluyla geçtiği ve iade talebinin kural olarak ancak sebepsiz zenginleşme yoluyla ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Bu durumda devredenin elindeki talep hakkının yine bir kişisel hakka indirgenmiş olduğu kabul edilmektedir. Bunun ise söz konusu paranın takip edilmesini (*tracing*) veya devralanın iflası durumunda alacaklılara karşı korunmasını sağlayan *resulting trust* yapısına kıyasla daha dar bir koruma sağladığı açıktır. *Tracing* kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 385 vd.

⁵⁹⁴ Thomas/Hudson, s. 749.

kavram olmadığı, sadece yukarıda açıklanan sınırlı hâlde (iradi trustın bir nedenden dolayı geçersizliği) devreye gireceği, bu nedenle uygulamasının da aslında epey sınırlı olduğu ifade edilmelidir.

b. *Resulting Trustın Ortaya Çıktığı Diğer Hâller*

Resulting trustın yukarıda açıklanan olasılığa ek olarak iki hâlde daha söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, satım bedeline birden fazla kişinin katkıda bulunduğu ancak mülkiyetin bu kişilerden sadece birinin üzerinde gözüktüğü hâldir.⁵⁹⁵ Söz gelimi iki arkadaşın eş miktarda para ortaya koyarak birlikte bir arsa satın aldıkları ancak tapu sicilinde bu kişilerden sadece birinin isminin yazdığı olasılıkta, söz konusu arsanın bu kişiler lehine ve yaptıkları maddi katkı oranında bir *resulting trustın* konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Ancak bu kabulün bir varsayıma dayandığı ve aksinin ispatlanabileceği belirtilmelidir.⁵⁹⁶ Başka bir deyişle tapu sicilinde ismi yazmayan kişinin vermiş olduğu miktarı bir bağışlama saikiyle verdiği ispatlanması durumunda bu karine çürütülmüş olacağından bir *resulting trusttan* bahsedilmeyecektir. Bu açıklamalar ışığında, bu tür bir *resulting trust* yapısının Türk hukukundaki adi ortaklık kurumuna veya dolaylı temsile benzediğini söylemek mümkündür.

Resulting trust yapısının ortaya çıktığı bir diğer hâl ise birtakım ivazsız kazandırmalara ilişkindir.⁵⁹⁷ Bir kimsenin mülkiyetindeki bir şeyi (örneğin bir tabloyu) başkasına herhangi bir karşılık almaksızın devrettiğinde, aksinin ispatı mümkün olmakla birlikte, bu şey üzerindeki türev mülkiyet hakkını korumak yönünde bir iradesinin bulunduğu varsayılmaktadır.⁵⁹⁸ Ancak taşınmazlara ilişkin ivazsız kazandırmaların bu varsayımın dışında kaldığının kabul edildiği ifade

⁵⁹⁵ Bkz. *Lewin on Trusts*, s. 297-298; *Pettit*, s. 175; *Thomas/Hudson*, s. 751; *Virgo*, s. 220-221; *Watt*, s. 141.

⁵⁹⁶ *Hudson, Understanding*, s. 95; *Lewin on Trusts*, s. 303; *Pettit*, s. 176; *Thomas/Hudson*, s. 751; *Virgo*, s. 217.

⁵⁹⁷ *Lewin on Trusts*, s. 290; *Pettit*, s. 178; *Virgo*, s. 218-219.

⁵⁹⁸ *Lewin on Trusts*, s. 290; *Penner*, s. 130; *Virgo*, s. 218.

edilmelidir.⁵⁹⁹ Aslında bu örneğin İngiliz hukuk kültürünü yansıttığını söylemek de mümkündür. Zira sözleşmenin kurulması için bir karşılık (*consideration*) verilmesini zorunlu kılan bu sistemin, bir kimsenin başkasına ivazsız bir kazandırmada bulunmayacağını karine olarak kabul etmesinin kendi içinde tutarlı olduğu söylenebilir. *Resulting trust* özellikle bu alt başlığı, İngiliz hukukunun kendine özgü bu yapısından ve ilkelerinden kaynaklanmakta ve sadece bazı spesifik durumları kapsamaktadır. Bu nedenle bu başlığın daha fazla incelenmesinin katkısının bu çalışmanın akademik gayesi bakımından sınırlı olacağı düşünülmektedir.⁶⁰⁰

1.2.3.3.2. Constructive Trust

Hukuki trustlar başlığı altında incelenecek olan ikinci yapı *constructive trust* türüdür. Türkçe'ye 'inşai trust' olarak çevrilebilecek *constructive trust* kavramının temelinde çıkarım yapmak, anlamlandırmak fikirlerinin yer aldığı ifade edilmektedir.⁶⁰¹ *Constructive trust* birtakım şartların ve olguların bir arada bulunması durumunda ortaya çıkan, hukuk sistemi tarafından dayatılan, başka bir deyişle taraf iradelerinden bağımsız (hatta genellikle taraf iradelerine rağmen söz konusu olan) bir trust yapısı olduğunu söylemek mümkündür.⁶⁰² Nitekim bu nedenle *constructive trust* gerçek bir trust olmadığı dahi ileri sürüldüğü görülmektedir.⁶⁰³

Resulting trust yapısının aksine *constructive trust* ortaya çıktığı hâlleri sınırlamak mümkün değildir. Bu nedenle *constructive trust* sınırlarının epey geniş ve de

⁵⁹⁹ Penner, s. 130 vd.; Pettit, s. 178.

⁶⁰⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Lewin on Trusts, s. 290 vd.; Penner s. 130 vd.; Thomas/Hudson, s. 758 vd.; Virgo, s. 217 vd.

⁶⁰¹ Bu yönde bkz. Virgo, s. 255. Yazar, *constructive trust* kavramının temelinde çıkarsamak, anlamlandırmak olarak tercüme edilmesi mümkün *construe* sözcüğünün olduğunu ifade etmiştir. Benzer yönde bkz. Thomas/Hudson, s. 715.

⁶⁰² Cincelli, s. 75; Thomas/Hudson, s. 715-716. Benzer yönde bkz. A. J. Oakley, Constructive Trusts, 3. bası, Sweet & Maxwell, 1997, s. 1; Watt, s. 239.

⁶⁰³ Örneğin ABD'de *Restatement of Trusts* içinde *constructive trust* yer verilmemesinin sebebinin de tam olarak bu olduğu düşünülmektedir. Bkz. Braun/Swadling, s. 555.

genişlemeye müsait olduğunu söylemek mümkündür.⁶⁰⁴ Öğretide bu yapının *civil law* hukukçuları tarafından anlaşılmasının *resulting trust* kıyasla çok daha zor olduğunun ifade edildiği görülmektedir.⁶⁰⁵ Bunun sebebi, aşağıda görüleceği üzere, *constructive trust* söz konusu olduğu durumların belirli bir çerçeveye oturtulmasının hemen hemen imkânsız olmasıdır.⁶⁰⁶

Constructive trust yapısının temelinde bulunan iki önemli kavramın vicdan (*conscience*) ve bilgi (*knowledge*) olduğunu söylemek mümkündür.⁶⁰⁷ Bu doğrultuda *constructive trust* bir kimsenin vicdana aykırı ve adil olmayan bir davranışı sonucunda dayatılan bir mekanizma olduğu ancak bu mekanizmanın devreye girebilmesi için bu kişinin onun davranışının adaletsiz ya da vicdana aykırı olarak nitelendirilmesine neden olan olgulardan haberdar olması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁰⁸ Buna ek olarak, *constructive trust* yapısının söz konusu olabilmesi için kural olarak ortada belirli ya da belirlenebilir bir mal varlığı unsurunun da mevcut olması ve söz konusu vicdana aykırı ve hakkaniyetsiz sonuçlara yol açan davranışın bir şekilde bu şeyle ilişkilendirilebilir olması da aranmaktadır.⁶⁰⁹

⁶⁰⁴ Oakley, s. 1; Thomas/Hudson, s. 715. Nitekim bu husus hâkim *Edmund-Davies L.J* tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “İngiliz hukukunda *constructive trust* ilişkin kesin ve kapsamlı bir tanım söz konusu değildir. Bu kurumun sınırlarının bu denli belirsiz bırakılmasının, mahkemenin somut olayda hakkaniyetli bir karar vermesini engelleyebilecek çeşitli teknikliğin önüne geçmek amacıyla bilinçli bir tercih olduğunu söylemek mümkündür.” (“English law provides no clear and all-embracing definition of a constructive trust. Its boundaries have been left perhaps deliberately vague, so as not to restrict the court by technicalities in deciding what the justice of a particular case may demand.”) Bkz. *Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co*, [1996] 2 Ch 276, s. 300.

⁶⁰⁵ Cincelli, s. 75.

⁶⁰⁶ Virgo, s. 255.

⁶⁰⁷ Vicdan, TDK tarafından “kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç” olarak tanımlanmaktadır. (www.tdk.gov.tr, erişim tarihi 12.11.2018). Bu tanımın İngilizce’deki *conscience* kavramına çok yaklaştığı görülmektedir. *Conscience* kavramının Oxford İngilizce Sözlüğü’ndeki tanımı şu şekildedir: “The internal acknowledgement or recognition of the moral quality of one’s motives and actions; the sense of right and wrong as regards things for which one is responsible; the faculty or principle which judges the moral quality of one’s actions or motives.” (www.oed.com, erişim tarihi 12.11.2018) ‘Conscience’ kavrama ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Alastair Hudson, *Conscience as the Organising Concept of Equity* (bundan böyle ‘Conscience’), *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, C. 2, S. 1, 2016, s. 261 vd.

⁶⁰⁸ Benzer yönde bkz. Thomas/Hudson, s. 716.

⁶⁰⁹ Oakley, s. 2-3; Watt, s. 240.

Kısacası bir mal varlığı unsurunun sözde güvenilenin eline hukuka ya da ahlaka aykırı bir olgu veya trust ihlali (*breach of trust*) neticesinde geçmiş olması durumunda ortada bir *constructive trust* olduğunun ve bu şeyi elinde tutan kişinin de güvenilen gibi sorumlu olacağını kabul edildiğini söylemek mümkündür.⁶¹⁰

Constructive trust'in sınırlarının genişliği ve esnekliği nedeniyle öğretide bu kuruma ilişkin kesin bir tanıma rastlanmamakta, bu kurumun daha ziyade ortaya çıktığı örnekler temel alınarak açıklanmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir. Bu çalışmada da benzer bir yol tercih edilecek, *constructive trust*'in ortaya çıktığı belli başlı durumlar üzerinden kurumun özellikleri kısaca açıklanmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte bir genelleme yapmak gerekirse, *constructive trust*'in bir kimsenin elinde tuttuğu mülkiyet hakkından yararlanmasının hakkaniyetsiz sonuçlara yol açtığı düşünülüyor durumlarda devreye giren, bu adaletsiz durumu düzeltici bir kurum olduğunu söylemek mümkündür.⁶¹¹ Ancak hangi durumların mahkemeler tarafından hakkaniyetsiz olarak nitelendirildiğinin anlaşılabilmesi için somut örneklerin incelenmesi gerekmektedir.⁶¹²

Constructive trust'in söz konusu olduğu hâllerden ilki, sadakat yükümlülüğünün (*fiduciary duty*) ihlali sonucunda yetkisiz olarak gelir ya da menfaat elde edilmesidir.⁶¹³ Örneğin bir iradi trust yapısında güvenilenin, yetkisi olmamasına rağmen trust fonu üzerinden gelir elde etmesi durumunda, bu gelirlerin bir *constructive trust*'in konusunu oluşturduğunu ve bu trust'ın da lehtarının söz konusu iradi trustla aynı kişi(ler) olduğu kabul edilmektedir. Bu ilke, güvenilenin lehtara karşı sahip olduğu yükümlülük gibi bir güven ilişkisine dayalı başka ilişkilerden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalinde de uygulanmaktadır. Örneğin vekilin

⁶¹⁰ Pettit, s. 139.

⁶¹¹ Örneğin Amerikalı hâkim *Cardozo J*'in tanımına göre *constructive trust*, hakkaniyet hukukunda vicdanın dışı vurumunu sağlayan bir formüldür. ("The constructive trust is the formula through which the conscience of equity finds expression.") Bkz. *Beatty v Gugenheim Exploration Co* (1919) 225 NY 380, s. 386. Ayrıca bkz. *Webb/Akkouh*, s. 198. Ancak bu tanımın daha ziyade 'Amerikan stili' düzeltmecî trustlar için verildiği ifade edilmelidir. Bkz. aşağıda dn. 662.

⁶¹² Bu yönde bkz. *Underhill/Hayton*, s. 89; *Watt*, s. 246; *Webb/Akkouh*, s. 198.

⁶¹³ Bkz. *Hudson*, *Understanding*, s. 112; *Pettit*, s. 141. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda s. 280 vd.

görevini ihlal ederek bir gelir elde etmesi veya şirket yöneticilerinin benzer yönde bir menfaat kazanması durumunda da bunun bir *constructive trust* konusunu oluşturacağı kabul edilmektedir. Kısacası bir menfaat çatışmasının devreye girdiği ve asil-vekil sorunu⁶¹⁴ olarak genellenebilen bu hâllerde İngiliz hukukunun *constructive trust* yoluyla bir çözüm getirmeye çalıştığını söylemek mümkündür. Bu bağlamda *constructive trust* yapısıyla yerine getirilenin bir tazminat işlevinden ziyade bir menfaat devri işlevi olduğu ifade edilmelidir.⁶¹⁵

Tartışmalı olmakla birlikte, *constructive trust* devreye girdiğinin kabul edildiği bir diğer hâl, yanılma sonucunda yapılan ödemelerin iadesine ilişkindir.⁶¹⁶ Bu konudaki ilke karar olan *Chase Manhattan Bank NA v Israel-British Bank (London) Ltd*⁶¹⁷ kararına konu olan olayda, bir bankanın yüklü bir miktar parayı yanılarak iki

⁶¹⁴ Asil – vekil sorunu (*principal – agent problem*), bir başkasının menfaatlerini gözetme üzerine kurulu hemen her ilişkide karşımıza çıkan, bu tür güven unsuruna sahip ilişkilerde içkin bir sorundur. Bu teori, başkasının menfaatlerini gözetmekle ve bir çıkar çatışması olduğunda kural olarak bu kişilerin menfaatine öncelik vermekle yükümlü olan (şirket yöneticisi, avukat, vekil ya da trust hukuku bağlamında güvenilen) kişilerin verdikleri kararlarda her zaman sadece temsil ettikleri kişilerin menfaatlerini gözetmediklerini, hatta kendi çıkarlarını önde tuttuklarını ileri sürmektedir. Özellikle şirketler hukuku bağlamında tartışılan ve bu yönde yönetici ve şirket pay sahipleri arasındaki ilişkinin bir parçası olarak görülen asil – vekil teorisinin temelinde vekil olarak hareket eden yöneticinin her zaman kendi çıkarlarını maksimize eden kararlar aldığı önermesi yatmaktadır. Bkz. Michael C. Jensen/William H. Meckling, *Theory of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics, C. 3, S. 4, 1976, s. 310. Bu teorisinin açıklanması ve davranışsal ekonomi verileri üzerinden eleştirisi için bkz. Jaap Winter, *Behavioral Perspective On Corporate Law and Governance*, The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance (ed. Jeffrey N. Gordon/Wolf-Georg Ringe), OUP, 2018, s. 161-166. Trust hukuku kurallarının asil vekil sorunu penceresinden değerlendirildiği ayrıntılı bir çalışma için bkz. Robert Sitkoff, *Agency Costs Theory of Trust Law* (bundan böyle 'Agency Costs'), Cornell Law Review, C. 89, S. 3, 2004, s. 621 vd.

⁶¹⁵ Benzer yönde bkz. Pettit, s. 142. Ayrıca bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396(1): "Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir." Bu hükümde, şirketin özen ve sadakat yükümlülüğünün bir görünümü olan rekabet yasağını ihlal ederek temsil ettiği şirket ile çıkar çatışmasına giren yönetim kurulu üyelerinden bu şekilde elde ettikleri menfaatin devrinin talep edilebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bunun bir gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı menfaat devri yaptırımı olduğu yönünde bkz. Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye – Menfaat Devri Yaptırımı*, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 334-338.

⁶¹⁶ Bkz. Webb/Akkouh, s. 221-222.

⁶¹⁷ [1981] Ch 105.

kere diğer bankaya gönderdiği ve bu gönderimi alan bankanın bu parayı iade etmeden önce iflas ettiği görölmektedir. Davada, yanılma sonucu yapılan ikinci ödemenin bir *constructive trust* konusunu oluşturduğu, bu nedenle bu paranın iflas masasına girmeksizin *constructive trust* lehtarını (yani ödemeyi yapan banka) tarafından geri alınabileceğine karar verilmiştir. Bu noktadaysa *constructive trust* bir sebepsiz zenginleşme benzeri talep olarak devreye girdiğini söylemek mümkündür. Ancak sebepsiz zenginleşmenin aksine davacı tarafa verdiği hak bir kişisel hak değil, bir aynı hak boyutuna ulaşmaktadır.⁶¹⁸

Constructive trust söz konusu olduğu bir diğer örnek, taşınmaz satımları ya da belirli bir şirkete ilişkin pay devri gibi satım konusu şeyin ferdileşmiş ve tabiri caizse eşsiz (*unique*) kabul edildiği hâllerde, sözleşmenin kurulması ve ifası arasındaki süre boyunca karşımıza çıkmaktadır.⁶¹⁹ Bu hâllerin İngiliz hukukunda aynen ifaya hükmedilebilen hâller olduğunun altı çizilmesi gerekmektedir. Borçlandırıcı işlemin gerçekleşmesinden sonra satıcının, söz konusu şey üzerindeki türev mülkiyet hakkını kaybettiği, bu hakkın alıcıya geçtiği ve satım konusu şey üzerinde bir *constructive trust* söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Bu yönüyle *constructive trust* bir ifa yöntemi olarak nitelendirilmesi de mümkün gözökmektedir.

Kuşkusuz *constructive trust* ortaya çıktığı hâller bu üç örnekle sınırlı değildir.⁶²⁰ Ancak bu üç örnekten anlaşılabilen üzere, *constructive trust* yapısı kapsayıcı, yani adeta “torba” niteliğinde bir hukuki yapıdır. Bu doğrultuda, *constructive trust* hakkaniyet hukukunun ihtiyacı olduğu zamanlarda şapkasından

⁶¹⁸ Ancak sebepsiz zenginleşme talebinin aksine, *constructive trust* söz konusu olabilmesi için sözde zenginleşen kimsenin bunun farkında olması, başka bir ifadeyle kötü niyetli olması da aranmaktadır. Bkz. **Webb/Akkouh**, s. 221. Bu yönde ayrıca bkz. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] UKHL 12, [1996] AC 669.

⁶¹⁹ Bkz. **Hudson**, *Understanding*, s. 109.

⁶²⁰ *Constructive trust* söz konusu olduğu hâllere ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Oakley**, s. 33 vd.

çıkılabildiği sihri bir değnek, adaleti sağlayıcı, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile benzer işleve sahip olan bir kurum olduğunu söylemek mümkün gözükmektedir.

Bununla birlikte özellikle İngiliz hukuku bağlamında *constructive trust* yapısının kapsamının hakkın kötüye kullanımı kavramına göre çok daha sınırlı olduğu ifade edilmelidir. Zira yukarıda örnekleri verilen *constructive trust* kategorilerinden birinin içine girebilen bir somut olay söz konusu olduğunda mahkemenin bunun bir *constructive trust* olmadığına karar vermesi ya da bu kategorilerin dışında kalan bir olayda bir *constructive trust* yapısının söz konusu olduğuna karar vermesi mümkün değildir.⁶²¹ Bu açıdan mahkemelerin takdir yetkisinin epey sınırlı olduğunu söylemek mümkündür.⁶²²

⁶²¹ Underhill/Hayton, s. 91.

⁶²² Cincelli, s. 76; Hudson, Understanding, s. 120. Bu *constructive trust* yapısı *institutional constructive trust* olarak anılmakta ve özellikle İngiliz hukukunda kabul edilmektedir. Bunun karşısında ise ABD'de kabul edilen *remedial constructive trust* yapısı yer almaktadır. Türkçe'ye düzeltmeci trust olarak çevrilebilecek *remedial constructive trust* yapısında hâkimin takdir yetkisinin çok daha geniştir. Bkz. Watt, s. 242-243. Bunun yanı sıra düzeltmeci trust kendiliğinden söz konusu olmamakta, mahkemenin kararı bir tespit hükmü niteliğinde değil; bir inşai hüküm niteliğinde kabul edilmektedir. Buna paralel olarak *constructive trust*'in kurulduğunun kabul edildiği an da değişiklik göstermektedir. İngiliz hukuku bağlamında kabul edildiği şekliyle *constructive trust* söz konusu şartların gerçekleşmesiyle trust'ın kurulduğu kabul edilmekte; başka bir deyişle trust'ın kurulduğu an kural olarak mahkemenin vereceği tespit hükmünden daha önceki bir tarih olarak belirlenmektedir. Bkz. Hudson, Understanding, s. 120. Düzeltmeci trustta ise trust yapısının, mahkemenin inşai hükmüyle aynı anda kurulduğu kabul edilmektedir; bu nedenle geriye etkili bir yapıdan söz etmek mümkün değildir. Bkz. Hudson, Understanding, s. 121.

II. BÖLÜM: TRUST NASIL İŞLER?

2.1. TRUSTIN KURULUŞU ve GEÇERLİLİĞİ

2.1.1. Trustın Kuruluşu: Üç Belirlilik Kuralı

İngiliz hukukunda geçerli olarak kurulmuş bir trusttan bahsedilebilmesi için üç önemli şartın bir arada bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu üç şart kurucunun bu yöndeki iradesinin, trust fonunun ve trustın lehtarlarının belirli ya da belirlenebilir olmasına ilişkindir. Üç belirlilik kuralı (*three certainties rule*) olarak da anılan bu ilkenin 1840 tarihli *Knight v Knight* kararına dayandığı kabul edilmektedir.⁶²³ Bu kural doğrultusunda, ancak bahsi geçen ve aşağıda incelenecek olan bu üç hususta belirliliğin tespit edilebilmesi hâlinde geçerli şekilde kurulmuş bir iradi trusttan bahsetmek mümkün olmaktadır.

2.1.1.1. Trust Kurma İradesinin Belirliliği

Geçerli bir trust yapısından bahsedilebilmesi için aranan ilk şart, kurucunun bu yöndeki iradesinin tespit edilmesidir. Kurucunun trust kurma iradesinin belirliliğinin aranan ilk şart olarak değerlendirilmesinin tesadüfi olmadığı ifade edilmelidir. Zira diğer iki şarta ilişkin değerlendirmeye geçilmesi ancak bu şartın sağlandığının kabul edilmesiyle mümkündür. Bu nedenle trust fonunun ve lehtarının belirliliğine ilişkin ikinci ve üçüncü kıstasların ikincil nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁶²⁴

Trust kurma iradesinin belirliliği (*certainty of intention*) olarak da bilinen bu kıstasın arkasında yatan gerekçeyi anlamak zor olmasa gerektir. Bir önceki

⁶²³ (1840) 3 Beav 148. Karara ilişkin olarak bkz. **Hudson**, *Understanding*, s. 35; **Moffat**, s. 137; **Penner**, s. 186; **Watt**, s. 74. Üç belirlilik kuralının daha da eskiye dayandığı yönünde bkz. **Pettit**, s. 44-45.

⁶²⁴ Bu yönde bkz. **Penner**, s. 186-187.

bölümde incelenen hukuki trust yapılarının aksine iradi trust, var oluşunu kurucunun bu yöndeki iradesine borçlu ve bu nedenle geçerliliği de bu iradenin tespit edilebilmesine muhtaç bir yapıdır. Bu nedenle bir kimseye belirli bir mal varlığı unsurunun mülkiyetini devreden kişinin bunu yaparken mutlak bir bağışlama saiki mi güttüğünün yoksa bir trust kurma iradesiyle mi hareket ettiğinin belirlenmesi çok önemlidir.⁶²⁵ Zira ilk durumda mülkiyeti devralan kişi ilgili mal varlığı unsurunu kendi lehine veya dilediği şekilde kullanmakta serbestken, ikinci durumda böyle bir serbesti söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle kurucunun trust kurma iradesinin belirlenmesinin en az mülkiyeti devreden kişi kadar, mülkiyeti devralan kişi için de önemli olduğunu söylemek mümkündür.⁶²⁶

Geçerli şekilde kurulmuş bir trust yapısından bahsedilebilmesi için kurucunun bu yöndeki iradesini açıkça ortaya koymasının zorunlu olmadığı hatırlanacaktır.⁶²⁷ Bu doğrultuda kurucunun ilgili beyanında 'trust' sözcüğüne yer vermesinin de gerekli olmadığı ifade edilmektedir.⁶²⁸ Bunun yanı sıra kurucunun irade beyanında 'trust' ifadesine yer vermiş olması da bu yöndeki iradesinin kesinliğinin tespit edilmesi için yeterli görülmemektedir.⁶²⁹ Başka bir deyişle kurucunun iradesinin belirliliği değerlendirilirken önemli olan kurucunun kendisinin yaptığı veya yapmayı ihmal ettiği hukuki nitelendirme değildir. Dolayısıyla TBK m. 19/1'de yer alan prensibin bir benzerinin İngiliz hukukunda trustlar açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

⁶²⁵ Thomas/Hudson, s. 46.

⁶²⁶ Watt, s. 74-75.

⁶²⁷ Penner, s. 187; Thomas/Hudson, s. 45. Hatta kurucunun, bu beyanına ya da başka şekilde ortaya konulabilen iradesine bağlanan sonuçtan haberdar olması ya da bunu istemesi dahi aranmamaktadır. Bkz. Penner, s. 187. Bu yönüyle trust kurma beyanı bir hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelendirilebilir.

⁶²⁸ Pettit, s. 45; Thomas/Hudson, s. 44; Virgo, s. 72; Watt, s. 75.

⁶²⁹ Thomas/Hudson, s. 44; Virgo, s. 72; Watt, s. 75.

Kurucunun beyanı yorumlanırken esas olan, mülkiyetin devredildiği kişiye bunu bir başkası lehine kullanmak konusunda bir yükümlülük yükleme iradesinin,⁶³⁰ daha açık bir ifadeyle mülkiyetin parçalanması yönündeki bir isteğinin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesidir.⁶³¹ Örneğin kişinin vasiyetnamesinde “*Bu malın (L) lehine kullanılmasını dilerim/rica ederim/isterim*” gibi ifadelere yer vermiş olması, devralan kişiye bir yükümlülük yüklemekten ziyade bir temenninin açığa vurulması olarak yorumlanmaktadır.⁶³² Bu durumda ise kurucunun trust kurma iradesinin belirsiz olduğu ve bu nedenle geçerli bir trust yapısından bahsedilemeyeceği 1871 yılında verilen *Lambe v Eames* kararından bu yana kabul edilmektedir.⁶³³ Kurucunun trust kurma iradesinin kesinliğinin bir diğer boyutu ise kuşkusuz bu iradenin gerçekliğine ilişkindir. Kurucunun gerçek iradesiyle görünen iradesinin ayrışması durumunda, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, İngiliz hukukunda da gerçek iradeye üstünlük tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Kurucunun gerçek iradesinin görünen iradesinden farklı olması durumuna, başka bir deyişle trustta muvazaaya daha sonra ayrı bir başlık altında değinileceği belirtilmelidir.⁶³⁴

⁶³⁰ Bu noktada kurucunun beyanındaki “yükümlülük yükleme iradesinin”, Türk hukukundaki yükleme kavramından farklı olduğu belirtilmelidir. Türk hukukunda bağışlama sözleşmesinde (TBK m. 291) veya ölüme bağlı tasarruflarda (TMK m. 515) karşımıza çıkan yükleme kavramı, *Serozan/Engin*'in tabiriyle “bir edim talebi bulunmaksızın, bir edimi yerine getirmekle yükümlü kılmak” olarak tanımlanmaktadır. Bu ifadeden şu sonuçların çıkarılması mümkündür: Yükleme, ilgililerine kendine özgü bir talep hakkı vermesine rağmen bir tazminat hakkı vermediği gibi, üçüncü kişilerin bağışlamanın ya da ölüme bağlı tasarrufun konusunu oluşturan şey üzerindeki haklarını etkileyen bir sınırlama da teşkil etmemektedir. Başka bir ifadeyle bir yükleme (varsa) lehtar bakımından bir alacak hakkı oluşturmamaktadır. Bu yönüyle yüklemeli bir bağışlama ya da ölüme bağlı tasarrufun, bir iradi trusttan apayrı bir hukuki yapı olduğu açıkça görülmektedir. Ölüme bağlı tasarruflarda yükleme kavramına ilişkin olarak bkz. **Zahit İmre/Hasan Erman**, *Miras Hukuku*, Der Yayınları, 2016, s. 141-147; **Bilgi Öztan**, *Miras Hukuku*, Turhan Kitapevi, 2016, s. 295-301; **Rona Serozan/Baki İlkay Engin**, *Miras Hukuku*, 4. bası, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 398 vd. Bağışlama sözleşmesinde yükleme kavramına ilişkin olarak bkz. **Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı**, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 300-302.

⁶³¹ *Virgo*, s. 73.

⁶³² Bu ifadeler genellikle ölüme bağlı tasarruflarda karşımıza çıkmakta ve “temenni mahiyetinde sözler” (*precatory words*) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Cincelli**, s. 107; *Virgo*, s. 73. Bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Penner**, s. 189-190; **Thomas/Hudson**, s. 51-56.

⁶³³ (1871) 6 Ch App 597. Ayrıca bkz. **Cincelli**, s. 107-108; **Penner**, s. 190; **Pettit**, s. 45-46; *Virgo*, s. 73.

⁶³⁴ Bkz. aşağıda s. 229 vd.

2.1.1.2. Trust Fonunun Belirliliği

Geçerli bir trustın kurulması için aranan ikinci şart, trustın konusunu oluşturan mal varlığının belirliliğine ilişkindir. Daha önce de belirtildiği üzere trustın konusunu oluşturabilecek mal varlığı unsurları neredeyse sınırsızdır. Taşınır ve taşınmaz malların, fikri mülkiyet haklarının, alacak haklarının, paranın veya ortaklık haklarının trustın konusunu teşkil etmesi mümkündür.⁶³⁵ Bununla birlikte kurucunun trust kurulurken güvenilene devrettiği (veya kendisi güvenilen olacaksa bu doğrultuda tahsis ettiği) mal varlığı unsurlarının belirli ya da belirlenebilir olması, hem güvenilenin yükümlülüklerini yerine getirebilmesi hem de lehtarın haklarını ileri sürebilmesi açısından çok önemlidir.⁶³⁶ Bu nedenle trust fonunun belirli ya da belirlenebilir olmadığı ihtimallerde geçerli bir trust yapısından söz etmek mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin vasiyetnamesinde söz gelimi terekesinin ya da mücevherlerinin ‘büyük bir kısmını’ trust fonuna tahsis ettiğini belirtmesi durumunda, bu trustın geçersiz olduğu kabul edilmektedir.⁶³⁷ Ancak bazı mahkeme kararlarında, ilk bakışta tıpkı bu örnekte olduğu gibi kavramsal olarak belirsiz olduğu düşünülebilecek bazı ifadelerin trustın geçersizliğine yol açmadığının kararlaştırıldığı da görülmektedir. Örneğin *Re Golay* kararında, bir kimsenin sahip olduğu taşınmazlardan elde edilecek semerelerden bu kişiye “makul bir gelir” tahsis edileceğini kararlaştırmış olması, trustın geçerliliği bakımından bir sorun olarak görülmemiştir.⁶³⁸ Bu uyuşmazlıkta mahkeme, “makul bir gelir”

⁶³⁵ *Pettit*, s. 47; *Thomas/Hudson*, s. 69; *Underhill/Hayton*, s. 261. Hatta AB ülkelerinde uygulanan süt üretimi kotasının dahi trustın konusunu teşkil edebileceğine karar verilmiştir. Bkz. *Swift v. Dairywise Farms Ltd* [2000] 1 All ER 320.

⁶³⁶ Aynı yönde bkz. *Cincelli*, s. 109.

⁶³⁷ *Moffat*, s. 193; *Penner*, s. 200-201; *Pettit*, s. 48; *Thomas/Hudson*, s. 74; *Watt*, s. 83. Bu yönde bkz. *Palmer v Simmonds* (1854) 2 Drew 221.

⁶³⁸ *Re Golay's Will Trusts* [1965] 1 WLR 969. Uyuşmazlığa konu olan olayda *Golay*'in tüm taşınmazlarını güvenilenlere bıraktığı, bu taşınmazlar arasından lehtarın seçeceği bir tanesinde hayatı boyunca ikamet edebileceği ve geri kalan taşınmazlardan elde edilecek gelirler bakımından tartışma konusu bu hükmün düzenlenmiş olduğu ifade edilmelidir.

kavramının objektif olarak değerlenmeye müsait olduğuna karar vermiş ve trustın geçerli olduğuna hükmetmiştir.⁶³⁹

Trust fonunun belirliliğine ilişkin sık karşılaşılan bir diğer sorun, bir bütünlük içinden bir kısım şeyin trustın konusu olarak tahsis edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin bir büyükbaş hayvan çiftliği sahibinin, 100 ineğinden 40'ını trusta özgüleyerek güvenilene devrettiğini bildirmesi, geçerli bir trustın kurulmuş olduğundan bahsetmek için yeterli kabul edilmemektedir.⁶⁴⁰ Zira trust fonunun belirliliği şartı doğrultusunda hangi 40 hayvanın trust fonuna tahsis edildiğinin de belirli olması aranmaktadır. Bu konudaki ilke kararı olarak kabul edilen *Re London Wine Co (Shippers) Ltd* kararında, bir şarap satıcısının alıcı müşterileriyle karma nitelikli bir anlaşma yaptığı görülmektedir.⁶⁴¹ Bu anlaşmaya göre satıcı şirket, seçilen şarapları alıcıya satmanın yanı sıra, bu şarapları belirli bir bedel karşılığında alıcı adına saklama hizmeti de sunmaktadır. Ancak daha sonra satıcının sahip olduğu hiçbir şarap şişesini aslında alıcılar için ayırmadığı, hepsini bir arada tuttuğu ve sahip olduğundan daha fazla şarap şişesi için satım sözleşmesi yaptığı ortaya çıkmıştır. Satıcı şirketin iflasından sonra alıcılar, sahibi olduklarını düşündükleri şarap şişelerinin iflas masasına girmesini bu şişeler üzerinde kendilerine lehine bir trust kurulmuş olduğunu ileri sürerek engellemeye çalışsalar da, mahkeme bu iddiaları reddetmiştir. Kararın gerekçesinde, satılan ve sözde saklanan şarap şişelerinin diğerlerinden ayırt edilmediği için belirli ya da belirlenebilir hâle getirilmediği ve bu nedenle söz konusu trustın geçersiz kabul edilmesi gerektiği açıklanmıştır.⁶⁴²

⁶³⁹ *Hâkim Ungood-Thomas J*: "The court is constantly involved in making such objective assessments of what is reasonable and it is not to be deterred from doing so because subjective influences can never be wholly excluded. In my view the testator intended by 'reasonable income' the yardstick which the court could and would apply in quantifying the amount so that the direction in the will is not in my view defeated by uncertainty." Bkz. *Penner*, s. 201; *Thomas/Hudson*, s. 73-74; *Webb/Akkouh*, s. 47.

⁶⁴⁰ *Watt*, s. 83.

⁶⁴¹ *Re London Wine Co Ltd* [1986] PCC 121. Benzer yönde bkz. *Re Goldcorp Exchange Ltd* [1994] UKPC 3. Bu karara ilişkin olarak bkz. *Panesar*, s. 114-115; *Thomas/Hudson*, s. 77.

⁶⁴² *Panesar*, s. 114; *Penner*, s. 205-206; *Thomas/Hudson*, s. 75; *Watt*, s. 85.

İsabetli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, trust fonunun belirliliğinin değerlendirilmesinde söz konusu şeyin niteliğine göre farklı sonuçlara varılabildiği de görülmektedir.⁶⁴³ Bu bağlamda ilke kararı olarak kabul edilen *Hunter v Moss* kararına konu olan uyuşmazlıkta davalının, bir şirketteki 950 adet hissesinin 50 adetini davacı lehine güvenilen olarak elinde tutmayı taahhüt ettiği görülmektedir.⁶⁴⁴ İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*), şirketteki tüm hisseler aynı gruba ait olduğundan hangi 50 hissenin trust fonunun konusunu oluşturduğunun özel olarak belirlenmesine gerek olmadığına ve söz konusu trustın geçerli kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. İlgili kararda ve bu karara değinen akademik eserlerde, mahkemenin maddi eşya (*tangible property*) ve gayrimaddi eşya (*intangible property*) arasında bir ayrıma gittiği ifade edilmektedir.⁶⁴⁵ Ancak bu ayrımın Türk hukukunda benimsenen tipolojiye uygun olmadığına belirtilmesinde yarar vardır. Zira bilindiği üzere Türk eşya hukukunda mülkiyet hakkının konusunu oluşturabilecek eşyanın özelliklerinden biri, bu eşyanın cismani bir karaktere sahip olmasıdır.⁶⁴⁶ Bu nedenle “gayrimaddi eşya” kavramı Türk hukuku bakımından geçerli bir kavram olmadığına altı çizilmelidir.⁶⁴⁷

⁶⁴³ Penner, s. 206; Pettit, s. 48; Watt, s. 85-87. Bu hususun tartışmalı ya da ilgili kararın şartıcı olduğu yönünde bkz. Moffat, s. 194; Panesar, s. 115; Penner, s. 206-207; Pettit, s. 49; Thomas/Hudson, s. 80; Watt, s. 85.

⁶⁴⁴ *Hunter v Moss* [1994] 3 All Er 215, [1994] 1 WLR 452, CA.

⁶⁴⁵ Bkz. *Hunter v Moss* [1993] 1 WLR 934. “ (...) in the case of a trust of intangible assets the requirement of certainty did not necessarily entail segregation or appropriation of the specific property which was to form the subject matter of the trust...” Ayrıca bkz. Moffat, s. 194; Virgo, s. 81; Watt, s. 85.

⁶⁴⁶ Tüm *civil law* sistemlerinde eşya kavramına yaklaşımın aynı yönde olduğu düşünülmemelidir. Alman hukuku ve İsviçre hukukunun (dolayısıyla Türk hukukunun), eşya kavramını en sıkı ve dar anlamda ele alan sistemler arasında yer aldığı ifade edilmektedir. Buna karşılık örneğin Portekiz ve İtalyan hukukunda eşya kavramı, cismani ve gayricismani unsurları içine alan daha geniş bir kavram olarak kabul edilmiştir. Karşılaştırmalı bir değerlendirme için bkz. Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 13-17; George Gretton, *Ownership and Its Objects* (bundan böyle ‘Ownership’), *RabelsZ*, C.71, S. 4, 2007, s. 808 vd.; Sabrina Praduroux, *Objects of Property Rights: Old and New, Comparative Property Law – Global Perspectives* (ed. Michele Graziadei/Lionel Smith), Edward Elgar Publishing, 2017, s. 54-55; Von Bar/Drobnig, s. 317-320.

⁶⁴⁷ Türk hukukunda eşya kavramına ilişkin olarak bkz. Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar)* (bundan böyle ‘Eşya’), C. 1, 2. bası, Sevinç Matbaası, 1972, s. 32 vd.; M. Kemal Oğuzman/Özer Selici/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitapevi, 2017, s. 7-8; Sirmen, s. 5. Türk şirketler hukuku bağlamında ise şirket hisseleri, senede bağlanmış olup olmamalarına göre taşınır eşya veya alacak hakkı olarak nitelendirilmektedir.

2.1.1.3. Trust Lehtarının Belirliliği

Üç belirlilik kuralının son ayağı, trust öznesinin, başka bir deyişle trust lehtarının, belirliliğidir (*certainty of object*). Önceki bölümlerde incelendiği üzere, kurucunun trustı kurarken trustın lehtarını belirlemesi ya da belirlenebilir kılması mümkün olduğu gibi (*belirli trust*), bu belirlemeyi daha sonraya ve güvenilenin takdirine bırakması da (*ihtiyari trust*) mümkündür.⁶⁴⁸ Hem belirli trustlar için hem de ihtiyari trustların için önem taşıyan trust lehtarının belirliliği sorusu, somut olaydaki trustın tipi ve özellikleri dikkate alınarak yanıtlanması gereken bir sorudur.⁶⁴⁹ Nitekim zaman içinde verilen mahkeme kararlarında da trust öznesinin belirlenebilirliğine ilişkin değişken kıstaslar ve farklı testlerin ortaya konulduğu görülmektedir. Bu nedenle trust lehtarının belirliliği hususu aşağıda öncelikle belirli trustlar, ardından ihtiyari trustlar bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

2.1.1.3.1. Belirli Trustlar Bakımından

Trust lehtarının belirlenmesi hususunda uygulanan testlerden ilki, belirli trustlar bakımından aranan ve tam liste testi (*complete list test*) olarak adlandırılan testtir.⁶⁵⁰ Bu doğrultuda trust fonunun dağıtılacağı an geldiğinde lehtarların hepsinin kesin olarak tespit edilip edilemediği değerlendirilmekte ve ikinci ihtimalde trustın baştan beri geçersiz olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵¹ Ancak trust lehtarının belirliliği şartının sağlanması için tüm lehtarların trustın kurulduğu anda tespit edilebilir olmasının gerekmediği ifade edilmelidir.⁶⁵² Örneğin bir kimsenin yaşadığı evi mevcut ve ileride doğacak tüm çocuklarına bırakması durumunda bu trust yapısı da pekâlâ geçerlidir.⁶⁵³ Her ne kadar trust kurulurken kurucunun ileride bir çocuk sahibi olup olmayacağı veya olacaksa bu çocukların kimler olacağı belli olmasa da, trust

⁶⁴⁸ Bkz. yukarıda s. 174.

⁶⁴⁹ Thomas/Hudson, s. 94.

⁶⁵⁰ Hudson, Understanding, s. 44; Panesar, s. 119; Thomas/Hudson, s. 94; Virgo, s. 85.

⁶⁵¹ Virgo, s. 85-86; Watt, s. 89.

⁶⁵² Panesar, s. 120; Thomas/Hudson, s. 94; Watt s. 89.

⁶⁵³ Virgo, s. 86.

fonunun dağıtılması anında bu kişilerin kesin olarak belirlenmesi mümkün olacağı için trust lehtarının belirliliği şartının sağlandığı kabul edilmektedir.

2.1.1.3.2. İhtiyari Trustlar Bakımından

İhtiyari trustlar bakımından trust lehtarının belirliliği bağlamında uygulanan test ise evet/hayır testi (*is or is not test*) olarak anılmaktadır.⁶⁵⁴ Her ne kadar ihtiyari trust yapısında lehtarın kim olacağı trustın kuruluşunda kesin bir şekilde tespit edilemese de, güvenilenin bu konuda sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduğu da düşünülmemelidir.⁶⁵⁵ Zira ihtiyari trustta güvenilenlerin takdir yetkisi kural olarak belirlenebilir bir gruptan kimlerin lehtar olarak seçileceğine ve bu kişilerin trust fonundan ne kadar pay alacağına ilişkindir.⁶⁵⁶ Bu nedenle güvenileni, bu takdir yetkisini kullanırken yönlendirecek bir referans noktasına ya da objektif kriterlere ihtiyaç vardır.⁶⁵⁷ İşte ihtiyari trust bakımından trust lehtarının belirliliği kuralı aslında söz konusu bu olası grubun belirlenebilirliği anlamına gelmektedir.

Evet/hayır testi uyarınca, trust fonunun dağıtılacağı zaman, herhangi bir kişi için bu kişinin söz konusu gruba dahil olup olmadığı sorusunun olumlu ya da olumsuz bir şekilde fakat kesin olarak yanıtlanabilmesi gerekmektedir.⁶⁵⁸ Dolayısıyla tam liste testinin aksine bu gruba dahil tüm olası lehtarların tam bir listeye ortaya konması aranmamaktadır.⁶⁵⁹ İhtiyari trustlar bakımından tam liste testi yerine evet/hayır testinin uygulanması gerektiğinin kabul edildiği Lordlar Kamarası'nın *McPhail v Doulton* kararına konu olan olayda, büyük bir şirketin çalışanları, eski çalışanları, bunların baktığı kişiler ve akrabaları lehine bir ihtiyari trust kurulduğu

⁶⁵⁴ Hudson, Understanding, s. 44; Panesar, s. 124. İhtiyari trustlar bakımından bu testin ortaya konduğu Lordlar Kamarası kararı için bkz. *McPhail v Doulton* [1970] UKHL 1. 1971 yılında verilen bu karara kadar, ihtiyari trustlar bakımından da tam liste testinin uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi. Bkz. Pettit, s. 54; Thomas/Hudson, s. 97.

⁶⁵⁵ Thomas/Hudson, s. 338-339.

⁶⁵⁶ Watt, s. 91.

⁶⁵⁷ Thomas/Hudson, s. 339.

⁶⁵⁸ Hudson, Understanding, s. 44.

⁶⁵⁹ Panesar, s. 124-125; Thomas/Hudson, s. 97.

görülmektedir.⁶⁶⁰ Lordlar Kamarası, özellikle ‘bakılan kişiler’ ve ‘akrabalar’ ifadelerinin trust lehtarının belirliliğine gölge düşürüp düşürmediğini incelemiş ve akla gelebilecek herkesin “bakılan kişi/bakılan kişi değil” ve “akraba/akraba değil” olarak sınıflandırılabilmesine; bu nedenle bu şartın sağlandığına kanaat getirmiştir.⁶⁶¹ Sözün özü, ihtiyari trustlar bakımından herhangi bir kişinin ‘lehtar grubuna dahil’ veya ‘lehtar grubunun dışında’ kategorilerinden birine dahil olması zorunludur. Aksi takdirde söz konusu trustın lehtarın belirsizliğinden dolayı geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir. Aslında epey sıkı olduğu söylenebilecek olan bu testle amaçlananın, ihtiyari trustlar bakımından muğlak ve çok geniş olası lehtar gruplarının oluşmasının önlenmesi olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶²

2.1.1.3.3. Belirlilik Ne Zaman Sağlanır?: Kavramsal Kesinlik, Olgusal Kesinlik ve Trustın İşlerliği Sorunu

Somut olaydaki trustın türüne göre uygulanacak belirlilik testi hangisi olursa olsun söz konusu olabilecek bir sorun, kavramsal belirlilik (*conceptual certainty*) olarak adlandırılan, anlambilimsel bir sorundur. Kavramsal belirlilik, trust lehtarının belirliliğinden bahsedilebilmesi için kurucu tarafından kullanılan ve güvenileni yönlendirecek olan sözcüklerin yeterince açık ve anlaşılır olması anlamına gelmektedir.⁶⁶³ Trustın kurucu belgesinde lehtarların ismen belirlenmiş veya tereddüte yer bırakmayacak ifadelerle (söz gelimi ‘çocuklarım’, ‘eşim’, ‘2018 yılı itibariyle (A) şirketi çalışanları’ vb.) tarif edilmiş olması durumunda kavramsal belirlilik bakımından bir sorun söz konusu olmamaktadır. Ancak bazen kurucuların

⁶⁶⁰ Bu uyumsuzlukta trustın kurucu belgesinde yer alan hüküm şu şekildedir: “*The trustees shall apply the net income of the fund in making at their absolute discretion grants to or for the benefit of any of the officers and employees or ex-officers or ex-employees of the company or to any relatives or dependants of any such persons in such amounts at such times and on such conditions (if any) as they think fit.*”

⁶⁶¹ Söz konusu karar oy çokluğuyla (3 - 2) verilmiş bir karardır. Bu kararda, lehtarı atama yetkisi (*power of appointment*) için benimsenen kriter (evet/hayır testi) ihtiyari trustlar için de uygulanmıştır. Söz konusu karara ilişkin olarak bkz. **Moffat**, s. 246-254; **Panesar**, s. 122-124; **Penner**, s. 91-93; **Thomas/Hudson**, s. 97-98; **Watt**, s. 94.

⁶⁶² **Hudson**, *Understanding*, s. 44.

⁶⁶³ **Panesar**, s. 124; **Penner**, s. 200; **Thomas/Hudson**, s. 99; **Webb/Akkouh**, s. 44.

trust yapısını kurarken muğlak ya da çok anlamlı sözcükler tercih ettiği görülmektedir. Örneğin 'arkadaşlarım',⁶⁶⁴ 'iyi vatandaşlar', 'bana ve eşime yardım ettiği düşünülen kişiler ve kurumlar'⁶⁶⁵ gibi ifadelerin birden fazla anlama gelebileceği ve bu ifadeyle kurucunun ne kastettiğinin objektif olarak belirlenemesinin güç olduğu kabul edilmektedir.

Belirliliğin bir diğer boyutu ise olgusal belirlilik (*evidential certainty*) olarak tanımlanan, ispat faaliyetine ilişkin belirliliktir. Kavramsal belirlilik sağlandıktan sonra gerçekte kimin ya da kimlerin söz konusu lehtar tanımına uyduğunun belirlenmesi olgusal belirlilik olarak adlandırılmaktadır.⁶⁶⁶ Örneğin kurucunun trustın kurucu belgesinde lehtar grubunu '1988 yılı itibariyle (K) apartmanının sakinleri' olarak belirlediği durumda kavramsal bir belirsizlik mevcut olmasa da, bu apartman sakinlerinin kim olduğunun tespit edilememesi durumunda olgusal bir belirsizlikten söz edilecek ve söz konusu belirli trustın geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır.⁶⁶⁷

Buna karşılık bir ihtiyari trust söz konusu olduğunda olgusal belirsizliğin bu kadar radikal bir sonuca yol açmayabileceği ifade edilmektedir.⁶⁶⁸ Bu konuda farklı görüşlerin ileri sürülmüş olduğunu gözlemek mümkündür. Bir görüşe göre ihtiyari trustlar bakımından uygulanan evet/hayır testi, olgusal belirliliği de kapsayacak şekilde algılanmalıdır. Bu teste göre herhangi bir kişinin ya söz konusu lehtar grubunun içinde ya da dışında yer alması gerektiğinden, bu hususta ispat faaliyetine ilişkin bir belirsizlik mevcutsa söz konusu trustın geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir.⁶⁶⁹ Bu nedenle güvenilenlerin, söz konusu lehtar grubunu

⁶⁶⁴ *Re Barlow's Will Trusts* [1979] 1 WLR 278. Bu kararda 'arkadaşlarım' ifadesinin yer aldığı kurucu belge kavramsal belirsizlikten dolayı geçersiz kılınmamıştır. Ancak bazı başka kararlarda, aynı ifadenin kavramsal olarak belirsiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin bkz. *Re Gulbenkian's Settlements Trusts* [1968] UKHL 5. Bkz. Penner, s. 201-202; Watt, s. 94; Webb/Akkouh, s. 44.

⁶⁶⁵ *Re Wright's Will Trusts* (1982) (yayınlanmamış) Bkz. Penner, s. 202.

⁶⁶⁶ Thomas/Hudson, s. 101.

⁶⁶⁷ Benzer bir örnek için bkz. Virgo, s. 86.

⁶⁶⁸ Panesar, s. 125; Thomas/Hudson, s. 101.

⁶⁶⁹ Bkz. *Re Baden's Deed Trusts (No 2)* [1972] EWCA Civ 10 davasında hâkim Stamp LJ'n görüşü. Bu görüşe ilişkin olarak bkz. Panesar, s. 125; Virgo, s. 92-93.

belirlemek için gerekli araştırmayı yapmaları ve bu lehtar grubuna kimlerin dahil olduğunu ortaya koyabilmeleri gerekmektedir.⁶⁷⁰ Daha ılımlı ya da esnek olduğu söylenebilecek bir başka görüşe göre, yukarıda açıklanan evet/hayır testi doğrultusunda kendisinin lehtar grubuna dahil olduğunu kanıtlayamayan herkesin lehtar grubunun dışında kaldığını kabul etmek gerekmektedir.⁶⁷¹ Bu görüşe göre olgusal belirlilik, ancak belirli bir kişinin lehtarlık statüsünü etkileyen fakat büyük resimde ihtiyari trustın geçerliliğini etkilemeyen bir unsur olarak düşünülmektedir. Üçüncü bir görüşe göre ise ihtiyari bir trust yapısında önemli sayıda lehtarın belirlenebilir olması durumunda artık olgusal belirsizlikten söz edilmemelidir.⁶⁷² Başka bir deyişle belirli trustların aksine tüm lehtarların ismen ortaya konulması aranmasa da, oransal olarak önemli kabul edilecek sayıda lehtarın belirlenebilmesi trustın geçerliliği için zorunlu kabul edilmektedir. Sonuç olarak, tercih edilen görüş hangisi olursa olsun, ihtiyari trustlar bakımından olgusal belirlilik derecesinin belirli trustlara göre daha düşük olduğu bir gerçektir. Ancak olgusal belirliliğin dışında, özellikle geniş bir lehtar grubunun söz konusu olduğu ihtiyari trustlar bakımından ortaya çıkabilecek başka sorun daha mevcuttur. Bu sorun, trustların işlerliğine (*administrative workability*) ilişkindir.

Bir trustın işlerlikten yoksun olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul edildiği ilk karar *R v District Auditor, ex p West Yorkshire Metropolitan County Council* kararıdır.⁶⁷³ Bu karara konu olan ihtiyari trust yapısında kurucu, lehtar grubu olarak West Yorkshire bölgesinde oturan vatandaşları belirlemiş ve güvenilene bu vatandaşlardan herhangi birini, bazılarını ya da hepsini lehtar olarak seçme

⁶⁷⁰ *Re Baden's Deed Trusts (No 2)* [1972] EWCA Civ 10 kararında *Stamp LJ*: "But, as I understand it, having made the appropriate survey, it matters not that it is not complete or fails to yield a result enabling you to lay out a list or particulars of every single beneficiary. Having done the best they can, the Trustees may proceed upon the basis similar to that adopted by the court where all the beneficiaries cannot be ascertained and distribute upon the footing that they have been..."

⁶⁷¹ Bu görüş *Re Baden's Deed Trusts (No 2)* [1972] EWCA Civ 10 davasında hâkim *Sachs LJ* tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. *Panesar*, s. 125; *Thomas/Hudson*, s. 105; *Virgo*, s. 92.

⁶⁷² Bu görüş *Re Baden's Deed Trusts (No 2)* [1972] EWCA Civ 10 davasında hâkim *Megaw LJ* tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. *Panesar*, s. 125; *Thomas/Hudson*, s. 105; *Virgo*, s. 92.

⁶⁷³ [1986] RVR 24. Bu kararın bir trustın işlerlikten yoksun olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul edildiği ilk karar olduğu yönünde bkz. *Harpum*, s. 391; *Virgo*, s. 93.

konusunda takdir yetkisi tanımıştır. Mahkeme, bu ifadenin kavramsal ve olgusal belirlilik şartlarını sağladığına karar vermiş ancak söz konusu lehtar grubuna dahil olan kişi sayısının (o zamanlar bu bölgede ikamet eden kişi sayısının yaklaşık 2.5 milyon kişi civarında olduğu bilinmektedir), söz konusu trustın işlerlikten yoksun kıldığına karar vererek trustın geçersizliğine hükmetmiştir.⁶⁷⁴ Her ne kadar güvenilen, trustın kurucu belgesinde aksi belirtilmedikçe, ilgili gruptan lehtar olarak atanacak kişileri seçme konusunda bir takdir yetkisine sahip olsa da, güvenilenin bu seçimi yaparken özen ve sadakat yükümlülüğü altında olduğunun altı çizilmelidir.⁶⁷⁵ Başka bir deyişle güvenilenin bu takdir yetkisini kurucunun iradesine en çok uyan ve en makul şekilde kullanması gerekmektedir. Bu nedenle son derece geniş lehtar gruplarının, güvenilenin bu görevi yerine getirmesini engellediği için trustın geçersizliği sonucuna yol açtıklarını söylemek mümkündür.⁶⁷⁶ Ancak çok sayıda insanın yer aldığı bir lehtar grubunun belirlendiği bir trust yapısının kendiliğinden geçersiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira burada önemli olan, güvenilenin takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı belli başlı kriterlerin bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir.⁶⁷⁷ Bu nedenle kurucuyla, bir kurumla ya da kendi aralarında bir ortak yönü bulunan çok kişili grupların (örneğin büyük bir holdingin çalışanları) her zaman ilgili trustın geçersizliğine yol açmayabileceği ifade edilmelidir.⁶⁷⁸

2.1.2. Trustın Geçerliliği

2.1.2.1. Ebedilik Yasağı

2.1.2.1.1. Yasağın Ortaya Konması

Bir iradi trustın geçerli olarak kurulup kurulmadığına ilişkin olarak incelenecek kıstaslardan ilki, trustın ebedilik yasağını (*rule against perpetuities*) ihlal edip

⁶⁷⁴ Cincelli, s. 118-119; Thomas/Hudson, s. 340; Virgo, s. 93.

⁶⁷⁵ Güvenilenin özen ve sadakat yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 280 vd.

⁶⁷⁶ Panesar, s. 127; Thomas/Hudson, s. 110.

⁶⁷⁷ Cincelli, s. 118.

⁶⁷⁸ Bu yönde bkz. Cincelli, s. 419; Thomas/Hudson, s. 341.

etmediğidir. Ebedilik yasağı 17. yüzyılın sonlarından beri süregelmekte ve İngiliz eşya hukukunun en eski ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁶⁷⁹ Trust hukuku bağlamında ebedilik yasağının anlamı, trustların şirketler veya tüzel kişiliği haiz başka hukuki kurumların aksine sınırsız süreli şekilde kurulamaması, başka bir deyişle geçici karaktere sahip olmasıdır. Ebedilik yasağının feodal sistemin terk edildiği ve kapitalist sistemin temellerinin atıldığı bu dönemde, özellikle ticaretle uğraşan orta sınıfın gelişmesinin piyasada dolaşan sermayeye bağlı olduğunun kabul edilmesi sonucunda bu serbest dolaşımı sağlamak için getirildiği düşünülmektedir.⁶⁸⁰ Bu nedenle ebedilik yasağının tarihsel gelişiminin arkasında yatan ilk nedenin ekonomik durgunluğun önüne geçilmesi olduğu ifade edilmektedir.⁶⁸¹ Bunun dışında bir ülkedeki mal varlığı unsurlarının (özellikle taşınmazların) büyük birkaç ailenin elinde toplanmasının ve daha önemlisi, bir kimsenin öldükten sonra bir şekilde mal varlığını yönetmeye devam etmesinin engellenmesi de bu kuralın amaçları arasında sayılmaktadır.⁶⁸² Dolayısıyla bu kuralın arka planında bir nevi *kamu yararı* gerekçelendirmesinin olduğunu

⁶⁷⁹ Ebedilik yasağının ilk kez dile getirildiği mahkeme kararının *Duke of Norfolk's Case* (1682) 3 Ch Cas 1; 22 ER 931 olduğu düşünülmektedir. Bkz. **George L. Haskins**, *Extending The Grasp of The Dead Hand: Reflections on The Origin of The Rule Against Perpetuities*, University of Pennsylvania Law Review, C. 126, 1977, s. 19-20; **Bernhard Hofmann**, *Die Rules Against Perpetuities Im Deutschen Erbrecht*, Peter Lang, 2012, s. 53; **Stewart E. Sterk**, *Jurisdictional Competition To Abolish The Rule Against Perpetuities: R.I.P for the R.A.P* (bundan böyle 'Perpetuities'), *Cordozo Law Review*, C. 24, 2003, s. 2097, dn. 1. Kuşkusuz ilk dönemlerde dolaşımı istenen sermayenin özellikle taşınmaz mallardan oluştuğu bilinmektedir. Bu nedenle ebedilik yasağının da ilk olarak taşınmaz hukuku bağlamında ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bkz. **Haskins**, s. 27; **Hofmann**, s. 52.

⁶⁸⁰ **Haskins**, s. 20-21. Ayrıca bkz. **Virgo**, s. 102. *Virgo*, bu kuralın arkasında yatan sebebi "servetin sonsuza kadar kilit altında tutulmasının engellenmesi" olarak özetlemiştir. Bu kuralın arkasında yatan nedenlerin sadece ekonomik değil, aynı zamanda dini karaktere de sahip olduğu yönünde bkz. **Watt**, s. 182.

⁶⁸¹ **John H. C. Morris/W. Barton Leach**, *The Rule Against the Perpetuities*, 2. bası, Stevens & Sons, 1962, s. 14.

⁶⁸² **Morris/Leach**, s. 15-16. Hatta bu ikinci husus, biraz sarkastik bir şekilde "ölü elinin bırakmayışı" (*grasp of the dead hand*) olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. **Haskins**, s. 19; **Paul Matthews**, *The Comparative Importance of The Rule In Saunders v Vautier* (bundan böyle 'Saunders v Vautier'), *LQR*, C. 122, 2006, s. 276; **Thomas Geiser**, *Familienfideicommiss und Trusts, Liber amicorum Nedin Peter Vogt* (ed. Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, s. 95. Kuralın diğer işlevleri arasında nesiller arası eşitliğin sağlanması ve girişimci faaliyetlerin teşviki de yer almaktadır. Bkz. **Sterk**, *Perpetuities*, s. 2106.

gözlemek mümkündür.⁶⁸³ Bu nedenle de sadece özel trustların bu kurala tâbi olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık hayır işi trustlarının yerine getirdikleri bir kamu yararı zaten bulunduğundan, ebedilik yasağı kuralı bu trustlar için uygulama bulmamaktadır.⁶⁸⁴

Ebedilik yasağının birkaç görünümü mevcuttur. Bunlardan ilki kazanmanın uzaklığı yasağı (*rule against remoteness of vesting*) olarak adlandırılan ve karmaşıklığıyla ünlü kuraldır.⁶⁸⁵ Burada 'kazanma' ifadesinden kasıt, lehtarın türev mülkiyet hakkını mutlak olarak elde etmesidir. Bu kural, bir trustın tüm lehtarlarının türev mülkiyet hakkını trustın kuruluşundan itibaren belirli bir süre içinde ve mutlak ve şartsız bir şekilde kazanması anlamına gelmektedir.⁶⁸⁶ Diğer bir ifadeyle trustın kuruluşundan itibaren belirli bir süre içinde trust lehtarlarının kim olduğunun ve trust fonu üzerindeki paylarının ne kadar olduğunun kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir.⁶⁸⁷ Dolayısıyla ebedilik yasağı uyarınca trustın belirli bir süre içinde kendiliğinden ortadan kalkması değil; lehtarların bunu yapabilme yetisine sahip olmalarının arandığını söylemek mümkündür.⁶⁸⁸

Kural, sadece şartlı kazandırmaların kazanmanın uzaklığı yasağına tâbi olmasıdır.⁶⁸⁹ Zira söz konusu kural ile amaçlanan, kuruluştan itibaren belirli bir süre

⁶⁸³ Aynı yönde **Watt**, s. 183.

⁶⁸⁴ **Virgo**, s. 104; **Watt**, s. 186; **Webb/Akkouh**, s. 90. Nitekim *Perpetuities and Accumulations Act 2009* m. 2'de de bu husus açıkça belirtilmiştir: "(...)The rule does not apply to an estate or interest created so as to vest in a charity on the occurrence of an event if immediately before the occurrence an estate or interest in the property concerned is vested in another charity. / (3)The rule does not apply to a right exercisable by a charity on the occurrence of an event if immediately before the occurrence an estate or interest in the property concerned is vested in another charity. (...)"

⁶⁸⁵ **Watt**, s. 182. Benzer yönde bkz. **Cincelli**, s. 127; **Penner**, s. 83-84. Ancak birçok yazar tarafından ebedilik yasağının, kazanmanın uzaklığı yasağıyla eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde örneğin bkz. **John Chipman Gray**, *The Rule Against Perpetuities*, 3. bası, Boston Little, Brown and Company, 1915, s. 99; **Morris/Leach**, s. 1; **Penner**, s. 83. Ayrıca bkz. **Sterk**, *Perpetuities*, s. 2097. **Sterk**, ABD'nin birçok eyaletinde ebedilik yasağının kaldırılmasının arkasında yatan sebeplerden birinin bu yasağın karmaşık içeriği olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁸⁶ **Gardner**, s. 46; **Penner**, s. 83.

⁶⁸⁷ **Gardner**, s. 46; **Morris/Leach**, s. 38. Başka bir ifadeyle, trust lehtarlarının bu süre içinde, dilerse trustı sona erdirip trust fonu üzerindeki paylarının kendilerine devrini talep etme hakkını kazanmaları gerekmektedir. Bkz. **Penner**, s. 83.

⁶⁸⁸ **Morris/Leach**, s. 2; **Penner**, s. 83; **Sterk**, *Perpetuities*, s. 2100, dn. 16.

⁶⁸⁹ **Virgo**, s. 102; **Watt**, s. 182.

içinde şartlı (*contingent*) bir lehtarlık hâlinin mutlak (*vested*) bir türev mülkiyet hakkına dönüşmesidir.⁶⁹⁰ Bir örnek vermek gerekirse, kurucunun yaşadığı evi hayatı boyunca eşi (E)'nin lehine elde tutulmak üzere bırakması şartlı bir kazanma değildir. Buna karşılık, kurucunun söz gelimi banka hesabında yer alan parayı tıp fakültesini kazanırsa eğitim masraflarının karşılanması için (A) lehine veya 18 yaşına bastığında ona verilmek üzere kızı (K) lehine ya da güvenilenin uygun göreceği zaman dostu (D) lehine bırakması durumunda şartlı bir kazandırmadan söz edilir.⁶⁹¹ İlk ihtimalde lehtarın hakkı kazanılmış (*vested*) bir haktır; ikinci ihtimalde ise bu kazanım şartlıdır (*contingent*).⁶⁹² Şartlı kazanımların mutlaka ebedilik yasağı doğrultusunda kabul edilen süre sınırları içinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu trustın geçersiz olduğu sonucuna varılmaktadır.⁶⁹³

2009 yılında kabul edilen *Perpetuities and Accumulations Act* uyarınca trustın geçerli olduğunun kabul edildiği ebedilik süresi 125 yıllla sınırlanmıştır.⁶⁹⁴ İlgili hükme göre trustın kurucu belgesinde başka bir geçerlilik süresinin belirlenmesi mümkün değildir. Eğer böyle bir düzenleme yapılmışsa kısmi butlan kuralları devreye girmekte ve belirlenen süre yerine ilgili Yasa'da kabul edilen 125 yıl kuralı uygulanmaktadır.⁶⁹⁵

Bu Yasa'nın yürürlüğe girmesinden itibaren ebedilik yasağına ilişkin üç farklı rejimin aynı anda yürürlükte olduğunu söylemek mümkündür.⁶⁹⁶ Bunlardan ilki, *common law* kurallarıdır. *Common law* kuralları uyarınca trustın kurucu belgesinin ortaya çıktığı anda hayatta olan belirli bir kimsenin ömrü boyunca veya bu kişinin ölümünden sonraki 21 yıl içinde sona erecek trustlar geçerli kabul edilmektedir. İkincisi, 1964 yılından sonra kurulmuş trustlar için uygulanacak olan *Perpetuities*

⁶⁹⁰ Cincelli, s. 125.

⁶⁹¹ Benzer örnekler için bkz. Virgo, s. 102; Watt, s. 182.

⁶⁹² Watt, s. 182. Burada 'şartlı' ifadesinin teknik anlamda kullanılmadığı ortadadır. Bundan hem şarta bağlı hem de vadeye bağlı kazanımlar kastedilmektedir.

⁶⁹³ Thomas/Hudson, s. 191.

⁶⁹⁴ *Perpetuities and Accumulations Act 2009*, m. 5(1).

⁶⁹⁵ Thomas/Hudson, s. 199.

⁶⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cincelli, s. 125-128; Penner, s. 83-85; Thomas/Hudson, s. 191 vd.; Webb/Akkouh, s. 74-75.

and Accumulations Act 1964'ün ortaya koyduğu rejimdir. Buna göre kuruculara, *common law* kurallarına alternatif olarak, 80 yıla sınırlı bir geçerlilik süresi belirleme hakkı verilmiştir. Üçüncüsü ise burada incelenen ve 2010 yılından sonra kurulan trustlar için geçerli olan *Perpetuities and Accumulations Act 2009* rejimidir. Bu yeni Yasa'yla kurucuya verilen bu seçme hakkı kaldırılmış ve tüm trustlar için tek bir ebedilik süresi (125 yıl) getirilmiştir.

Bununla birlikte *common law* kuralları ve söz konusu Yasa'yla getirilen rejimler arasında bir önemli fark daha bulunmaktadır. *Common law* kuralları uyarınca eldeki trustın geçerli olup olmadığı *ab initio* bir değerlendirmeye belirlenmektedir. Buna karşılık 1964 Yasa'sıyla getirilen ve 2009 Yasa'sıyla da korunan bekle ve gör prensibi (*wait and see rule*) ile trustların ebedilik yasağını ihlal edip etmediği *ab initio* değerlendirilmemekte, ebedilik süresinin sona erdiği anda bu değerlendirme yapılmakta ve trustın geçerli olup olmadığına hükmedilmektedir.

Bir örnekle durumu açıklamaya çalışalım: 2010 yılından sonra kurulan bir trustla bir kimsenin yaşadığı taşınmazı oğlu (O)'ya, sonra onun doğacak ilk çocuğuna, sonra bu kişinin doğacak ilk çocuğuna ve son olarak da sonuncunun ilk çocuğuna bırakması durumunda, geçerliliği riskli olan bir trust yapısı bulunduğu ortadadır.⁶⁹⁷ Zira belirlenen en son lehtarın, trustın kuruluşundan itibaren 125 yıl içinde hayata gelip gelmeyeceği belli değildir. Ancak bekle ve gör prensibi doğrultusunda söz konusu trustın ebedilik yasağına takılıp takılmadığı trustın kuruluş anında değerlendirilmemektedir. Bu durumda ancak trustın kuruluşundan itibaren 125 yılın geçmiş olmasına rağmen trustın kurucu belgesinde lehtar olarak düzenlenen birinin belirlenememesi ihtimalinde ve sadece bu kişinin lehtarlığı bağlamında söz konusu trustın geçersiz olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹⁸

Ebedilik yasağının ikinci görünümü ise uzun süre bir amaca özgülenemezlik yasağıdır (*rule against inalienability*). Bu kuralla amaçlanan bir mal varlığı

⁶⁹⁷ Bu örneğe ilişkin olarak bkz. Gardner, s. 46-47.

⁶⁹⁸ Gardner, s. 47.

unsurunun uzun süre boyunca bir amaca özgülenerak atıl hâle gelmesinin ve böylece ekonomik düzenin dışına çıkmasının engellenmesidir. Aslında kazanmanın uzaklığı yasağı ve uzun süre soyut bir amaca özgülenezlik yasağının bir madalyonun iki yüzü olduğunu söylemek mümkündür. Zira bir mal varlığı unsurunun tabiri caizse bağlanması ve ticaret hayatının dışına çıkarılmasının iki yolu vardır; bunlardan ilki bir mal varlığı üzerindeki menfaatlerin hukuken korunmasının, yani bir hakka dönüşmesinin uzun yıllar sonraya ertelenmesi; ikincisi ise bu mal varlığına bağlı menfaatlerin (hayır işi dışında) bir amaca özgülenerak, toplum içinde devrinin, alışverişinin engellenmesidir.⁶⁹⁹ İşte uzun süre soyut bir amaca özgülenezlik yasağı bu ikinci hâlin önüne geçmek amacıyla öngörölmüştür. Esasen bu kuralın lehtar ilkesinin de bir yansıması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁷⁰⁰ Hatırlanacağı üzere lehtar ilkesi uyarınca, belli başlı istisnalar dışında, trustın bir amaç uğruna kurulması mümkün değildir.⁷⁰¹ Örneğın kişinin kendi mezarının bakımı amacını taşıyan bir trust kurması mümkün kabul edilse de, bu amacını söz konusu trustla sonsuza dek sağlaması mümkün değildir.⁷⁰² Bu nedenle devredilemezlik yasağının pratikteki öneminin en azından lehtar ilkesinin uygulandığı sistemler bakımından görece az olduğunu söylemek mümkündür. Hayır işi trustları bakımından bu yasağın da uygulanmadığı belirtilmelidir.⁷⁰³

2.1.2.1.2. *Civil Law* Sistemlerindeki Benzer Düzenlemeler

Trust hukuku bağlamında incelenen ebedilik yasağına benzer düzenlemelerin *civil law* sistemlerinde ve özel olarak Türk hukukunda da yer aldığını söylemek mümkündür. *Civil law* ülkelerinde feodalizmin yerini kapitalist sistemin almasını

⁶⁹⁹ Gray, s. 99. Benzer yönde Gardner, s. 48.

⁷⁰⁰ Bu yönde bkz. Hudson, Understanding, s. 55.

⁷⁰¹ Lehtar ilkesi ve söz konusu istisnalara ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 145 vd.

⁷⁰² Uygulanacak olan süre 21 yıllık bir süredir. Bu sürenin hesaplanmasına ilişkin olarak bkz. Gardner, s. 47. Kurucu, herhangi bir üst süre belirlemeksizin bir amaç trustı kurmuşsa, bu durumda ilgili trustın burada incelenen yasağı ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz olduğu kabul edilecektir.

⁷⁰³ Gardner, s. 110.

takiben getirilen yasal düzenlemelerin başında aile fideikomisi yasağı gelmektedir. Kökenini Roma hukukunda bulan aile fideikomisini, tıpkı bazı trust yapılarında olduğu gibi, belli başlı mal varlığı unsurlarının kuşaktan kuşağa aktarılması ve devredilemez oldukları için ticaret hayatına karışmaksızın bu ailenin malı olarak kalmasını sağlamak için kurulan bir yapı olarak tanımlamak mümkündür.⁷⁰⁴

Özellikle 18. yüzyılda, artan özgürleşme ve aydınlanma hareketleri neticesinde soylu sınıfın gücünü devam ettirmesini sağlayan ve toplumda adaletsizliğe yol açtığı düşünülen bu yapının yasaklanması yönündeki talepler olumlu karşılanmış ve aile fideikomisini yasaklayan yasama hareketleri birbirini izlemiştir.⁷⁰⁵ 1803 yılında son hâlini alan Fransız Medeni Kanunu'nun 896. maddesi art mirasçılığı ve aile fideikomisini her koşulda yasaklamıştır.⁷⁰⁶ 19. yüzyılın başlarında bugünkü Almanya'nın çeşitli eyaletlerinde de benzer bir yasama faaliyetiyle

⁷⁰⁴ Perrin, s. 167. Benzer tanımlar için bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku C. II Aile Hukuku, Beta Yayınevi, 2016, s. 460; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, 2018, s. 396; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku (bundan böyle 'Miras'), 2. bası, Filiz Kitapevi, 1987, s. 14. Bu kurumun tarihsel gelişimine ilişkin olarak bkz. Berk Hasan Özdem, Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze Fideicomissum Familia, TBB Dergisi, C. 135, 2018, s. 321 vd.; Max A. Pock, The Rule Against Perpetuities – A Comparison of Some Common Law and Civil Law Jurisdictions, St. John's Law Review, C. 35, S. 2, 1960, s. 63 vd. İsviçre hukukunda aile fideikomisine ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Edgar Philippin/Anne Reiser/Frédéric Vuilleumier, Le droit des contrats et des sociétés au service de la famille, Symposium zum Familienrecht (ed. Christiana Fountoulakis/Alexandra Jungo), Schulthess, 2016, s. 51-52. Ayrıca bkz. OFK OR/Fankhauser, ZGB Art. 335, Rn. 5; CHK/Breitschmid, ZGB Art. 335, Rn. 7; ATF 135 III 614, s. 618.

⁷⁰⁵ Özdem, s. 327-328; Maria Donata Panforti, A Comparative Study on the Transfer of Family Wealth: From Privelege To Equality, Family Law: Processes, Practices, Pressures (ed. John Dewar/Stephen Parker), Hart Publishing, 2003, s. 432; Perrin, s. 167-169; Pock, s. 69.

⁷⁰⁶ Daha sonra yapılan değişikliklerle 1803 yılında son hâlini alan Fransız Medeni Kanunu m. 896 şu şekilde düzenlenmiştir: "Art mirasçılık yasaktır. Bağışlananın, mirasçının ya da belirli mal alacaklısının söz konusu malvarlığını elinde tutma ya da bir üçüncü kişiye devretme yükümlülüğüyle yüklenmesi her koşulda geçersizdir." ("Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.") Bu hüküm, 2007 yılında değişikliğe uğramış ve ancak Kanun'da izin verilen hâllerde bu şekilde bir yükümlülüğün geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. (Hükümün yeni hâlinin orijinali şu şekildedir: "La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi.")

karşılaşmıştır.⁷⁰⁷ İsviçre hukukunda ise 1907 yılında kabul edilen Medeni Kanun'da benzer bir hükme yer verilmiştir.⁷⁰⁸

İsviçre hukukunu takip eden Türk hukukunda ebedilik yasağının bir görünümü olan aile fideikomisi yasağı, TMK'nın iki ayrı hükmünde karşımıza çıkmaktadır.⁷⁰⁹ Bunlardan ilki, aile vakıflarına ilişkin TMK m. 372'dir. İlgili hükme göre "*Aile bireylerinin eğitim ve öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca aile vakfı kurulabilir./Bir malın veya hakkın başkalarına geçmemek üzere aynı soydan gelenlere kuşaktan kuşağa kalacak şekilde özgülenmesi yasaktır. Böyle bir özgülenme, vakıf kurma yoluyla da yapılamaz.*" Bu kuralın bir diğer görünümü ise, art mirasçılığın düzenlendiği TMK m. 521 hükmüdür. Buna göre "*Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmirasçıya devretmekle yükümlü kılabilir./Aynı yükümlülük artmirasçıya yüklenemez. (...)*"⁷¹⁰

⁷⁰⁷ Bkz. Hoffman, s. 27. Almanya'nın birleştirilmesine ilişkin olan fakat başarıya ulaşmamış 1849 tarihli Frankfurt Anayasası'nda (*Paulkirchenverfassung*) da aile fideikomisinin yasaklanmasına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Benzer yönde 1919 yılında kabul edilen Weimar Anayasası'nda da federe devletlere aile fideikomisinin yasaklanması yönünde yetki ve görev veren bir hüküm bulunmaktadır. Almanya'da 1933 yılından sonra hâkim olan nasyonal sosyalist rejimle birlikte aile fideikomisinin yasaklanmasına daha da önem verilmiş ve 1935 yılında buna ilişkin özel bir yasa çıkarılmıştır. İkinci Dünya Savaşı'nda sonra müttefik devletlerin kurduğu geçici yönetimin de aile fideikomisi kurumunun ortadan kaldırılmasını amaçlayan benzer bir yasa çıkardığı bilinmektedir. Bu kural, 1949 yılında kabul edilen Almanya Federal Cumhuriyeti'nin Anayasası'nın 123. maddesi uyarınca hâlâ geçerli kabul edilmektedir. Son olarak 2007 yılında çıkarılan özel bir Yasa (*Gesetz zur Aufhebung von Fideikommiss-Auflösungsrecht*) ile aile fideikomisi kurumunun tamamen ilga edildiğini söylemek mümkündür. Bu gelişmelere ilişkin olarak bkz. Hoffman, s. 28-32; Pock, s. 69-70.

⁷⁰⁸ İsviçre Medeni Kanunu m. 335/2: "*Aile fideikomisi kurulması yasaktır.*" ("*La constitution de fidéicommiss de famille est prohibée.*")

⁷⁰⁹ Dominique Jakob/Peter Picht, Der Einsatz von trusts in Vor- und Nacherschafstkonstellationen (bundan böyle 'Liber amicorum'), Liber amicorum Nedim Peter Vogt (ed. Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, s. 180-181; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 14-15; Hans Rainer Künzle, Familienstiftung – Quo Vadis? (bundan böyle 'Familienstiftung'), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag (ed. Peter Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz Rey/Dieter Zobl), Stämpfli Verlag, 2007, s. 183-184.

⁷¹⁰ Bunların dışında intifa ve üst hakkının 100 yıl süreyle sınırlandırılmasına ilişkin MK m. 797/2 ve m. 836 hükümlerinin de miras bırakanın ya da kurucunun "*post mortal tasarruf yetkisinin zaman*

Bu düzenlemelerin amacının yukarıda incelenen ebedilik yasağının amacına paralel olduğunu söylemek mümkündür. Bu amaç, bir kimsenin öldükten sonra uzun bir süre boyunca taşınır ya da taşınmaz mallarını kontrol etmesinin ve servetin belirli bir sınıfın elinde toplanmasının önüne geçilmesidir.⁷¹¹ Bunun için farklı sistemlerde farklı yollar benimsenmiştir.⁷¹² Örneğin yukarıda incelenen ve Türk-İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan hükümlerde art mirasçılığa bir yere kadar izin verilmiş, ancak ikinci dereceden sonra bunun mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Alman hukukunda art mirasçılık bakımından ayrıca bir süre sınırı da (30 yıl) öngörülmüştür.⁷¹³ Buna karşılık Fransız hukuku kural olarak bu yönde hemen her türlü düzenlemeyi geçersiz kabul etmiştir.⁷¹⁴ Bu çalışmada çeşitli hukuk sistemlerinde ebedilik yasağının görünüşleri ayrıntılı bir şekilde incelenmeyecektir. Burada altı çizilmek istenen, trustlar bağlamında tartışılan ebedilik yasağının arkasında yatan sebeplerin *civil law* hukukçuları için de yabancı olmadığıdır. Bununla birlikte, son yıllarda ebedilik yasağının meşruiyetinin sorgulandığı hatta özellikle ABD'nin bazı eyaletleri başta olmak üzere birtakım sistemlerde trustlar bakımından bu yasağın kaldırıldığı görülmektedir. Aşağıda bu yeni düzenlemeler ve arkasında yatan sebepler kısaca incelenecektir.

açısından sınırlandırılmasına" ilişkin diğer örnekler olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Serozan, Miras Hukukunun Gelişimi, s. 548-549. Kanun'da art mirasçıya geçiş anına ilişkin zamansal bir sınırlama getirilmediği ancak intifa hakkına ilişkin 100 yıllık üst sürenin kıyasen bu durumda da uygulanması gerektiği yönünde bkz. Paul Piotet, *Traité De Droit Privé Suisse IV: Droit Successoral*, Editions Universitaires Fribourg, 1975, s. 96.

⁷¹¹ Bunun dışında aile fideikomisine ilişkin yasağın aynı zamanda mirasta sıranın değiştirilerek kadın erkek eşitliğine aykırı düzenlemelerin yapılmasının ve gelecek nesillerin sorumluluk sahibi kararlar almak yönünde daha az inisiyatifte sahip olmasının da önüne geçtiği ifade edilmektedir. Bkz. Geiser, s. 94-95.

⁷¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Künzle, *Familienstiftung*, s. 174-177.

⁷¹³ BGB § 2109: "*Die Einsetzung eines Nacherben wird mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. (...)*" Bkz. Künzle, *Familienstiftung*, s. 176; Pock, s. 74-75.

⁷¹⁴ Bkz. Braun, *Testamentary Freedom*, s. 64; Künzle, *Familienstiftung*, s. 174; Piotet, s. 96, dn. 12. Piotet, en azından iki derece için art mirasçılığın mümkün olduğu İsviçre hukuk sistemini, bunun çok istisnai durumlar dışında yasak kabul edildiği Fransız ve İtalyan hukuku sistemlerine göre çok daha liberal olarak nitelendirmiş ve İsviçre'deki bu tutumun arkasında yatan sebebin art mirasçılık kurumunun korunmasına ilişkin olarak İsviçre'nin Fransızca konuşulan (*Romandie*) bölgesinden gelen baskı olduğunu ifade etmiştir. Fransız hukukundaki bu kuralın istisnalarına ilişkin olarak bkz. Perrin, s. 192; Pock, s. 75-76.

2.1.2.1.3. Kuralın Etkinliği Sorunu ve Güncel Gelişmeler

Ebedilik yasağına ilişkin eleştirilerin ve reform önerilerinin henüz 1950'li yıllarda dile getirilmeye başlandığı görölmektedir.⁷¹⁵ Bununla birlikte ABD'nin yirmiden fazla eyaletinde gerçekleşen ve bu kuralın kaldırılmasına ya da en azından seçimlik hâle getirilmesine ilişkin (de)regölasyon faaliyetlerinin özellikle 1980'li yılların ortalarından itibaren baş gösterdiğini söylemek mümkündür.⁷¹⁶ ABD'nin birçok eyaletinde bu kuralın yerindeliliğinin tartışılmasına ve kaldırılarak sınırsız süreli trustlara (*dynasty trusts*) izin verilmesine yol açan gelişmelerin arkasında yatan esas sebebin 1986 tarihli Federal Vergi Yasası'yla getirilen bir düzenleme olduğu kabul

⁷¹⁵ Örneğin *Leach*, bu kuralın bir *korku hâkimiyeti* yarattığını ifade etmiş ve bu kurala ilişkin eleştirilerini bu başlıkla kaleme almıştır. Bkz. **W. Barton Leach**, *Perpetuities in Perspective: Ending the Rule's Reign of Terror*, *Harvard Law Review*, C. 65, 1952, ss. 721-749.

⁷¹⁶ **Hauser**, s. 444-445; **Ray D. Madoff**, *Immortality and The Law: The Rising Power of the American Dead*, Yale University Press, 2010, s. 76. 1980'li yılların ortalarından itibaren başlayan bu deregölasyon hareketleri sonucunda bazı eyaletlerde ebedilik yasağı tamamen kaldırılmış, bazılarında ise çok uzun ebedilik süreleri öngörülerek *neredeyse* kaldırılmıştır. Örneğin Delaware eyaletinde ebedilik kuralı tamamen kaldırılmış, buna karşılık Alabama ve Florida eyaletlerinde bu süre 360 yıl, Utah ve Wyoming eyaletlerinde ise 1000 yıl olarak belirlenmiştir. Diğer örnekler için bkz. **Hauser**, s. 444-445.

edilmektedir.⁷¹⁷ Bu Yasa'dan önce de üç eyalette⁷¹⁸ ebedilik kuralının kaldırılmış olduğu bilirse de, Yasa'nın kabul edilmesinden sonra eyaletler arasında bu yönde bir rekabetin başladığını ve bu deregülasyon faaliyetinin ivme kazanarak devam ettiğini söylemek mümkündür.⁷¹⁹

Kuşkusuz, ebedilik yasağının arkaik ve ekonomik olarak etkinlikten uzak bir kural olduğu görüşünün tartışıldığı tek yer ABD olmamıştır. Benzer bir eğilime *offshore* sistemlerinde de rastlanmaktadır. Bu sistemlerin de tıpkı ABD'nin ilgili eyaletleri gibi ya ebedilik yasağını tamamen kaldırdığı ya da çok uzun ebedilik süreleri öngördüğünü söylemek mümkündür.⁷²⁰ Bu gelişmeler ışığında İngiltere'de de ebedilik yasağına ilişkin tartışmalar başlamıştır. 1965 yılında İngiltere ve Galler

⁷¹⁷ Madoff, s. 80-81; Restatement Third, Property, Introduction to §27, s. 554; Sitkoff/Schanzenbach, Jurisdictional Competition, s. 359; Sterk, Perpetuities, s. 2100; Lawrence W. Waggoner, From Here to Eternity: The Folly of Perpetual Trusts, University of Michigan Law & Economics Working Papers, Paper No. 76, 2014, s. 1-2. ("The GST exemption, not the GST tax itself, sparked the perpetual-trust movement.") İlgili Yasa uyarınca sağlar arası bağışlamaların 1 milyon ABD Doları, ölüme bağlı tasarrufların ise 1.5 milyon ABD Dolarına kadar vergiden muaf olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle kuşaktan kuşağa servet aktarımı yapmak isteyenlerin trustlarını olabildiğince uzun bir süreliğine kurma konusunda bir motivasyonu oluşmuştur. Bu endişenin ve ebedilik yasağının kaldırılması konusundaki talebin arkasında iki önemli sebebin olduğu ifade edilmektedir. İlki, trust fonunun süre içinde değerlendirilmesi ve söz konusu muafiyet sınırını aşması durumunda dahi vergilendirme yapılmamasıdır. Böylece aslında görünen muafiyet sınırından çok daha fazla miktarların vergi yükümlülüklerinden muaf bir şekilde diğer nesillere aktarılması ihtimali doğmaktadır (Bu hususa ilişkin olarak bkz. Madoff, s. 83). Bu ihtimalin olabildiğince uzun süre korunması ise önemlidir; zira aksi takdirde söz konusu fonun çok yüksek bir intikal vergisi oranına (%50'ye yakın) tâbi olması gerekecektir. Bu iki nedenden dolayı vatandaşların söz konusu kuralın ilga edilmesi konusunda bir talebi oluşmuş ve bu talep bazı eyaletlerde olumlu karşılanmıştır. Bkz. Madoff, s. 78-79; Sitkoff/Schanzenbach, Jurisdictional Competition, s. 359, 372. İlgili Yasa'nın getirdiği güncel sınır (2018 yılı için) 5 milyon ABD Doları'dır. Bkz. U.S. Internal Revenue Code, § 2631 ve § 2010. Krş. Mary Louise Fellows, Why The Generation-Skipping Tax Sparked Perpetual Trusts, Cardozo Law Review, C. 27, 2006, s. 2511. Fellows, söz konusu Yasa'nın ebedilik yasağının kaldırılmasına yönelik ancak bir 'kıvılcım' niteliğinde olduğunu ve bu deregülasyon hareketinin arkasında başka kültürel ve ekonomik dinamiklerinde de bulunduğunu savunmaktadır.

⁷¹⁸ Idaho (1957), Wisconsin (1969) ve South Dakota (1983).

⁷¹⁹ Sitkoff/Schanzenbach, Jurisdictional Competition, s. 373 vd. Ayrıca bkz. Bridget J. Crawford, Who Is Afraid of Perpetual Trusts, Michigan Law Review First Impressions, C. 111, 2012, s. 79; Sterk, Perpetuities, s. 2103-2104. Ebedilik yasağını kaldıran eyaletlerde kurulan trustların sayısı ve büyüklüğü bakımından ciddi bir artışın gözlemlendiği yönünde ampirik bir çalışma için bkz. Sitkoff/Schanzenbach, Jurisdictional Competition, s. 410-412. ("Our estimates imply that, through 2003, the movement to abolish the rule against perpetuities has affected the situs of \$ 100 billion in reported trust assets – roughly %10 of the 2003 total. Not surprisingly the trend toward abolition has accelerated in recent years.")

⁷²⁰ Örnekler için bkz. Antoine, Offshore, s. 27.

hukukunun gelişimi ve güncellenmesi amacıyla kurulan Hukuk Komisyonu, 1998 yılında hazırladığı bir raporla ebedilik yasağının özellikle günümüzdeki ticari ilişkilerde ortaya çıkan sorunlar karşısında yerindeliğini incelemiş ve bu kuralın olduğu gibi korunması, revize edilmesi veya kaldırılması konusundaki görüşleri değerlendirmiştir.⁷²¹ Hukuk Komisyonu kuralın tamamen kaldırılması görüşünü reddetmiş ancak kurala ilişkin olarak 2009 tarihli Yasa'nın da temelini oluşturan bir reform önerisinde bulunmuştur.⁷²²

Ebedilik yasağının arkasında yatan nedenlerden birinin çeşitli mal varlığı unsurlarının alışveriş hayatından çıkarılarak atıl hâle getirilmesinin önlenmesi olduğu yukarıda ifade edilmiştir.⁷²³ Bu iddianın günümüzde ne kadar güçlü bir iddia olduğu tartışılabilir. Zira günümüzde kurulan trust yapılarının büyük çoğunluğunda güvenilenin, trust fonunu satma, değerlendirme ve bu doğrultuda farklı yatırımlar yapma konusunda bir yetkisi hatta yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.⁷²⁴ Nitekim bu gerçeğin bir uzantısı olarak, trust fonu kavramının geniş yorumlandığı, sadece trust fonunun ilk hâlinin değil; bunun yerine geçen değerlerin de trust fonu kavramı altında değerlendirildiği bilinmektedir.⁷²⁵ Bu veriler karşısında

⁷²¹ The Law Commission Report, Item 7 on the 6th Programme of Law Reform: The Law of Trusts, Report on The Rules Against Perpetuities and Excessive Accumulations (bundan böyle 'Perpetuities Rapor'), 1998. http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc251_The_Rules_Against_Perpetuities_and_Accumulations.pdf (son erişim tarihi 10.12.2019)

⁷²² Komisyon, öncelikle *common law* kuralları uyarınca belirlenen ebedilik süresinin uygulamada karmaşaya yol açtığı gerekçesiyle sabit bir ebedilik süresi belirlenmesi gerektiğini savunmuş ve bu süreyi 125 yıl olarak belirlemiştir. Bunun dışında ebedilik yasağının emeklilik fonları, ön alım ya da alım hakları ve hayır işi trustları bakımından uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bunun dışında Komisyon, 1964'lü yasayla kabul edilen "bekle ve gör" prensibinin korunması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Perpetuities Rapor, N. 4. 37 vd.; N. 7.5. Komisyon, bu konuyla ilgili bir ekonomi profesörünün (Prof. John *Vickers*) de görüşünü almış ve *Vickers*'in kuralın kaldırılması yönündeki görüşüne rağmen aksi bir pozisyon benimsemiştir. Bkz. Perpetuities Rapor, N. 2.31.

⁷²³ İsviçre hukukundaki tek dereceli art mirasçılık kuralının da benzer ekonomik gerekçelere sahip olduğu yönünde bkz. *Jakob/Picht*, *Liber amicorum*, s. 182.

⁷²⁴ *Sitkoff/Schanzenbach*, *Jurisdictional Competition*, s. 365-366. Bkz. aşağıda s. 309 vd.

⁷²⁵ Bkz. yukarıda s. 160.

pazarlanabilirlik veya topluma yararsızlık argümanlarının ne kadar gerçekçi olduğu kanımca sorgulanmaya açıktır.⁷²⁶

Buna karşılık bir kimsenin iradesinin, bu kişinin ölümünden sonra çok uzun bir süre boyunca hukuken geçerli sayılması fikrinin birtakım sorunları beraberinde getirmeye elverişli olduğu da itiraf edilmelidir. İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu'nun raporunu neticelendirirken ağırlık verdiği bu görüş, *istenmeyen nüfuz mantığı (dead hand rationale)* olarak da bilinmektedir.⁷²⁷ Bu mantığa göre insanların öngörü yetisi doğası gereği sınırlıdır; bu nedenle bir kimsenin sahibi olduğu mal varlığını ölümünden sonra da yönetmesi ancak belirli bir süre için mümkün olmalıdır. Zira bu kişinin gelecekte şartların değişeceğini öngörmesi her zaman mümkün değildir ve değişen şartlara ayak uydurabilme kabiliyeti, ancak o sırada hayatta olan kişilere, yani takip eden nesillere aittir.⁷²⁸ Bu nedenle ebedilik kuralı aslında bu nesiller arası eşitliğin ve uzlaşının bir görünümü olarak algılanmalıdır.⁷²⁹ Ayrıca nesilden nesile aktarılan bu korunaklı mal varlığının toplumda sınıfsal sorunlara yol açması da olasıdır. Örneğin ABD'deki ebedi trust yapısının, Amerikan toplumunda yeni bir aristokrat sınıf yaratma riskinin

⁷²⁶ Bu yönde bkz. **Sitkoff/Schanzenbach**, *Jurisdictional Competition*, s. 365-366; **Sterk**, *Perpetuities*, s. 2109.

⁷²⁷ *Perpetuities Rapor*, N. 1.9. Ayrıca bkz. **Moffat**, s. 347; **Morris/Leach**, s. 17-18. Bu mantığın günümüzde geçerli olmadığı yönünde bkz. **Sterk**, *Perpetuities*, s. 2109-2110. **Sterk**, *istenmeyen nüfuz mantığının özellikle taşınmaz mülkiyetinin merkezde bulunduğu bir mülkiyet anlayışında geçerli olduğunu savunmaktadır*. Buna karşılık yazar, uzun süreli veya süresiz trustların beraberinde getirebileceği başka sorunların olabileceğini ifade etmekte ve bu nedenle ABD'de söz konusu olan bu hukuki yarışı bir 'dibe doğru yarış' olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Sterk**, s. 2113-2116. Aynı görüşte bkz. **Joel C. Dobris**, *Undoing Repeal of The Rule Against Perpetuities: Federal and State Tools For Breaking Dynasty Trusts*, *Cardozo Law Review*, C. 27, 2006, s. 2545. *İstenmeyen nüfuz mantığı üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gregory S. Alexander*, *The Dead Hand and The Law of Trusts In the Nineteenth Century* (bundan böyle 'Dead Hand'), *Stanford Law Review*, C. 37, 1985, ss. 1189-1266; **Chester**, s. 9 vd.

⁷²⁸ Benzer yönde bkz. **Posner**, s. 711.

⁷²⁹ Bu görüşe ilişkin olarak bkz. **Sitkoff/Schanzenbach**, *Jurisdictional Competition*, s. 365. Trustın kurucu belgesinin zaman içinde güncelliğini kaybetmesinin kaçınılmaz olduğu yönünde ayrıca bkz. **Waggoner**, s. 12-13. Hukuk Komisyonu da, ebedilik kuralının bir kimsenin sahip olduğu mal varlığını ölmeden önce olduğu gibi öldükten sonra da dilediği gibi yönetme özgürlüğü ile gelecek kuşakların kendilerine kalan mal varlığını diledikleri gibi kullanma özgürlüğünün arasında bir uzlaşma veya bir orta yol olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *Perpetuities Rapor*, N. 1.9, 1.17.

bulunduğu ifade edilmektedir.⁷³⁰ Dolayısıyla bundan üç yüzyıl önce aile fideikomisi yasağı kabul edilirken dile getirilen toplumsal sorunların, bu hukuk politikası tartışması bağlamında hâlâ geçerli kabul edildiği ifade edilmelidir.

Ebedilik kuralının kalkmasına ilişkin tartışmada öğretilerdeki hâkim görüşün bu kuralın korunması gerektiği yönünde olduğunu gözlemlemek mümkündür.⁷³¹ Örneğin *Waggoner*'e göre sınırsız süreli trustların gelecekte birçok soruna yol açması ve amacından sapması muhtemeldir.⁷³² Bunun ilk sebebi, bu tür düzenlemelerin arka planında olduğu düşünülen kişiler arasındaki genetik bağlılığın nesilden nesile ve gittikçe artan bir ivmeyle seyrelmesidir.⁷³³ Bir diğer sorun, sınırsız süreli trustlarda lehtar sayısının öngörülemez bir şekilde artma riskinin bulunması ve bunun da trustın yönetimini neredeyse imkânsız hâle getirmesidir.⁷³⁴ İstenmeyen nüfuz mantığının da temelini oluşturan bir diğer sorun ise trustın anayasası olarak kabul edilen kurucu belgenin düzenlendiği zaman ne kadar modern ve etkin oldukları düşünülse de zaman içinde eskimeye ve işlevsiz kalmaya mahkum olmasıdır.⁷³⁵

Özetle, birçok trust sisteminde piyasa güçlerinin de etkisiyle ebedilik kuralının kaldırılması ya da yumuşatılması yönünde önemli adımlar atıldığı görülmektedir. Özellikle ABD'nin birçok eyaletinde ve *offshore* sistemlerde söz konusu olan bu

⁷³⁰ Madoff, s. 76.

⁷³¹ Bkz. Crawford, s. 79. ("Throw a stone into a room full of law professors, and it is virtually impossible to hit someone who will defend perpetual trusts.") Aynı yönde bkz. Dobris, s. 2538, dn. 3. Ayrıca bkz. Waggoner, s. 1 vd. Waggoner, sınırsız süre için kurulan yani ebedi trustları bir çılgınlık ya da aptallık ("folly") olarak nitelendirmektedir. Amerikan Hukuk Enstitüsü de ebedilik yasağının kaldırılmasına ilişkin yasama faaliyetlerinin düşüncesiz ve sakıncalı ("ill advised") olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Restatement Third, Property, Introduction to §27, s. 564.

⁷³² Waggoner, s. 4.

⁷³³ Örneğin bir kimsenin ölümünden sonra yaklaşık 300 yıl geçmesiyle birlikte ortalama 14. nesil söz konusu olmakta ve ilk kişi ve bu nesil arasındaki genetik bağlılığın oranı % 0.0061'e kadar düşmektedir. Bkz. Waggoner, s. 5. Benzer yönde bkz. Chester, s. 4-5. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Crawford, s. 81-82.

⁷³⁴ Waggoner, s. 5-6. İlerleyen nesillerde azalan genetik bağlılık ve artan lehtar sayısına ilişkin bir grafik için bkz. Waggoner, s. 8-9. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Crawford, s. 83.

⁷³⁵ Waggoner, s. 12-13. Bununla birlikte, özellikle bu son sorunun çözümsüz olmadığı belirtilmelidir. Zira trust kurucusunun, trustın kurucu belgesinde lehtarlarına trustı sona erdirmeye yetkisi vermesi mümkündür. Buna ilişkin olarak bkz. Crawford, s. 86-87.

gelişmelerin, İngiliz hukukunu da etkilediği ve ebedilik kuralının revizyonuna (en önemlisi ebedilik süresinin 125 yıla çıkarılmasına) zemin hazırladığı düşünülmektedir.⁷³⁶ Bununla birlikte, tıpkı lehtar ilkesinin kaldırılmasında olduğu gibi, ebedilik yasağının kaldırıldığı sistemlerde kurulan trustların başka hukuk sistemlerinde tanınması hususunun bir risk içerip içermediği sorusunun akla gelmesi mümkündür. Sınırsız süreli trustlara ilişkin uygulamanın henüz görece çok yeni olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu sorunun yanıtının belirsiz olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda aile fideikomisi yasağına ve art mirasçılığa ilişkin hükümlerin emredici karakterde olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Bununla birlikte bu emredici nitelikteki kuralların mahkemelerinin önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlıklardaki etkisinin nasıl olacağı ya da olması gerektiği tartışılabilir. Henüz Türk mahkemelerinin önüne gelmiş bu yönde bir uyuşmazlığa rastlanmasa da, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadı açık ve yol göstericidir. Federal Mahkeme'nin 2009 yılında vermiş olduğu bir kararda, Medeni Kanun'un aile fideikomisi yasağına ilişkin hükmünün milletlerarası özel hukuk bağlamında doğrudan uygulanan kurallardan olmadığına karar verdiği görülmektedir.⁷³⁷ Federal Mahkeme, bu kuralın getirildiği zamanki şartları

⁷³⁶ Antoine, Offshore, s. 27.

⁷³⁷ ATF 135 III 614. Ayrıca bkz. Cincelli, s. 423-426; Geiser, s. 98-100; Sabine Herzog, Trusts und schweizerisches Erbrecht, Schulthess, s. 150. Kararda, Lihtenştayn hukukuna göre kurulmuş ve İsviçre/Türk Medeni Kanunu'nda aile vakfına ilişkin sınırlı amaçlar dışında bir amaca sahip olan bir vakfın (*fondation d'entretien*) aile fideikomisi yasağına ilişkin kuralın doğrudan uygulanmasıyla birlikte geçersiz olduğuna hükmedilmesi gerektiğinin iddia edildiği görülmektedir. Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen doğrudan uygulanan kurallar kavramı, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (LDIP) 18. maddesinde düzenlenmektedir (LDIP Art. 18: "*Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi.*"). Doğrudan uygulanan kurallar, bir ülkenin sosyoekonomik düzenine hizmet eden ve bu nedenle sahip oldukları önem gereği her uyuşmazlıkta uygulanması gerektiği kabul edilen, yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak devreye giren müdahaleci normlar olarak tanımlanmaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların temelinde kamu düzeninin olumlu etkisi kavramının yattığı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku (bundan böyle 'Devletler Hususi'), 19. bası, Beta Yayınevi, 2011, s. 180-184. Doğrudan uygulanan kural kavramına ve söz konusu karara ilişkin bir inceleme için bkz. Othenin Girard, s. 1261-1268; Luc

değerlendirmiş ve kuralın arka planında yatan hukuk politikası tercihlerinin günümüzde önemini yitirdiğine kanaat getirmiştir.⁷³⁸ Bu içtihat ışığında, en azından İsviçre hukuku bağlamında aile fideikomisine ilişkin hükmün ebedilik yasağının kaldırılmış olduğu sistemlerde kurulmuş yabancı unsurlu trustların tanınması bakımından bir engel teşkil etmeyeceğini söylemek mümkündür.⁷³⁹

2.1.2.2. Lehtar İlkesine Aykırılık

Geçerli bir trusttan söz edilebilmesi için aranan bir diğer önemli şart trustın lehtar ilkesine uygun bir şekilde kurulmuş olmasıdır. Lehtar ilkesi, trustın belirli bir kişi ya da kişiler lehine kurulmasını gerektiren, başka bir deyişle bir amaca özgülmesini yasaklayan bir ilke olarak tanımlanabilir. Lehtar ilkesine ve bunun istisnalarına ilişkin açıklamalar çalışmanın önceki bölümlerinde yapıldığından burada bu hususa değinilmekle yetinilecektir.⁷⁴⁰ Bir trustın geçerliliğini

Thévenoz, The Future of Trusts: A Swiss Perspective (bundan böyle 'Swiss Perspective'), Trust & Trustees, C. 19, S. 3-4, 2013, s. 299. Tek dereceli art mirasçılığa ilişkin hüküm (İMK m. 488/2) bakımından da benzer bir değerlendirmenin isabetli olacağı yönünde bkz. **Geiser**, s. 186-187.

⁷³⁸ ATF 135 III 614, s. 621-622. ("*En outre, les considérations sur la base desquelles a été introduit l'art. 335 al. 2 CC, qui sont d'une part morales, voire puritaines (il s'agissait de combattre l'oisiveté) et, d'autre part économiques (il s'agissait d'empêcher la prolifération de biens de mainmorte), sont aujourd'hui dépassées. (...) En effet, à l'époque actuelle, c'est bien plutôt la lutte contre le chômage que celle contre le désœuvrement qui représente une tâche étatique prioritaire en Suisse; autrement dit, le combat contre l'oisiveté n'a plus rien à voir avec la sauvegarde d'intérêts supérieurs.*") Federal Mahkeme'nin kararını destekler yönde bkz. **Margareta Baddeley**, L'utilisation des fondations à des fins successorales (bundan böyle 'Fondations'), Journée de droit successoral 2017 (ed. Paul-Henri Steinauer/Michel Mooser/Antoine Eigenmann), Stämpfli Verlag, 2017, s. 95; **Othenin Girard**, s. 1266. Benzer yönde bir köşe yazısı için bkz. **Michael Fischer/Natalie Peter**, Der Trust passt nicht, Neue Zürcher Zeitung, S. 117, T. 24.05.2018, s. 9; **Branka Stojanovic**, L'imposition des fondations de famille de droit Suisse, RDAF, 2013, s. 302. Aslında Federal Mahkeme 2009 yılında verdiği bu karardan önce de aile fideikomisine ilişkin hükmün doğrudan uygulanan kural olmaması gerektiği yönündeki tutumunu Lahey Konvansiyonu'nun kabulüne ilişkin görüşünde açıkça dile getirmiştir. Bkz. Message du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (FF 2006 561), s. 574-575. İlgili görüş için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/561.pdf> (son erişim tarihi 14.12.2018)

⁷³⁹ Aynı yönde bkz. **Dominique Jacob/Peter Picht**, Trusts in Switzerland: Core Implications for the Swiss Estate Planning Environment, Trusts in Prime Jurisdictions (ed. Alon Kaplan), 4. bası, STEP, 2016, s. 400. Her ne kadar söz konusu karar özel amaçlı vakıflara ilişkin olsa da, ebedilik yasağının söz konusu olmadığı hukuk sistemlerinde kurulan (dolayısıyla aile fideikomisi yasağını ihlal eden) trustlar için de aynı sonuca varılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Othenin Girard**, s. 1267-1268.

⁷⁴⁰ Lehtar ilkesine ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 145 vd.

etkileyebilecek diğer hususların ise şekle aykırılık ve kanuna karşı olarak sıralanması mümkündür.

2.1.2.3 Şekle Aykırılık Sorunu ve ‘Gizli Trustlar’

Sağlar arası bir işlemle kurulan bir trustın geçerliliği kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.⁷⁴¹ Uygulamada kurucunun genellikle bir kurucu belge ile bu işlemi gerçekleştirdiği görülse de trustın sözlü bir irade beyanıyla da kurulmasının mümkün olduğu hatırlanacaktır.⁷⁴² Sağlar arası işlemler bakımından bu kuralın ilk istisnası, bir taşınmazın trusta özgülenmesi hâlidir. Bu durumda taşınmazların devrine ilişkin şekil şartının yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁷⁴³ Şekil serbestisinin bir diğer istisnası ise bir ölüme bağlı tasarrufla kurulan trustlar açısından karşımıza çıkmaktadır. Bu şekilde kurulan trustların, ölüme bağlı tasarrufların geçerlilik şartlarını sağlaması gerektiği kabul edilmektedir.⁷⁴⁴

Ölüme bağlı tasarruflar bakımından ilgi çekici bir husus, gizli trust (*secret trust*) olarak isimlendirilen yapı bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Gizli trust, bir kimsenin terekesindeki bir malın (parçalanmamış/tam) mülkiyetini ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir kimseye bıraktığı ancak ölmeden önce bu kişiyle, söz konusu mal varlığı unsurunun başka birinin lehine trust yoluyla elde tutulacağı konusunda anlaşığı (*tam gizli trust*) veya ölüme bağlı tasarruf ile bir trust kurduğu ancak trustın yönetimine ilişkin hususlar konusunda güvenilenle ayrıca anlaşığı (*yarı gizli trust*) bir yapı olarak tanımlanabilir.⁷⁴⁵ Bir kimsenin mal varlığının bir kısmını

⁷⁴¹ Pettit, s. 85; Virgo, s. 105.

⁷⁴² Moffat, s. 138; Virgo, s. 105.

⁷⁴³ Moffat, s. 138; Penner, s. 153; Virgo, s. 105. İngiliz hukukundaki taşınmazların devrine ilişkin bu düzenlemelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Moffat, 141 vd.; Penner, s. 155 vd.; Pettit, s. 85 vd.

⁷⁴⁴ Moffat, s. 163 vd.; Penner, s. 171; Virgo, s. 106.

⁷⁴⁵ Moffat, s. 164. Benzer yönde bkz. Albert H. Oosterhoff, Secret and Half Secret Trusts, Estates, Trusts & Pensions Journal, C. 23, 2007, ss. 173-196, s. 173; Penner, s. 172; Virgo, s. 110. Gizli trustın söz konusu olması için aslında bir vasiyetnameye gerek bulunmadığı ifade edilmelidir; zira kişinin yasal mirasçılarını güvenilen olarak atadığı ve bunu gizli tuttuğu hâlde de aslında bir gizli trust yapısından söz edilecektir. Bkz. Michael Haley/Lara McMurtry, Equity & Trusts, 3. bası, Sweet and Maxwell, 2011, s. 147; Penner, s. 172-173. Ancak bu başlık altında incelenen gizli trust yapısı bakımından şekle aykırılık bağlamındaki öneminden dolayı ilk hâl esas alınacaktır.

gizli bir şekilde güvenilene bırakmasının arkasındaki temel sebebin kurucunun gizlilik konusundaki endişeleri olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴⁶ Kurucuların vasiyetnamesinde açıkça mirasçı ya da vasiyet alacaklısı olarak belirlemekten çekindiği kimseler için bu şekilde bir çözüm yolu tercih ettiklerini söylemek mümkündür.

Bu yapıda ilgili mal varlığı unsurunun tam mülkiyetinin bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla devrine ilişkin şekil şartı sağlanmış olmakla birlikte, bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla trust kurulmasına ilişkin şekil şartı sağlanmamaktadır. Dolayısıyla ilk bakışta bu trustın şekle aykırılıktan ötürü geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte İngiliz hukukundaki durumun tam olarak böyle olmadığı görülmektedir. İlk başlarda gizli trustların ancak sözde güvenilenin hileli davranışı sonucunda kurulmuş olduğunun kanıtlanması şartıyla hüküm ifade ettiği kabul edilmiş ancak daha sonra bu kıtas yumuşatılmış ve gizli trustların geçerliliği daha basit şartlara bağlanmıştır.⁷⁴⁷

Gizli trustların ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şekil şartını sağlamamasına rağmen geçerli kabul edilmesi yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, bu tür trustların geçersiz kabul edilmesinin güvenilen bakımından bir hakkın kötüye kullanılması hâli oluşturacağı yönündedir.⁷⁴⁸ Zira bu durumda güvenilen kurucuyla arasındaki gizli trust anlaşmasının şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olduğunu ileri sürmekte ve bu durum lehtarlar aleyhine bir hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir. Daha modern bir diğer görüş ise trustın geçerliliği ve ilgili mal varlığı unsurunun güvenilene devrini öngören ölüme bağlı tasarrufun geçerliliğini birbirinden ayırt edilmesi gereken iki ayrı sorun olarak

⁷⁴⁶ *Haley/McMurtry*, s. 147; *Moffat*, s. 165; *Penner*, s. 173; *Virgo*, s. 117.

⁷⁴⁷ *Penner*, s. 173-175.

⁷⁴⁸ Bkz. *McCormick v Grogan* (1869) LR 4 HL 82. Ayrıca bkz. *Hudson*, *Understanding*, s. 67; *Moffat*, s. 164; *Penner*, s. 173 vd.; *Virgo*, s. 111. Belirtmek gerekir ki burada söz konusu trustın geçersizliğini (ve böylece tam mülkiyetin kendinde olduğunu) ileri süren güvenilenin hileli davranışta (*fraud*) bulunduğu kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu yönüyle *fraud*, Türk hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağına denk geldiğinden bu ifade tercih edilmiştir.

değerlendirmektedir.⁷⁴⁹ Ayrılık teorisi (*dehors theory*) olarak adlandırılan bu görüşe göre, kurucunun ölmeden önce güvenilenle yaptığı anlaşma bir sağlar arası trustın kuruluşu işleminin ilk aşaması olarak değerlendirilmeli ve herhangi bir şekil şartına tâbi olmadan geçerli kabul edilmelidir.⁷⁵⁰ Trustın tam anlamıyla kurulması için gereken mülkiyetin devri işlemi ise söz konusu ölüme bağlı tasarrufla birlikte, kurucunun ölümünden sonra gerçekleşmektedir. Dolayısıyla burada birbirinden kural olarak bağımsız ve geçerli iki farklı hukuki işlemden bahsedilmesi ve gizli trustların geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.⁷⁵¹

Hangi görüş benimsenirse benimsensin ortada gizli bir trustın bulunduğu ispatlanabilmesi için üç kıstasın ortaya konulabilmesi gerekmektedir. Bunlar, kurucunun trust kurma iradesi (başka bir deyişle güvenilene bu yönde bir sorumluluk yüklemek ve lehtara bu doğrultuda bir hak sağlamak konusundaki iradesi), kurucunun gizli güvenilenin ilgili mal varlığı unsurunu bu sıfatla elinde bulunduracağına ilişkin iradesini güvenilene bildirmiş olması ve bu iradenin ve trustın yönetimine ilişkin hususların kurucunun ölümünden önce gizli güvenilen tarafından kabul edilmiş olmasıdır.⁷⁵² Başka bir deyişle bir gizli trustın hüküm ifade edebilmesi için kurucu ve güvenilen arasındaki sağlar arası anlaşmanın ispatlanabilmesi şarttır. Bu nedenle öğretilerde ve uygulamada, bu şekilde bir trust kurmak isteyen kimselerin bu gizli anlaşmadan en azından lehtarları haberdar etmesinin iyi bir fikir olduğu ifade edilmektedir.⁷⁵³

⁷⁴⁹ Bkz. *Re Snowden* [1970] 1 Ch 700. Ayrıca bkz. *Haley/McMurtry*, s. 163-164; *Moffat*, s. 164; *Pettit*, s. 127-128; *Virgo*, s. 111.

⁷⁵⁰ *Virgo*, s. 111.

⁷⁵¹ Bu yönde bkz. *Virgo*, s. 111-112. Bu görüşün eleştirisi için bkz. *Penner*, s. 177-179. *Penner*'i destekler yönde bkz. *Haley/McMurtry*, s. 164.

⁷⁵² Bkz. *Ottoway v Norman* [1971] 3 All ER 1325, 1332; *Cincelli*, s. 92; *Hudson*, *Understanding*, s. 68; *Moffat*, s. 166; *Oosterhoff*, s. 178; *Penner*, s. 179; *Underhill/Hayton*, s. 362.

⁷⁵³ *David Hayton*, *The Law of Trusts*, 3. bası, Sweet & Maxwell, 1998, s. 53; *Moffat*, s. 167.

2.1.2.4. Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile

2.1.1.4.1. Genel Açıklamalar

Geçerli bir trust yapısından bahsedilebilmesinin bir diğer şartı, kurucunun trust kurma iradesinin gerçek iradesini yansıtmasıdır. Kurucunun trust kurma yönündeki iradesinin gerçek iradesini yansıtmadığı, başka bir deyişle muvazaalı (*sham*) trustların hüküm doğurmadığı kabul edilmektedir.⁷⁵⁴ Dolayısıyla bu başlık altında incelenecek olan şartın, diğerlerinin aksine olumsuz bir nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. İngiliz hukukunda *sham doktrini* olarak adlandırılan bu ilkeden ne anlaşılması gerektiği hemen her yazar tarafından alıntılanan *Lord Diplock*'un *Snook v London and West Riding Investments Ltd* kararındaki meşhur pasajında şu şekilde açıklanmıştır: “*Tarafların, yaptıkları işlemler ve düzenledikleri belgeler ile üçüncü kişilere veya mahkemeye, aralarında gerçekte olduğundan farklı birtakım hak ve yükümlülüklerin olduğuna ilişkin ve kasıtlı bir izlenim yaratması*”.⁷⁵⁵ Bu doğrultuda, trust hukuku bağlamında muvazaadan bahsedilebilmesi için kural olarak hem kurucunun hem de güvenilenin ortak

⁷⁵⁴ **Ivo Schwander**, *Sham, Durchgriff und Ordre Public – vor Schweizer Gerichten, Liber amicorum Nedim Peter Vogt* (ed. Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, s. 250; **Virgo**, s. 77. İngiliz hukukundaki *sham* doktrininin, (Türk-) İsviçre hukukundaki muvazaa doktrinine büyük ölçüde denk düştüğü yönünde bkz. **Oliver Arter**, *Schweizerisches Bundesgericht, Urteil BGER 5A_436/2012 vom 12 April 2012, AJP*, S. 11, Dike Verlag, 2013, s. 1700; **Schwander**, s. 249. Bu yönde ayrıca bkz. **Claudio Weingart**, *Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen im internationalen Verhältnis – unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts*, Schultess, 2010, s. 58-59. Trust hukuku bağlamında *sham* doktrininin, trust kurma iradesinin kesinliği kuralından ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Matthew Conaglen**, *Sham Trusts* (bundan böyle ‘Sham’), *The Cambridge Law Journal*, C. 67, S. 1, 2008, s. 184. **Conaglen**, trust iradesinin kesinliği kuralının kurucunun bu yöndeki iradesinin tespit edilememesine, buna karşılık *sham* doktrininin kurucunun gerçek iradesinin tespit edilebilmesine odaklandığını ifade etmiş ve ilk tespitin olumsuz bir tespit, ikincisinin ise olumlu bir tespit olduğuna dikkat çekmiştir. Kanımca bu tür bir ayırım ancak teorik bir ayırım olarak dikkate alınabilir; bu nedenle bu çalışmada trust hukuku bağlamında muvazaa, trust iradesinin kesinliği kriterinin bir uzantısı olarak ele alınmaktadır.

⁷⁵⁵ “...it means acts done or documents executed by the parties to the ‘sham’ which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create.” Bkz. *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786, 802.

iradesinin gerçek iradenin saklanması yönünde olması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁵⁶

Trustın geçerliliğini etkileyen bir diğer önemli hususta trustın bir kanuna karşı hile teşkil etmemesidir. Bilindiği üzere kanuna karşı hilede, muvazaanın aksine geçerli, caiz bir işlem söz konusu olmakta, buna karşılık şeklen hukuka uygun olduğu görülen bu işlemle kanunun yasakladığı bir sonuca dolaylı yoldan ulaşılması sağlanmaktadır.⁷⁵⁷ Nasıl ki Türk hukukunda *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da dile getirdiği gibi *inançlı işlemler kanuna karşı hile aracı olarak kullanılmaya fevkalâde elverişliyse*,⁷⁵⁸ aynı sonuca trustlar bakımından varılması da mümkündür. Trust bağlamında kanuna karşı hile birçok farklı şekilde karşımıza çıkabilir. Örneğin, kurucunun bir trust kurma yoluyla üçüncü kişileri (genellikle alacaklıları, mirasçılarını ya da diğer eşi) yanıltmak amacıyla mal varlığının (çoğu zaman büyük) bir kısmını bir trust fonuna aktarması durumunda böyle bir trust yapısından söz edilmektedir.⁷⁵⁹

Somut olaydaki trustın muvazaalı olup olmadığının veya bir kanuna karşı hile teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesinde çeşitli faktörler dikkate alınabilir. Örneğin kurucu ve güvenilen arasındaki trust belgesi dışındaki yazışmaların veya bu kişilerin trustın kurulmasından sonraki tutumlarının bu konuda yol gösterici

⁷⁵⁶ **Conaglen**, Sham, s. 187 vd.; **Nicholas Le Poidevin**, *Trusts: A Practitioner's Perspective*, Sham Transactions (ed. Edwin Simpson/Miranda Stewart), OUP, 2013, s. 147; **Pettit**, s. 237; **Thomas/Hudson**, s. 63; **Virgo**, s. 78; **Tsun Hang Tey**, *Reservation of Settlers' Powers* (bundan böyle 'Reservation'), *Singapore Academy of Law Journal*, C. 21, 2009, s. 536-537. Bu noktada bir hususun açıklığa kavuşturulması ihtiyacı doğmaktadır. Hatırlanacağı üzere her ne kadar bir trustın, kurucunun tek taraflı bir irade beyanıyla kurulması mümkün olsa da uygulamada bunun çoğu zaman kurucu ve güvenilen arasında akdedilen bir sözleşme ile yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle trust hukuku bağlamında muvazaadan bahsedilirken çoğunlukla kurucunun ve güvenilenin ortak iradesinden söz edilmektedir. Bkz. **Conaglen**, Sham, s. 181. Ancak kurucunun kendisini güvenilen olarak atadığı öz beyan trustlarında (bkz. yukarıda dn. 455) kuşkusuz sadece kurucunun bu yöndeki iradesinin ispat edilmesi yeterlidir. Bkz. **Lewin on Trusts**, s. 95; **Underhill/Hayton**, s. 98.

⁷⁵⁷ **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. 1, Filiz Kitapevi, 2014, s. 387.

⁷⁵⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 388.

⁷⁵⁹ **Penner**, s. 190. **Penner** bu hâli "asıl/mutlak muvazaalı trust" (*genuine sham trust*) olarak nitelendirmektedir. Ayrıca bkz. **Braun**, *Misusing Trusts*, s. 1131; **Le Poidevin**, s. 145; **Thomas/Hudson**, s. 57; **Weingart**, s. 59.

olabileceği ifade edilmektedir.⁷⁶⁰ Özellikle kurucunun trustın kurulmasından sonra trust fonu üzerindeki kontrolü bırakmaması ve söz gelimi geniş kapsamlı bir temenniler mektubu vasıtasıyla ya da *de facto* bir şekilde trust fonunu yönetmeye devam etmesinin bu yönde bir işaret olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.⁷⁶¹

Trust hukukunda muvazaa ve kanuna karşı hile sorununun son yıllarda git gide önem kazandığı ve boyut değiştirdiği görülmektedir. Bunun temel sebebi dünya genelinde *offshore* trustlarına olan ilginin ve bu trustların kötüye kullanılması riskinin artmasıdır. Özellikle trustın bir kanuna karşı hile aracı olarak kullanılmasının uygulamada kendini birçok şekilde göstermesi mümkündür ancak burada bu ihtimallerden sadece ikisine değinilecektir. İlk ihtimal kurucunun trustın kurucu belgesinde kendisinde birçok konuda karar verme yetkisini saklı tuttuğu trust yapısı; ikinci ihtimal ise ‘kara delik trustları’ (*black hole trusts*) veya ‘Kızıl Haç trustları’ (*Red Cross trusts*) olarak anılan, kağıt üzerindeki lehtar ile gerçek lehtarın örtüşmediği, başka bir deyişle trustın kurucu belgesinde lehtar olarak zikredilen kişilerin ya da kurumların aslında hiçbir zaman lehtar olmasının amaçlanmadığı trust yapısıdır.⁷⁶²

⁷⁶⁰ Conaglen, Sham, s. 193; Underhill/Hayton, s. 99. Bunun dışında dikkate alınabilecek faktörler arasında güvenilen için trust fonunun değerine kıyasla çok düşük bir ücret belirlenmiş olması ve güvenilenin bu görevini bağımsız ve basiretli bir şekilde yürüttüğünü gösteren dokümanların bulunmaması da sayılmaktadır. Bu yönde bkz. Underhill/Hayton, s. 99.

⁷⁶¹ Jessica Palmer, Dealing with the Emerging Popularity of Sham Trusts, New Zealand Law Review, C. 81, 2007, s. 100-101; Penner, s. 190-191. Ayrıca bkz. Conaglen, Sham, s. 195; Le Poidevin, s. 145-146; Tey, Reservation, s. 536; Thomas/Hudson, s. 102. Ayrıca bkz. Rahman v Chase Bank [1991] JLR 103. Rahman v Chase Bank kararında, Jersey hukukuna göre kurulmuş olan bir trustın, kurucunun trustın kurulmasından sonra trust fonu üzerindeki *de facto* hâkimiyetini sürdürdüğü, trust fonunun yönetimi ve ilgili yatırımlarla ilgili tüm karar alım sürecini yönettiği, trust fonunu adeta kendi mülkiyeti gibi yönetip bu fondan fayda elde ettiği ve bu nedenle de güvenilenlerin adeta birer temsilci konumuna indirgenmiş olduğu gerekçesiyle geçersizliğine hükmedilmiştir. Benzer yönde başka bir karar için bkz. Minwalla v Minwalla [2004] EWHC 2823. Bu kararlara ilişkin olarak bkz. Lusina Ho, ‘Breaking Bad’ – Settlers’ Reserved Powers (bundan böyle ‘Breaking Bad’), Trusts and Modern Wealth Management (ed. Richard C. Nolan/Kelvin F. K. Low/Tang Hang Wu), CUP, 2018, s. 40-42. Kurucunun trustın kurulmasından sonra trust fonu üzerindeki fiili hâkimiyeti bazı yazarlarca *alter ego* kavramı üzerinden açıklanmaktadır. Bkz. Palmer, s. 87 vd.; Thomas/Hudson, s. 66.

⁷⁶² Weingart, s. 57.

2.1.1.4.2. Tartışmalı Örnekler

a. Kurucunun Yetkilerini Saklı Tutması

Kurucunun trustın kurucu belgesinde kendi lehine birçok yetkiyi saklı tutmuş olmasının kurucunun trustın kurulmasından sonra trustı kendi mal varlığı gibi yönetmeye devam ettiği, dolayısıyla aslında trust kurma yönündeki iradesinin gerçeği yansıtmadığı yönünde bir işaret olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yukarıda belirtildiği üzere kurucunun gerçekten bir trust kurma iradesinin olup olmadığı değerlendirilirken kurucunun trustın kurulmasından sonraki tutumu ve güvenilenle arasındaki ilişkinin yapısı dikkate alınmaktadır. Zira kurucunun trust fonu ve dolayısıyla güvenilen üzerindeki hâkimiyetinin derecesi, trustın geçersiz kabul edilip edilmemesine ilişkin sorunun yanıtı bakımından belirleyici kabul edilmektedir.⁷⁶³

Kurucunun kendisinde saklı tuttuğu karar verme yetkisinin birçok farklı konuya ilişkin olması mümkündür. Örneğin kurucuya güvenilenlerin görevden alınması veya yeni kişilerin güvenilen pozisyonuna atanması konusunda yetki verilmesi, trust fonunun lehtarlar dağıtımında kurucu lehine onay ya da veto mekanizmasının öngörülmesi veya kurucuya trust fonunun değerlendirilmesi konusunda söz hakkı tanınması gibi durumlarla uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır.⁷⁶⁴ Bu hâllerde kurucunun, trustın kurulmasıyla olağan durumun aksine 'resimden çıkmadığı', hâlâ söz konusu mal varlığının yönetilmesi konusunda müdahil olduğu görülmektedir. Ancak bu müdahil olma durumu kendi başına trust yapısının geçersiz olduğunun kabulü için yeterli değildir.⁷⁶⁵ Zira

⁷⁶³ Conaglen, Sham, s. 196-197.

⁷⁶⁴ Le Poidevin, s. 146. Benzer yönde bkz. Ho, Breaking Bad, s. 34-35; Palmer, s. 101; Luca Ettore Perriello, Sham Trusts: A Comparative Study, European Review of Private Law, S. 5, 2017, s. 943.

⁷⁶⁵ Conaglen, Sham, s. 197, Ho, s. 40; Le Poidevin, s. 146; Lewin on Trusts, s. 96-97; Thomas/Hudson, s. 60, 65. Nitekim Lahey Konvansiyonu'nun 2. maddesi de bu yönde bir düzenleme getirmektedir. Trustın tanımlanmasına ilişkin bu maddenin son fıkrası şu şekildedir: "Kurucu tarafından bir takım hak ve yetkilerin saklı tutulmuş olması, ve güvenilenin aynı zamanda lehtar olarak haklara sahip olması, geçerli bir trustın varlığıyla kendiliğinden bağdaşmaz değildir." (The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself

kurucu, esnek trust yapısının kendisine tanıdığı bu serbestiyi kullanıp kullanmamak konusunda özgürdür ve bu hakkını kullanması, trust yapısını kendiliğinden geçersiz kılmamalıdır.⁷⁶⁶ Ancak kurucunun bu yetki kullanımının, güvenilenlerin bağımsız bir şekilde karar vermesinin önüne geçtiği, güvenileni adeta onun talimatlarına uymakla yükümlü bir vekil hâline getirdiği tespit edilirse, bu durumda ortada geçerliliği sorgulanmaya açık bir trust yapısı olduğu kabul edilmektedir.⁷⁶⁷

b. 'Kara Delik' Trustları

Bu bağlamda incelenecek ikinci örnek kara delik trustlarının (*black hole trusts*) kısaca ilk bakışta söz konusu trustın lehtarının kim olduğunun tam olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı trustlar olarak tanımlanması mümkündür.⁷⁶⁸ Uygulamada genellikle trustın kurucu belgesinde lehtarın bir hayır kurumu (çoğunlukla Kızıl Haç) olarak belirlendiği, ancak kurucunun gerçek iradesinin bu hayır kurumunun lehtar olarak atanması yönünde olmadığı ve güvenilene de geniş çaplı bir lehtar atama yetkisi verildiği görülmektedir.⁷⁶⁹ Bu nedenle bu tür trustlar aynı zamanda Kızıl Haç trustları (*Red Cross trusts*) olarak anılmaktadır.⁷⁷⁰

Özellikle *offshore* sistemlerinde uygulaması azımsanamayacak derecede yaygın olan kara delik trustlarındaki genel yapı şu şekildedir: Kurucu, içinde genellikle

have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.) Konvansiyon'un ilgili hükmünün İngiliz hukukundaki hâkim görüşe paralel olduğu yönünde bkz. **Ho**, *Breaking Bad*, s. 38. Ayrıca bkz. **Tey**, *Reservation*, s. 518. İtalyan hukuku bağlamında verilen mahkeme kararlarında da bu görüşün paylaşıldığı yönünde bkz. **Braun**, *Misusing Trusts*, s. 1132-1133; **Perriello**, s. 951-952.

⁷⁶⁶ Kurucunun bu yönde bir karar vermesinin arkasındaki çeşitli nedenlere ilişkin olarak bkz. **Ho**, *Breaking Bad*, s. 36-39. Bu nedenler arasında bazı kurucuların profesyonel güvenilenlere nazaran daha iyi yatırım kararları verdiklerine inanmaları veya özellikle uzun süreli trustlar bakımından aynı güvenilene bağlı kalmak istememeleri gibi nedenlerin yer aldığı düşünülmektedir.

⁷⁶⁷ **Le Poidevin**, s. 146; **Perriello**, s. 943. Benzer yönde bkz. **Conaglen**, *Sham*, s. 197; **Ho**, *Breaking Bad*, s. 35, 42; **Lewin on Trusts**, s. 98; **David Mallon**, *A Critical Analysis of Sham Trusts*, *Trinity College Law Review*, C. 20, 2017, s. 69; **Schwander**, s. 251; **Smith**, *Massively Discretionary*, s. 159; **Underhill/Hayton**, s. 99; **Virgo**, s. 78-79.

⁷⁶⁸ **Paul Matthews**, *The Black Hole Trust: Uses, Abuses and Possible Reforms (1. Kısım)* (bundan böyle 'Black Hole Trust (1)'), *Private Client Business*, 2002, ss. 42- 54, s. 42. Benzer yönde bkz. **Moffat**, s. 268.

⁷⁶⁹ **Pettit**, s. 237.

⁷⁷⁰ **Matthews**, *Black Hole Trust (1)*, s. 42; **Pettit**, s. 237.

kendisinin de yer aldığı bir grup kişinin (örneğin aile fertlerinin) lehtar olarak atanması konusunda güvenilene yetki vermekte ve güvenilenin bu yetkiyi kullanmaması durumunda trust fonunun Kızıl Haç'a geçeceği kararlaştırılmaktadır. Başka bir deyişle ortada aslında belirli bir trust yapısı bulunmakta ve bu trustın lehtarı ilgili hayır işi kurumu olmakta; ancak güvenilene verilen geniş lehtar atama yetkisi sayesinde görünürdeki bu durumdan farklı bir gerçeklik yaratılmaktadır.⁷⁷¹ Hatırlanacağı üzere lehtar atama yetkisinin konusunu oluşturan kişiler teknik anlamda trustın lehtarı olarak kabul edilmemekte ve güvenilenin bu takdir yetkisini kullanıp kullanmaması konusunda en azından teoride bir serbestisi bulunmaktadır.⁷⁷² Bu yapıdaki bir trustın, lehtar ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz kılınmaması için de Kızıl Haç gibi kurumlar trustın kurucu belgesinde lehtar olarak belirlenmektedir.⁷⁷³

Kuşkusuz trustın kurucu belgesinde tek lehtarın bir hayır işi kurumu olarak belirlenmesi ve güvenilene lehtar atama yetkisi verilmiş olması söz konusu trustın geçersiz olduğu sonucuna varılması için tek başına yeterli değildir.⁷⁷⁴ Burada önemli olan, kurucunun ilgili hayır kurumunun gerçekte lehtar olmaması yönünde

⁷⁷¹ Öğretide ve bazı mahkeme kararlarında bu tür trust yapılarının da 'ihtiyari trust' olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak bunun teknik olarak doğru olmadığı ifade edilmelidir. Zira lehtar atama yetkisinde zikredilen kişilerin teknik olarak lehtar değildir. Bu nedenle ihtiyari bir trust yapısından değil; belirli bir trust yapısından bahsetmek gerekmektedir. Bununla birlikte bazı yazarlar ve hâkimler tarafından burada incelenen trust yapısını nitelendirmek için kullanılan 'ihtiyari' trust ifadesinin geniş anlamda kullanıldığı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Smith, Massively Discretionary**, s. 138. Ayrıca bkz. *Tasarıf Mevduatı Sigorta Fonu v. Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd.* [2011] UKPC 17. Bu davaya konu olan trustların kurucu belgesinde de aslında bir kara delik trustına yer verildiği; bununla birlikte güvenilen olarak atanan bankanın kurucu Demirel'i, eşini, çocuklarını ve bazı diğer aile fertlerini lehtar olarak atamak konusunda yetkilendirildiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle bu kişiler kağıt üzerinde lehtar olarak gözükmekte, ancak lehtar olmak yönünde bir beklentileri, bir umutları olduğu kabul edilememektedir. Bununla birlikte söz konusu kararda *Lord Collins*, bu trust yapısını da bir ihtiyari bir trust olarak tanımlamıştır. ("TMSF learned that Mr Demirel had established two discretionary trusts in the Cayman Islands (...). For practical purposes the beneficiaries are Mr Demirel and his wife. (...) The discretionary objects of both Trusts are Mr Demirel, his wife, children (...). The residuary beneficiary is charity.")

⁷⁷² Bkz. yukarıda s. 174 vd.

⁷⁷³ **Moffat**, s. 268. Ayrıca bkz. **Smith, Massively Discretionary**, s. 152-153.

⁷⁷⁴ **Lewin on Trusts**, s. 98.

bir iradesinin bulunduğu ortaya konulabilmesidir.⁷⁷⁵ Ancak bu tür trust yapılarının uygulamada geçersiz kılınma riskinin göz ardı edilemeyecek derecede yüksek olduğu belirtilmektedir.⁷⁷⁶

2.1.1.4.3. Muvazaa ve Kanuna Karşı Hilenin İspatı Sorunu ve Bunun Aşılmasının Yolları

Lord Diplock'un yukarıda alıntılanan ünlü pasajından çıkarılan sonuçlardan biri, trustın geçersizliğinden bahsedilebilmesi için tarafların *ortak* iradesinin üçüncü kişileri veya mahkemeyi aldatmak yönünde olması gerektiğidir.⁷⁷⁷ Kurucu ve güvenilenin bu yöndeki ortak kastı kuşkusuz ispat bakımından bir sorun teşkil

⁷⁷⁵ **Matthews**, Black Hole Trust (1), s. 49; **Smith**, Massively Discretionary, s. 161. Aşağıda incelenecek olan TMSF kararı bu konuda da yol göstericidir. TMSF kararına konu olan trustların kurucu belgesinde yukarıda açıklandığı üzere kurucunun ve ailesinin lehtar olarak gösterilmediği, "hayır kurumlarının" (*charity*) lehtar olarak belirlendiği görülmektedir. Buna karşılık güvenilene kurucunun ve aile bireylerinin lehtar olarak atanabilmesine ilişkin bir yetki verilmiştir. Bir hayır kurumunun tek başına lehtar olarak atanması, ortada danişıklı bir iradenin bulunduğunu göstermeye yetmese de, bu olayda olduğu gibi ek şartların gerçekleşmiş olması bu yönde bir kanaatin ortaya çıkmasına neden olabilir. Kararda bu hususa ayrıca değinilmemiştir; ancak kurucunun alacaklıları lehine karar verilirken bu trust yapısının dikkate alınmış olması kanımca düşük bir ihtimal değildir. Bkz. aşağıda s. 239 vd.

⁷⁷⁶ Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Perriello**, s. 943-944; **Smith**, Massively Discretionary, s. 166. Bu ihtimallere ilişkin olarak bkz. **Matthews**, Black Hole Trust (1), s. 47-52.

⁷⁷⁷ **Sunil Gadhia/Konrad Rodgers/Joe-Han Ho**, Sham Trusts, Trusts & Trustees, C. 22, S. 4, 2016, s. 471-472; **Toby Graham**, Sham Revisited: Has Snook Passet Its Sell-By Date? (bundan böyle 'Snook'), Trusts & Trustees, C. 22, S. 8, 2016, s. 861. Kurucu ve güvenilenin ortak iradesinin aranması gerektiği yönünde bkz. **Schwander**, s. 250; **Thomas/Hudson**, s. 62-63; **Underhill/Hayton**, s. 98; **Virgo**, s. 78. Aksi yönde bkz. **Palmer**, s. 93. İngiliz mahkemelerinin de çoğunlukla ortak kastın aranması yönünde karar verdiği görülmektedir. Nitekim bu husus, ortak kastın aranmaması gerektiğini savunan **Palmer** tarafından dahi kabul edilmektedir. Bkz. **Palmer**, s. 98. Örneğin bkz. *Shalson v Russo* [2003] EWHC 1637 (Ch), N. 190. "(...) *In my judgment, in the case of a settlement executed by a settlor and a trustee, it is insufficient in considering whether or not it is a sham to look merely at the intentions of the settlor.*" ve *Mimwalla v Mimwalla* [2004] EWHC 2823. Krş. *Midland Bank Plc v Wyatt* [1995] 1 FLR 697. *Midland v Wyatt* kararında mahkeme (s. 699), güvenilenin ve kurucunun ortak iradesi bakımından daha farklı bir değerlendirme yapmış ve güvenilenin kurucu gibi bir aldatma kastına sahip olmamasına rağmen, kurucunun bu yöndeki iradesini bilmeden ya da önemsemeden kurucuyla anlaşmış olmasının da söz konusu trustın geçersiz kabul edilebilmesi için yeterli olduğuna karar vermiştir. Başka bir deyişle mahkeme, güvenilenin, kurucunun bu yöndeki iradesini paylaşmasa bile bu iradenin varlığına karşı umursamaz davranması durumunda da geçersizlik iddiasının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. ("*I consider a sham transaction will still remain a sham transaction even if one of the parties to it merely went along with the 'shammer' not either knowing or caring about what he or she was signing (...)*") Bu kararın eleştirisi için bkz. **Conaglen**, Sham, s. 190 vd.

etmekte ve birçok durumda bunu çok zor hâle getirmektedir.⁷⁷⁸ Bunun yanı sıra bir trustın geçersiz kabul edilebilmesi için tarafların bu yöndeki ortak kastının trustın kuruluşu anında bulunması gerektiği, böyle bir iradenin trustın kurulmasından sonra ortaya çıkması durumunda trustın geçersizliğinden değil, ancak güvenilenin yükümlülüklerini ihlalden bahsedilebileceği kabul edilmektedir.⁷⁷⁹ Dolayısıyla yapılması gereken bu değerlendirmenin trustın kuruluş anına yönelik olmasının ispat faaliyetini daha da zorlaştırdığını söylemek mümkündür.⁷⁸⁰

Bununla birlikte başlangıçtaki ortak kastın ispatlanamaması durumunda gerek diğer eşin, gerek olası alacaklıların, kısacası ilgili üçüncü kişilerin hukuken erişebilecekleri mal varlığını kaçırmak amacıyla kurulan bu tür trust yapılarının geçerliliğine karşı ileri sürebilecekleri bir iddialarının bulunmadığı yanılışına kapılmamak gerekir. Nitekim farklı hukuk sistemlerinde verilen mahkeme kararlarında da bu kişilerin şüpheli bu tür trust yapıları karşısında tamamen korumasız olmadıkları görülmektedir. Diğer bir deyişle trustın geçersizliğine ilişkin bu sıkı şartlar karşısında mahkemelerin başka çözüm yolları üzerinden trust yapısının kötüye kullanılmasının önüne geçmeye çalıştıklarını söylemek

⁷⁷⁸ Schwander, s. 250-251. Benzer yönde bkz. Jonathan Russen, The Reserved Power Trust: When Might Power Be Property?, The Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning, C. 20, S. 3, 2013, s. 243. (“ (...) the doctrine of sham – the invocation of which always requires extreme facts...”) Güvenilenlerin profesyonel şirketler ya da kişiler olması durumunda aranan bu özel kastın ispatının daha da güç olduğu yönünde bkz. Stephen Moverley Smith/Alexander Pelling, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) v. Merrill Lynch Bank & Trust Co (Cayman) Ltd: How The Game Has Changed For Creditors, Private Client Business, S. 4, Sweet & Maxwell, 2012, s. 146.

⁷⁷⁹ Arter, s. 1701-1702; Palmer, s. 106; Underhill/Hayton, s. 98; Virgo, s. 78. Buna karşılık perdenin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi için bu doğrultuda bir kastın sonradan ortaya çıkmasının da yeterli olduğu yönünde bkz. Arter, s. 1703.

⁷⁸⁰ Türk hukukunda muvazaanın ispatı alacaklılar, diğer eş, vergi otoriteleri gibi üçüncü kişiler bakımından yazılı ispat şartına bağlı değildir. HMK'nın 203. maddesinde üçüncü kişilerin muvazaa iddialarını her türlü delille ispatlayabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte Türk usul hukukunda ispatın ölçüsü bağlamında tam ispat ölçüsünün kural, yaklaşık ispat ölçüsünense istisna olduğu ve ikincisinin ancak Kanun'da izin verilen hâllerde devreye girebileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle muvazaanın üçüncü kişiler tarafından ispatı bakımından senetle ispat kuralının bir istisnası söz konusu olsa da, ispat ölçüsünün tam ispat olduğu kabul edilmektedir. Tam ispat ölçüsü ise “bir vakıa için kesinlik sınırındaki ihtimal derecesi” olarak tanımlanmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Hakan Albayrak, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınları, 2013, s. 221-222.

mümkündür.⁷⁸¹ Aşağıda bu çözüm yollarına birer örnek teşkil ettiği düşünülen iki mahkeme kararı incelenecektir.

a. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd. Kararı

Bu doğrultuda incelenmeye değer ilk karar Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi'nin (*United Kingdom Privy Council*) 2011 yılında verdiği *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd.* kararıdır.⁷⁸² Bu karara konu olan uyuşmazlıkta, Türkiye Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilen Egebank'ın içinde bulunduğu grup şirketlerinin başındaki kişinin (*Demirel*), Cayman Adaları'nda iki adet trust kurarak mal varlığının önemli bir kısmını (toplamda 24 milyon ABD Doları) bu trustlara aktardığı, trustların güvenileni olarak ise davalı bankayı atadığı görülmektedir. Egebank'ın TMSF'ye devrini takiben TMSF, müflis Demirel'in borçlarını tahsil etmek amacıyla ilgili trust fonlarının kendisine devrini talep etmiştir. Ancak TMSF'nin bu talebini ileri sürerken söz konusu trustların muvazaadan ya da kanuna karşı hileden dolayı geçersizliğini ileri sürmek yerine farklı bir yol tercih ettiği ve başarıya ulaştığı görülmektedir. TMSF'nin talebinin ve Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi'nin verdiği olumlu yöndeki kararın merkezinde yatan husus, söz konusu trustların kurucu belgesinde yer alan ve kurucuya trustı sona erdirmeye yetkisini veren (*power of revocation*) hükümdür. İlgili hükme göre kurucu Demirel'in bu trustları dilediği zaman ve herhangi bir sebeple (ya da hiçbir sebep

⁷⁸¹ Benzer yönde bkz. *Thévenoz, Swiss Perspective*, s. 300. ("At the same time as courts in England, Australia, New Zealand or the Channel Islands have greatly restricted the notion of sham trusts, other courts will be tempted to look elsewhere and find the silver bullet with which they can annihilate what they perceive as the sheer abuse of the trust idea.")

⁷⁸² *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v. Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd.* [2011] UKPC 17. Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi (*Judicial Committee of the Privy Council*) milletler topluluğu (*commonwealth*) ülkeleri için en üst mahkeme olarak görev almaktadır. Bu nedenle aslında Cayman Adaları hukukunun uygulandığı bu uyuşmazlık Birleşik Krallık Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi'nin önüne gelmiştir. Karara ilişkin olarak bkz. Ho, s. 48-50; *Russen*, s. 245 vd.; *Smith/Pelling*, s. 143 vd.

olmaksızın) sona erdirmesi ve böylece trust fonuna özgülediği mal varlığı unsurlarının kendi mamelekine dönmelerini sağlaması mümkündür.⁷⁸³

TMSF'nin talebi, mahkemenin Demirel'in sahip olduğu bu hakkın devredileceği ve bu sona erdirmeye hakkını kullanarak ilgili fonların mülkiyetini TMSF'ye geçirecek bir nevi yediemin niteliğine sahip bir kimsenin (*receiver*) atanmasına ilişkindir.⁷⁸⁴ İngiliz hukukunda *receiver* atanabilmesi için aranan şartlardan birinin kural olarak uyuşmazlık konusunun bir mülkiyet hakkı olması gerektiği kabul edilmekte ve mahkemenin yaptığı inceleme de temelde kurucunun sahip olduğu trustı sona erdirmeye hakkının, ekonomik olarak mülkiyet hakkına eş değer olup olmadığı sorusuna odaklanmaktadır.⁷⁸⁵ Mahkeme bu soruyu yanıtlarken uyuşmazlığın ortaya çıktığı şartların ve bağlamın dikkate alınması gerektiğini söylemiş ve somut olayda kurucu lehine saklı tutulmuş olan trustı sona erdirmeye hakkının, bu trust fonu üzerinde bir mülkiyet hakkına sahip olmakla eş değer olduğuna hükmetmiştir.⁷⁸⁶ Dolayısıyla mahkeme, bir *receiver* atanmasına ve bu kişinin trustı geri alma

⁷⁸³ İlgili hükmün orijinali şu şekildedir: “*This Trust may be revoked, amended, varied or altered in any manner whatsoever from time to time and at any time by the Settlor by deed and delivered to the Trustees provided always that no such revocation, amendment, variation or alteration shall take effect until actual receipt of such instrument by the Trustees or with the written consent of the Trustees thereto if such revocation, amendment, variation or alteration would increase or extend the obligations, liabilities or responsibilities of the Trustees*”. *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v. Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd.* [2011] UKPC 17, s. 4.

⁷⁸⁴ Bu talebin dayanağı, İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemeleri Kanunu'nun (*Senior Courts Act 1981*) 37. maddesidir. İlgili hükümde Yüksek Mahkeme'nin (*High Court*) uygun gördüğü zaman hüküm alacaklısının alacağını tahsil etmek üzere bir *receiver* atanabileceği düzenlenmektedir. *Receiver* kavramının Türk medeni usul kanununa yabancı bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. *Receiver* atanmasının amacının, hüküm konusu malın hacze uygun olmaması durumunda, hüküm alacaklısının alacağını tahsilini sağlamak olduğu, başka bir deyişle bu kişinin bir icra görevini haiz olduğu ifade edilmektedir. *Receiver* kavramına ve Türk hukukundaki yedieminlik kavramıyla ilişkisine ilişkin olarak bkz. K. Haluk Eruygur, *Yedieminlik, Yetkin Yayınları*, 2008, s. 109.

⁷⁸⁵ *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd.* [2011] UKPC 17, s. 9 vd.

⁷⁸⁶ “*As with all legal categories, context was all important. There is no doubt that while for some purposes a power was not property, for other purposes the holder of a general power could be regarded as being for all practical purposes an owner (s. 9) (...) The powers of revocation are such that in equity, in the circumstances of a case such as this, Mr Demirel can be regarded as having rights tantamount to ownership. (s. 18)*” Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiş benzer yönde güncel iki karar için bkz. *Clayton v Clayton* [2016] NZSC 29 ve *Clayton v Clayton* [2016] NZSC 30.

iradesini kullanmasına hükmetmiş, uyuşmazlığı davacı *TMSF* lehine çözüme kavuşturmuştur.

Kısacası *TMSF* (büyük ihtimalle karşılaacağı ispat güçlüğünden dolayı) söz konusu trustların kanuna karşı hileden dolayı geçersiz olduğunu ileri sürmemiş, ancak hakları ihlal edilen bir alacaklı olarak trust yapısının arkasına gizlenilmesinin başka bir yoldan önüne geçmeye çalışmış ve başarıya ulaşmıştır. Bu şekilde ilgili davada söz konusu trustların muvazaadan veya kanuna karşı hileden dolayı geçersiz olup olmadığına ilişkin bir incelemeye gerek duyulmamış, bu doğrultuda ortaya çıkabilecek ispata ilişkin güçlükler engellenebilmiştir.

b. *Rybolovlev v Rybolovleva* Kararı (5A_259/2010)

Bu bağlamda ilgi çekici bir diğer karar ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2012 yılında vermiş olduğu *Rybolovlev v Rybolovleva* kararıdır.⁷⁸⁷ Bu kararı yukarıda incelenen *TMSF v Merrill Lynch* kararından ayıran birkaç önemli nokta bulunmaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu uyuşmazlığın alacağın tahsiline ilişkin bir talepten değil; boşanma davası sırasında ileri sürülen bir geçici koruma talebinden kaynaklanmasıdır. İkinci önemli nokta, *Rybolovlev v Rybolovleva* davasına konu olan trustların kurucu tarafından tek taraflı bir beyanla sona erdirilebilir nitelikte olmamasıdır. Bunun yanı sıra ilgili trustlar lehtar kurucu tarafından seçilen belirli trust niteliğinde değil, lehtar seçim yetkisinin güvenilene bırakıldığı ihtiyari trust niteliğindedir. Daha açık bir ifadeyle trustın güvenileninin, trust fonunun ve bu fondan elde edilecek gelirin lehtarlara dağıtımını konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla ilk bakışta *TMSF v Merrill Lynch* kararına konu olan trust yapısının aksine, güvenilenin bağımsız karar verme yetkisine sahip olduğu ve kurucunun trustın kurulmasıyla birlikte resimden

⁷⁸⁷ BGer 5A_259/2010, T. 26.04.2012. Karara ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. *Toby Graham*, *The Hague Trusts Convention five years on: The Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva* (bundan böyle 'Rybolovlev v Rybolovleva')*, *Trust & Trustees*, C. 18, S. 8, 2012, ss. 746-755. Kararın eleştirisi için bkz. *Jacob*, *Will Substitutes*, s. 206-207; *Jacob/Picht*, s. 410-412; *David W. Wilson/Julie Wynne*, *Trusts et divorce: La salade russe de Rybolovlev c. Rybolovleva*, *Not@lex*, S. 1, 2013, ss. 14-23.

çıktığı bir trust yapısı olduğu izleniminin uyandığını söylemek mümkündür. İki karar arasındaki belki de en önemli fark ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği kararın hukuki dayanağıdır. Federal Mahkeme, aşağıda değinilecek gerekçelerle uyuşmazlığa konu olan trust yapıları bakımından perdenin kaldırılması (*Durchgriff*) doktrinini uygulamış ve bunun sonucunda bu trustların somut uyuşmazlık bakımından geçersizliğine hükmetmiştir.⁷⁸⁸ İki karar arasındaki ortak yön ise *TMSF v Merrill Lynch* kararında olduğu gibi Federal Mahkeme'nin kararında da trustın baştan itibaren geçersiz olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmenin yapılmamış olmasıdır.⁷⁸⁹

Federal Mahkeme'nin kararına konu olan olayda, milyarder iş insanı Dmitry Rybolovlev'in eşi Elena Rybolovleva'nın İsviçre'de yerleşik olduğu, bu nedenle evlilik eşler arası mal rejimine İMK'nın ilgili hükümlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Dmitry Rybolovlev, evlilik birliği devam ederken eşine İMK m. 199/2 uyarınca bir mal rejimi sözleşmesi yapılmasını ve bununla kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırılmasını teklif etmiş ancak bu teklif Elena Rybolovleva tarafından reddedilmiştir.⁷⁹⁰ Bu tekliften kısa bir süre sonra 2005 yılında Dmitry Rybolovlev, mal varlığının önemli bir bölümünü (özellikle birçok şirketteki hisselerini) Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nde kurulan iki adet trusta aktarmıştır. Kurucu eşin güvenilen olarak atadığı şirketlerle yaptığı anlaşmadan, bu trustların kurucu tarafından tek taraflı beyan ile sona erdirilemez

⁷⁸⁸ Perdenin kaldırılması öğretisiyle amaçlanan ayrı hukuki kişiliğin hiç dikkate alınmaması değil, somut olayda belli bazı hukuki sonuçların bu hukuki kişilik üzerinde doğmadığına karar verilmesi ve bu sonuçların başka birine yüklenmesidir. Bu nedenle perdenin kaldırılmasında muvazaanın aksine geçmişe etkili ve kesin bir hükümsüzlük yaptırımından söz etmek mümkün değildir. Bkz. Arter, s. 1702-1703; Emre Esen, Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Beta, 2011, s. 12; Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta, 2000, s. 17-18. Weingart ise geçersizlik hâlleri arasında başlangıçtaki geçersizlik ve sonradan ortaya çıkan geçersizlik şeklinde bir ayırım yaparak muvazaayı ilk sınıfa, perdenin kaldırılmasını ise ikinci sınıfa dahil etmektedir. Weingart, s. 56.

⁷⁸⁹ Arter, s. 1704; Graham, Rybolovlev v Rybolovleva, s. 748.

⁷⁹⁰ İMK'nın ilgili hükmü (m. 199/2) şu şekildedir: "*Les époux peuvent en outre convenir par contrat de mariage que des revenus de biens propres ne formeront pas des acquêts.*" Bu hüküm, TMK m. 229/2'ye denk gelmektedir. TMK'nın ilgili hükmü ise şu şekildedir: "*Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını da kararlaştırabilirler.*"

nitelikte (*irrevocable*) olduğu, lehtarların kurucunun kendisi ve iki çocuğu olduğu, kurucunun aynı zamanda trustın gözeticisi olarak belirlendiği anlaşılmaktadır ve bu hususlar taraflar arasında tartışmalı değildir.⁷⁹¹

2008 yılında Elena Rybolovleva, açtığı boşanma davasında mal rejiminin tasfiyesini de talep etmiş ve mahkemeden, eşinin doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu mal varlığı unsurları üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması yönünde bir geçici hukuki koruma talep etmiştir. Diğer bir ifadeyle davacı eş, eşinin kendi mülkiyetindeki mal varlığı unsurları üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının yanı sıra, eşinin paysahibi olduğu şirketlerin ve kurucusu olduğu trustların mal varlığındaki aktifler bakımından da bir dondurucu tedbir kararının (*saisie provisionnelle*) verilmesini talep etmiştir.⁷⁹² Elena Rybolovleva'nın bu talebi ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş ancak istinaf mahkemesince kabul edilmiştir. Dmitry Rybolovlev, Cenevre Kanton Mahkemesi'nin bu kararına

⁷⁹¹ Gözetici kavramına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 156 vd.

⁷⁹² Davacının bu talebini İMK'nın 178. maddesine dayandırdığı görülmektedir. İlgili hükmün orijinali şu şekildedir: “*Dans la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains de ses biens sans le consentement de son conjoint. / Le juge ordonne les mesures de sûreté appropriées. (...)*”. Bu düzenlemenin Türk hukukundaki karşılığı olan TMK m. 199 ise şu şekildedir: “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. / Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır. (...)*”. Bu hüküm, her iki Kanun'da da evliliğin genel hükümleri başlığı altında yer almakla birlikte, Federal Mahkeme ilgili hükmün kıyasen boşanma durumunda da uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bkz. BGer 5A_259/2010, T. 26.4.2012.; 5A_852/2010, T. 23.3.2011. Dondurucu tedbir kararı, malların korunmasının ve böylece dava sonucunda verilecek nihai kararın icrasının imkânsız hâle getirilmesinin önlenmesini amaçlayan bir geçici hukuki koruma olarak tanımlanabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Deniz Defne Kırlı Aydemir**, Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 17-20. İsviçre Federal Mahkemesi'nin İsviçre sınırları içinde bulunmayan mallar bakımından dondurucu tedbir kararı vermesine ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Vincent Jeanneret/Erol Baruh**, Exécution forcée en Suisse de mesures provisionnelles déployant des effets extraterritoriaux, à l'impossible nul n'est tenu, SZZP, S. 1, 2013, s. 95-103. Yazarlar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yurt dışında bulunan mallara ilişkin verdiği bu geçici hukuki korumayı bir tür ‘Kopernik Devrimi’ olarak nitelendirmektedir. (“*(...) l'arrêt 5A_259/2010 consacre une forme de révolution copernicienne, la Cour de Justice conférant à ses arrêts sur mesures provisionnelles une portée extraterritoriale*”) Bkz. s. 99.

karşı temyiz yoluna gitmiş ancak İsviçre Federal Mahkemesi, alt mahkemenin kararını onayarak temyiz talebini reddetmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, davacının trust fonunu oluşturan mal varlığı unsurları üzerindeki mülkiyet hakkını kaybettiği yönündeki iddiasını değerlendirmiş ve diğer bazı hususların yanı sıra kurucunun söz konusu trustın hem lehtarı hem de gözeticisi olduğunu dikkate alarak bu iddiayı reddetmiştir. Federal Mahkeme istinaf mahkemesinin kurucunun söz konusu mal varlığı unsurlarının ekonomik olarak veya fiili bir şekilde maliki olmaya devam ettiği yönündeki kararını onarken, esasen bir şirketler hukuku öğretisi olan perdenin kaldırılması kavramının kıyasen trustlar bakımından da uygulanabileceğini ifade etmiştir.⁷⁹³

⁷⁹³ Federal Mahkeme'nin kararının ilgili pasajı şu şekildedir: "*Dans de telles circonstances, la cour cantonale n'est pas tombée dans l'arbitraire en retenant que, malgré la dualité de personnes en la forme, les trusts ne constituent qu'un simple instrument dans la main du recourant, qui a conservé des pouvoirs de gestion étendus et en apparaît comme le principal bénéficiaire et que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes (cf. ATF 102 III 165 consid.1 p. 170), en sorte qu'il faut en faire « abstraction ». Dans l'optique d'un tel Durchgriff, les arguments selon lesquels la distribution des biens en trusts ou de leurs revenus est laissée à l'entière discrétion du trustee (trust discrétionnaire) et le constituant ne peut plus révoquer le trust (trust irrévocable) ne sont pas pertinents.*" Federal Mahkeme'nin aslında bir tüzel kişiliğe sahip olmayan trust yapısı bakımından perdenin kaldırılması doktrinini uygulaması ilgi çekicidir. Federal Mahkeme söz konusu kararda perdenin kaldırılması öğretisinin trustlar bakımından kıyasen uygulanabileceğini söylemekle yetinmiş, bununla birlikte bu ilkenin trust yapısına uygulanabilirliği ile başka bir görüş bildirmemiştir. Bununla birlikte bu hususun karşılaştırmalı hukukta tartışmalı olduğu ifade edilmelidir. Bkz. *Arter*, s. 1703; *Graham*, *Rybolovlev v Rybolovleva*, s. 750. Krş. *Re Esteem Settlement (Abacus (C.I.) Limited as Trustee), Grupo Torras S.A. and Culmer v. Al Sabah and Four Others*, [2003] JLR 188. Bu karara ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. *Hayton*, s. 6 vd.; *Weingart*, s. 65-70. Bunun dışında, İsviçre'nin Lahey Konvansiyonu'na taraf olmasından sonra görülen bu davada Federal Mahkeme'nin yabancı bir hukuk sisteminde kurulmuş ve bu hukuka tâbi bir trust yapısının perdesini aralarken İsviçre hukukunun kamu düzenini gerekçe gösterdiği ifade edilmelidir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında *lex fori*'nin uygulanması bağlamında kamu düzeni argümanına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Esen*, s. 68-74. İsviçre hukuku özelinde bkz. *Weingart*, s. 63-64. İsviçre Federal Mahkemesi, *Rybolovlev v Rybolovleva* kararından daha önce verilen fakat daha sonra yayınlanan bir başka kararında da, İsviçre kamu düzeninin gerektirmesi hâlinde, trustların muvazaalı olup olmadığının ya da perdenin kaldırılmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesinde İsviçre hukukunun uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. 5A_436/2011, 5A_443/2011, T. 12.04.2012, N. 9.3.1. İlgili pasaj şu şekildedir: "*Un sham trust ne peut être reconnu en Suisse dès lors qu'il est inefficace selon le droit qui le régit (art. 11 al. 1 Convention de La Haye) (...)En ce qui concerne les sociétés offshores, l'application de la théorie de la transparence ("Durchgriff") est régie par le droit qui régit le statut de la société dominée. (...)Cela étant, si l'ordre juridique étranger désigné ne connaît pas le principe de la transparence et que cela doit conduire à un résultat qui n'est pas compatible avec l'ordre public suisse, l'application du droit étranger peut être écartée en vertu de l'ordre public négatif*".

2.2. TRUSTIN YÖNETİMİ

Trustın klasik üçgen yapısının bir köşesini oluşturan güvenilen, aynı zamanda trustın en aktif aktörü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle trustın işleyişi ve yönetimi bağlamında yapılacak değerlendirmede temel alınacak hususlar da güvenilene ilişkin olacaktır. Trustın yönetimi başlığı altında incelenecek ilk husus güvenilenin atanması, başka bir deyişle güvenilen olma görevinin (*office of trusteeship*) başlamasıdır.⁷⁹⁴ Bu bağlamda kimlerin güvenilen kişi olarak atanabileceği üzerinde ayrıca durulacaktır. Güvenilenin atanması ve bu görevi kabul etmesiyle birlikte trustın kurucu belgesinde belirtilen ve trust hukukunu genel ilkelerinden kaynaklanan birçok görev ve yetkiyi de üstlenmiş olduğu kabul edilmektedir. Trustın yönetimi bakımından son derece önem taşıyan bu görev ve yetkiler, bu başlığın ikinci konusunu oluşturmaktadır. Güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda devreye giren sorumluluk rejimi de öneminden dolayı daha sonra ayrı bir başlık altında incelenecektir.

2.2.1. Güvenilene İlişkin İlkeler

2.2.1.1. Genel Açıklamalar

Güvenilenin atanması ve kimlerin güvenilen olarak belirlenebileceği hususuna geçmeden önce güvenilen olma görevinin gönüllülük esasına dayandığının altının çizilmesi gerekmektedir.⁷⁹⁵ Başka bir deyişle, aşağıda açıklanacağı üzere birçok yükümlülük ve bunların ihlali durumunda önemli bir hukuki sorumluluğu beraberinde getiren güvenilen olma görevinin bir kimseye dayatılması (en azından bu çalışmanın konusunu oluşturan iradi trustlar bakımından) mümkün değildir.⁷⁹⁶ Bu nedenle bu başlık altında 'güvenilenin atanması' ifadesinin, güvenilenin bu

⁷⁹⁴ Bunun öğretide 'güvenilen kişilik makamı' olarak adlandırıldığı da görülmektedir. Bkz. Saaticioğlu, s. 69.

⁷⁹⁵ Virgo, s. 340. Ayrıca bkz. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] UKHL 12, [1996] AC 669, 705.

⁷⁹⁶ Gardner, s. 186; Underhill/Hayton, s. 623; Virgo, s. 340.

görevi kabulü varsayımını da içinde barındırdığı ifade edilmelidir.⁷⁹⁷ Bununla birlikte güvenilenin (ya da güvenilenlerin) bu görevi kabulünün trustın geçerliliği için bir şart olmadığının altı bir kere daha çizilmelidir. Diğer bir ifadeyle güvenilenin ya da güvenilenlerin hepsinin bu görevi reddetmesi ihtimalinde dahi trustın geçersizliği söz konusu olmamaktadır. Bu durumda mahkemenin devreye girerek bir güvenilen atamasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁷⁹⁸ Hakkaniyet hukukunun ilkelerinden biri olan bu husus, *trustın güvenilenin isteği üzerinde geçersiz hâle gelmemesi* (“*equity will not allow a trust to fail for want of a trustee*”) olarak ifade edilmektedir.⁷⁹⁹ Kuşkusuz kurucunun belirli bir güvenilenin görevi kabulünü trustın geçerlilik şartı olarak belirlediği durumda atanan kişinin bu görevi kabul etmemesi trustın geçersizliği sonucuna yol açacağı belirtilmelidir.⁸⁰⁰

Kural olarak fiil ehliyetine sahip tüm gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin güvenilen olarak atanması mümkündür.⁸⁰¹ Kurucunun kaç kişiyi güvenilen olarak atayacağı

⁷⁹⁷ Güvenilenin bu görevi kabul ettiğini açıkça beyan etmesi gerekli değildir, bu yöndeki örtülü iradenin ve hatta susmanın dahi yeterli olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Saattoğlu, s. 79-80; Underhill/Hayton, s. 625-627.

⁷⁹⁸ Pettit, s. 347; Virgo, s. 350-351. Bkz. *Trustee Act 1925* m. 36. İngiliz hukukundaki bu Yasa'nın ilgili bölümünde güvenilenin görevi reddetmesi dışındaki bazı hâllerde de mahkemenin bir başkasını güvenilen olarak atayabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hâller içinde güvenilenin ölümü, görevi bırakmak yönündeki arzusu, atanılan kişinin fiil ehliyetine sahip olmaması veya sağlığının veya iflas gibi başkaca şartların artık görevine devam etmesine izin vermemesi bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Panesar, s. 514 vd.; Pettit, s. 349 vd. Kurucunun tek bir güvenilen atadığı ve bu tek güvenilenin bu görevi kabul etmediği varsayımında trust fonunun kurucunun (veya ölmüşse yasal mirasçılarının) mal varlığına geri döndüğü, ancak bu kişinin bu sefer güvenilen sıfatıyla bu mal varlığı unsurunu elinde bulunduracağı, yani bir *resulting trust* söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Panesar, s. 512; Underhill/Hayton, s. 624. *Resulting trust* kavramına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 179 vd.

⁷⁹⁹ Virgo, s. 341, 350.

⁸⁰⁰ Virgo, s. 341. Benzer yönde bkz. Pettit, s. 348.

⁸⁰¹ Bu çalışmanın konusu bakımından önem taşımayan İngiliz hukukundaki istisnalar için bkz. Pettit, s. 362. Bununla birlikte trust veya trust-benzeri kurumları kabul eden bazı *civil law* ülkelerinde genellikle ancak belirli kişilerin veya finans kurumlarının güvenilen olarak atanabileceğinin kabul edildiği belirtilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Iris J. Goodwin, *Civil Law Countries and the Individual Trustee, The Worlds of The Trust* (ed. Lionel Smith), CUP, 2013, s. 368 vd.; Lucie Joskova, *Position of a Trustee: The Capacity to Be a Trustee and a Trustee's Duty of Care*, *European Review of Private Law*, S. 6, 2016, s. 1078 vd. Örneğin Fransız Medeni Kanunu m. 2015 (“*Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés au I de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article*”

konusunda da geniş bir irade serbestisi bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kurucu dilerse tek bir kişiyi güvenilen olarak atayabileceği gibi, bu sayıyı kural olarak istediği kadar arttırabilir.⁸⁰² Ancak tek veya fazla sayıda güvenilen atamanın birtakım pratik sorunları beraberinde getirmesinin kaçınılmaz olduğu ifade edilmelidir. Tek güvenilenli bir trust yapısında diğer güvenilenler tarafından sağlanacak bir kontrol mekanizması bulunmadığı için güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etme olasılığının artma riskinin bulunduğu ifade edilmektedir.⁸⁰³ Öte yandan çok fazla sayıda güvenilenin atanması durumunda da kural olarak bu kişilerin ortak karar vermesi gerektiği için,⁸⁰⁴ trust yapısının dinamizmine ve dolayısıyla etkinliğine gölge düşmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir.⁸⁰⁵ Bu bilgiler ışığında, aşağıda kurucunun seçebileceği ve uygulamada karşılaşılan farklı güvenilen tiplerinden kısaca bahsedilecektir.

2.2.1.2. Farklı Güvenilen Tipleri

2.2.1.2.1. Amatör Güvenilen ve Profesyonel Güvenilen

Trust kurumunun tarihsel gelişimine bakıldığında, güvenilen olma görevinin uzun bir süre gerçekten ve sadece 'güven' kavramı üzerine kurulu olduğu, bu görevin manevi bir yükümlülük olarak üstlenildiği ve kurucuların genellikle aile üyelerini veya yakın arkadaşlarını güvenilen olarak atadığı görülmektedir.⁸⁰⁶ Günümüzde varlığını sürdüren ve özellikle aile trustları olarak adlandırılan küçük çaplı trust

L. 531-4 du même code, les sociétés de gestion de portefeuille ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances./Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire.")

⁸⁰² Underhill/Hayton, s. 621. Ancak bu kuralın birtakım istisnaları bulunmaktadır. Çeşitli kanunlarda bazı işler için en az iki güvenilenin atanması gerektiği belirtildiği gibi, bir taşınmazın trusta özgülenmesi durumunda atanacak güvenilen sayısının en fazla dört olabileceği düzenlenmiştir. Bu istisnai hükümlere ilişkin olarak bkz. Moffat, s. 410; Pettit, s. 366-368; Underhill/Hayton, s. 621 vd.

⁸⁰³ Moffat, s. 410; Saatcioğlu, s. 77.

⁸⁰⁴ Bununla birlikte kurucunun trustın kurucu belgesinde aksi yönde bir düzenlemeye vermesinin mümkün olduğu ifade edilmelidir. Güvenilenlerin ortak karar alma yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Pettit, s. 395; Underhill/Hayton, s. 866-871.

⁸⁰⁵ Panesar, s. 512; Saatcioğlu, s. 78-79; Virgo, s. 347.

⁸⁰⁶ Benzer yönde Moffat, s. 404.

yapılarında güvenilen olarak atanan kişilerin bu işi bir ivaz almadan yerine getiren, başka bir deyişle güvenilenliği bir meslek olarak icra etmeyen amatör kişiler olduğu görülmektedir.⁸⁰⁷ Bununla birlikte özellikle son yüzyılda güvenilenlerde aranan özelliklerin de trust kurumunun ortaya çıktığı günden beri yaşadığı dönüşümden payını aldığını gözlemlemek mümkündür. Bu doğrultuda profesyonel güvenilen adı altında yeni bir 'güvenilen türü' ortaya çıkmış ve bu kişi ya da kurumlar görece büyük çaplı trustların yönetiminde sıkça tercih edilmeye başlanmıştır.⁸⁰⁸ Profesyonel güvenilenler, beraberinde ağır yükümlülükler getiren bu görevi bir arkadaşlık vazifesi ya da manevi yükümlülük olarak değil, bir ivaz karşılığında üstlenen ve bu işi meslek icabı yapan kişilerdir.⁸⁰⁹ Profesyonel güvenilenlerin bu işi meslek icabı yapan gerçek kişiler (örneğin avukatlar ya da finans uzmanları) veya trust şirketleri olması mümkündür.⁸¹⁰ Profesyonel güvenilenlerin tercih edilme sebeplerinin başında süreklilik, uzmanlık ve (herhangi bir yükümlülük ihlali olması durumunda önem kazanan) finansal istikrarın geldiği ifade edilmektedir.⁸¹¹

Günümüzde özellikle birçok büyük bankanın trust yönetimi konusunda uzmanlaşmış birimler oluşturduğu ve müşterilerine bu yönde profesyonel hizmet

⁸⁰⁷ Gardner, s. 194; Panesar, s. 511; Virgo, s. 342. Bununla birlikte bir güvenilenin bu işi meslek olarak yerine getirmeyen amatör biri olması, trustın yönetiminin tamamen bu kişinin ellerinde olduğu anlamına gelmemektedir. Zira amatör güvenilenlerin trustın yönetimi için genellikle alanında uzman kişilerden (söz gelimi avukat, finansçı veya yatırım uzmanlarından) yardım aldığı görülmektedir.

⁸⁰⁸ Moffat, s. 404-407; Sitkoff, Agency Costs, s. 633; Virgo, s. 342. Ayrıca bkz. *Trustee Act 2000* m. 28/5: "For the purposes of this Part, a trustee acts in a professional capacity if he acts in the course of a profession or business which consists of or includes the provision of services in connection with—(a) the management or administration of trusts generally or a particular kind of trust, or (b) any particular aspect of the management or administration of trusts generally or a particular kind of trust."

⁸⁰⁹ Gardner, s. 194; Moffat, s. 405.

⁸¹⁰ Gardner, s. 184; Virgo, s. 342. Son yıllarda yapılan pazar araştırmaları sonucunda kurulan trustların toplamda yaklaşık %20'sinin trust şirketleri tarafından yönetildiği, kalan kısmının önemli bir oranınınsa profesyonel gerçek kişilerce yönetildiği düşünülmektedir. Profesyonelleşme eğiliminin ivmesinin gittikçe artmakla birlikte günümüzde hâlâ arkadaş/aile dostlarının güvenilen olarak atanması yönündeki uygulamanın da devam ettiği ifade edilmektedir. Bu araştırmalara ilişkin olarak bkz. Moffat, s. 407-409.

⁸¹¹ George W. Keeton/Lionel A. Sheridan, *The Law of Trusts*, 10. bası, Professional Books Limited, 1974, s. 58; Pettit, s. 388; Thomas/Hudson, s. 669.

sunduğu bilinmektedir.⁸¹² Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere, bir güvenilenin bu görevi bir ücret karşılığında ve meslek olarak icra etmesi, bu kişinin özen ve sadakat yükümlülüğü başta olmak üzere görevinden kaynaklanan yükümlülüklerinin çok daha sıkı standartlara tâbi tutulmasına neden olmaktadır.⁸¹³ Bu bakımdan profesyonel güvenilenlerden, tıpkı tacirler gibi, basiretli olmalarının beklendiği ifade edilmelidir.

2.2.1.2.2. Public Trustee

İngiltere ve diğer birçok *common law* ülkesinde bir kamusal otorite olarak *public trustee* makamı bulunmaktadır.⁸¹⁴ Özellikle yaşından ya da bilgisizliğinden ve tecrübesizliğinden dolayı korumasız olduğu düşünülen kişilerin mal varlıklarını veya kimsenin güvenilen olmayı kabul etmediği trustları yönetmeyi amaç edinen bu makamın günümüzde önemini eskiye oranla yitirdiğini söylemek mümkündür.⁸¹⁵ Bu nedenle kamu güvenilen kişinin işleyişine bu çalışma kapsamında değinilmeyeceği ifade edilmelidir.⁸¹⁶

2.2.1.2.3. Mahkeme Tarafından Atanan Güvenilen

Bir diğer güvenilen tipi ise mahkeme tarafından atanan güvenilen (*judicial trustee*) olarak adlandırılan ve trustın yönetiminde ciddi sorunların ve görüş ayrılıklarının doğması durumunda trustın işleyişini sağlayabilmek için talep üzerine mahkemece göreve getirilen güvenilenlerdir.⁸¹⁷ Mahkemenin bu görev için uygun olduğunu

⁸¹² Bu bankaların trust birimi için genellikle bir yavru şirket kurdukları görülmektedir. Bkz. **Keeton/Sheridan**, s. 58; **Pettit**, s. 388; **Saatcioğlu**, s. 71. Örneğin bkz. HSBC Trust Company Ltd; Barclays Bank Trust Company Ltd; Credit Suisse Trust AG; BNP Paribas Trust Corporation; Deutsche Bank Trust Company Americas vb.

⁸¹³ **Thomas/Hudson**, s. 1424; **Virgo**, s. 343. Ayrıca aşağıda bkz. s. 255 vd.

⁸¹⁴ **Saatcioğlu**, s. 75, dn. 270. İngiltere’de bu makamın ortaya çıkışı 1906 tarihli *Public Trustee Act*’e dayanmaktadır. İngiltere’de bu kurumun tarihsel gelişimine ilişkin olarak bkz. **Moffat**, s. 410-411.

⁸¹⁵ **Moffat**, s. 411; **Panesar**, s. 522; **Virgo**, s. 344. Kişilerin *public trustee*’yi güvenilen olarak atadıklarını vasiyetnamelerinde belirtmeleri mümkündür. İlgili prosedüre ilişkin olarak bkz. <https://www.gov.uk/public-trustee-executor-will> (son erişim tarihi 16.01.2019).

⁸¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Keeton/Sheridan**, s. 56-58; **Pettit**, s. 384-386; **Thomas/Hudson**, s. 663 vd.

⁸¹⁷ **Moffat**, s. 413; **Virgo**, s. 343. Benzer yönde bkz. **Thomas/Hudson**, s. 661.

düşündüğü söz gelimi bir gerçek kişiyi, bir bankayı veya bir *public trustee*'yi güvenilen olarak ataması mümkündür.⁸¹⁸ Mahkeme tarafından atanılan güvenilen, somut olayın özelliklerine göre tüm güvenilenlerin yerine geçerek trustın idaresini bütünüyle üstlenecek şekilde veya mevcut güvenilenlerden sadece birinin ya da birkaçının yerine geçerek trustın yönetimine yardımcı olacak ve işleyişi gözetecek şekilde atanması mümkündür.⁸¹⁹ Bu doğrultuda, mahkeme tarafından atanılan güvenilenin işlevinin Türk hukuku bağlamında yönetim gereği atanan kayyıma benzediği ifade edilmelidir.⁸²⁰

2.2.1.2.4. Yediemin Güvenilen

Özellikle Türkçe'de menkul kıymet yatırım fonu olarak karşılık bulan ve ticaret hayatı bakımından son derece önemli yapılar olan *unit trust*'lar bakımından önem taşıyan bir diğer kavram ise yediemin güvenilen (*custodian trustee*) kavramıdır.⁸²¹ Yediemin güvenilenin, trust fonunu (ve bu fonu temsil eden menkul kıymet, emtia senedi gibi tüm belgeleri) elinde tutan, her güvenilen gibi ilgili mal varlığını kendi lehine kullanmama yükümlülüğü altında olan, bununla birlikte trustın yönetiminde kural olarak söz sahibi olmayan güvenilen olarak tanımlanması mümkündür.⁸²² Söz konusu yapıda trust fonunu elinde tutmamakla birlikte bu fona dair tüm bilgi ve belgelere erişim hakkına sahip olan ve trust fonunu profesyonel bir şekilde yönetmekle yükümlü olan güvenilenler ise yönetici güvenilen (*managing trustee*) olarak adlandırılmaktadır.⁸²³ Bu doğrultuda, trustın yönetimi bağlamında ortaya

⁸¹⁸ Keeton/Sheridon, s. 60-61; Thomas/Hudson, s. 661.

⁸¹⁹ Keeton/Sheridon, s. 60; Pettit, s. 381; Virgo, s. 343.

⁸²⁰ TMK m. 427 şu şekildedir: "Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar: 1. Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse, 2. Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa, 3. Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılarsa, 4. Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa, 5. Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa."

⁸²¹ *Unit trust* yapısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 96 vd.

⁸²² Benzer yönde Pettit, s. 386-387; Virgo, s. 344. Bu doğrultuda yediemin güvenilenin trust fonunu elinde pasif bir şekilde tuttuğunu söylemek mümkündür. Bkz. Moffat, s. 413.

⁸²³ Keeton/Sheridan, s. 55; Pettit, s. 387.

çıkabilecek herhangi bir yükümlülük ihlali ve beraberinde getirdiği sorumluluk yönetici güvenilene ait kabul edilmektedir.⁸²⁴ Trust fonunu ve gelirini yediemin sıfatıyla elinde bulunduran güvenilen, bu fona ve bu fondan yapılacak tüm ödemeler konusunda da kural olarak tek söz sahibidir.⁸²⁵ Örneğin bu fondan bir dağıtım yapılması gerekiyorsa, buna yediemin güvenilenin karar vermesi gerekmektedir. Ancak yediemin güvenilenin fondan elde edilecek gelirin yönetici güvenilenlere veya onların göstereceği kişilere ödenebileceğine karar vermesi de mümkündür.⁸²⁶

Güvenilen sıfatının yediemin güvenilen ve yönetici güvenilen olarak ikiye bölünmesinin akla gelebilecek iki önemli avantajı mevcuttur. Bunlardan ilki, trust fonunun daha fazla kişinin koruması altına alınarak trust ihlali riskinin azaltılmasıdır.⁸²⁷ İkincisi ise yönetici güvenilenin zaman içinde değişmesine rağmen bu durumun trust fonunun yeniden devrini gerekli kılmamasıdır. Başka bir deyişle uzun süreli trustlar bakımından sağladığı pratik kolaylık ve ortaya çıkmasını engellediği işlem maliyetidir.⁸²⁸ Bu nedenle özellikle uzun süreli, çok katıllı ve geniş meblağlı trust yapılarında yediemin güvenilene başvurulduğunu söylemek mümkündür.⁸²⁹

2.2.2. Güvenilenin-Yükümlülükleri

Güvenilenin yükümlülüklerini ayrıntılı bir şekilde incelemeye önce, bu kurallar ve ilkeler bütünü trust kurumunun varlığı ve gelişimi açısından öneminin vurgulanmasında yarar vardır. Güvenilenin yükümlülüklerinin trust hukukunun

⁸²⁴ Pettit, s. 387.

⁸²⁵ Thomas/Hudson, s. 667; Underhill/Hayton, s. 1078.

⁸²⁶ Thomas/Hudson, s. 667; Underhill/Hayton, s. 1078.

⁸²⁷ Moffat, s. 413; Thomas/Hudson, s. 666; Underhill/Hayton, s. 1075; Virgo, s. 344.

⁸²⁸ Bu yönde bkz. Moffat, s. 413; Thomas/Hudson, s. 666; Underhill/Hayton, s. 1075; Virgo, s. 344.

⁸²⁹ Benzer yönde bkz. Thomas/Hudson, s. 666. Yediemin güvenilene özellikle emeklilik ve yatırım fonlarında sıkça başvurulduğu yönünde bkz. Moffat, s. 413.

tam merkezinde yer aldığını, trust kurumunu diğer toplumsal ve hukuki ilişkilerinden ayırdığını ve böylece onu işlevsel ve özgün kıldığını söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere trust kurumunun temelinde bir kimsenin mal varlığının bir kısmını güvendiği birine, bu kişinin söz konusu mal varlığını onun güveni doğrultusunda kullanacağını umarak devretmesi fikri yatmaktadır. Bu nedenle güvenilenin görev ve yetkilerinin daha iyi kavranabilmesi için, bu kurumun temelinde yatan güven ve bununla bağlantılı güven ve sadakate dayalı ilişki (*fiduciary relationship*) kavramlarının anlaşılması önemlidir.

Güven, “*korku, çekinme, kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu*” olarak tanımlanmaktadır.⁸³⁰ Toplumbilimsel anlamda güven kavramı ise bir kimsenin başka birine itimat ederek tabiri caizse risk alması, bu kişinin sözüne ve takdirine bel bağlaması anlamına gelmektedir.⁸³¹ Başka bir deyişle güvenen ve güvenilen arasında doğal olarak ortaya çıkan bir güç dengesizliği ve bağıllık durumu söz konusudur. Zira güvenilen kişi, sahip olduğu takdir yetkisinden kaynaklanan gücü elinde tutmaktadır.⁸³² Taraflar arasındaki bu güç dengesizliği ise ancak güvenilen kişinin sahip olduğu takdir hakkının belirli bir hukuki çerçeveye oturtulması ve bu hakkın suistimalinin önceden belirlenmiş bir sorumluluk rejimine bağlanmasıyla düzeltilebilmektedir.⁸³³ Hukuk sisteminin güven ilişkisinin tarafları arasındaki bu dengeyi kurarken kullandığı en önemli araçlar güvenilenin omuzlarına yüklediği yükümlülükler⁸³⁴ ve bununla bağlantılı olarak güvenen kişiye bu görev ve yetkilerin düzgün ifasını sağlamak amacıyla verdiği haklardır.⁸³⁵ Bu sayede güven ilişkisinin beraberinde getirdiği risklerin en aza indirgenerek trust kurumunun serpilmesinin sağlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

⁸³⁰ www.tdk.gov.tr (Son erişim tarihi 10.12.2019)

⁸³¹ Roger Cotterrell, *Trusting in Law: Legal and Moral Concepts of Trust, Current Legal Problems*, C. 46, 1993, s. 78. (“*To trust someone is to take a relatively open-ended risk of relying on him or her. Trusting involves relying on that person’s goodwill in a range of circumstances that usually cannot be comprehensively defined in advance.*”)

⁸³² Cotterrell, s. 78.

⁸³³ Cotterrell, s. 78.

⁸³⁴ Cotterrell, s. 78.

⁸³⁵ Hudson, *Understanding*, s. 71.

Tarihsel olarak bakıldığında güven ilişkisinin taraflarından güçlü olanın, sahip olduğu takdir hakkından aldığı bu gücünü kötüye kullanması durumunda devreye *equity* mahkemelerinin girdiğini ve bu doğrultuda güvenilenin görevine ilişkin hukuki rejimin *equity* mahkemeleri tarafından oluşturulduğunu söylemek mümkündür. Zira hakkaniyet hukukunun temel ilkelerinden birinin fırsatçı davranışların engellenmesi ve düzeltilmesi olduğu kabul edilmektedir.⁸³⁶ Bu tür fırsatçı davranışların ortaya çıkma riskinin en fazla olduğu, hatta fırsatçılığın adeta içkin olduğu ilişkiler ise taraflar arasındaki güven ve bağlılık unsurunun öne çıktığı *fiduciary* ilişkilerdir.⁸³⁷ Güven ve sadakate dayalı ilişkilerin en tipik örneklerinden biri, hatta en mükemmeli⁸³⁸ olan trustın işleyişinin ve ilgili kuralların daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıda öncelikle Türk hukukuna yabancı olduğu düşünülebilecek güven ve sadakate dayalı ilişki kavramı incelenecek, ardından bu güvene dayalı ilişkinin trust kurumu bağlamındaki somut görünümleri, başka bir deyişle güvenilenin yükümlülükleri ele alınacaktır.

2.2.2.1. Güven ve Sadakate Dayalı İlişki (Fiduciary Relationship) Kavramı

En az üç yüzyıldır İngiliz hakkaniyet hukukunun bir parçası olan ve toplumsal ilişkilerin değişmesine rağmen önemini hiç yitirmeyen ‘güven ve sadakate dayalı ilişki’⁸³⁹ (*fiduciary relationship*) kavramına ilişkin belirli ve kapsayıcı bir tanım

⁸³⁶ Henry E. Smith, Why Fiduciary Law is Equitable (bundan böyle ‘Equitable’), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), OUP, 2014, s. 262 vd. Sözleşme hukuku bağlamında fırsatçı davranış kavramına ilişkin olarak bkz. Kerem Cem Sanlı, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi* (bundan böyle ‘Sözleşme’), On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 24 vd. Sanlı fırsatçı davranışı kısaca şöyle tanımlamaktadır: “Fırsatçı davranış kavramı, kullanıldığı bağlama göre farklı anlamlara gelebilir. Fakat genel kabul gören tanıma göre, fırsatçı davranış, kişinin salt kendi çıkarına hizmet eden kurnaz ve hatta aldatıcı bazı davranışlar sergilemesidir.” Ayrıca bkz. Ejan Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Edward Elgar Publishing, 2013, s. 225-227.

⁸³⁷ Smith, *Equitable*, s. 270-271.

⁸³⁸ Moffat, s. 403 (“(...) the trusteeship is a fiduciary relationship, arguably the fiduciary relationship par excellence.”) Benzer yönde bkz. Smith, *Equitable*, s. 272.

⁸³⁹ Güven ve sadakate dayalı ilişki kavramına dair Türk hukuku bağlamında yapılmış bir inceleme için bkz. Baş Süzel, s. 196 vd. *Fiduciary* kavramı, içinde hem özen hem de sadakat yükümlülüğünü içeren kapsayıcı bir kavramdır. *Civil law* sistemlerinde ve bunun bir parçası olan Türk hukukunda

vermenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.⁸⁴⁰ *Fiduciary* kavramı, hem birbiriyle ortak hem de birbirinden ayrık birçok yönü bulunan ve çok çeşitli ilişkiler bakımından uygulanan bir hukuki kavram olarak kendini göstermektedir. Zaman içinde çeşitli mahkeme kararlarında söz gelimi küçük ile kısıtlı, veli ile vasi veya avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin, adi ortaklıkta ortaklar arasındaki ilişkinin, şirket yöneticileri ile şirket arasındaki veya işçi ile işveren arasındaki ilişkinin ve tabii ki trust bağlamında güvenilen ile lehtar arasındaki ilişkinin bir *fiduciary* ilişki olarak nitelendirildiği görülmektedir.⁸⁴¹ 18. ve 19. yüzyılda verilen mahkeme

fiduciary kavramına karşılık gelen tek bir hukuki terim bulunmadığı ifade edilmelidir. Türk hukukunda da, diğer *civil law* sistemlerinde olduğu gibi “özen yükümlülüğü” ve “sadakat yükümlülüğü” kavramları mevcut olmakla birlikte, bu iki yükümlülüğü de kapsayan tek bir başlık söz konusu değildir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında *fiduciary* kavramı bu şekilde, hem özen hem de sadakat yükümlülüğünü içine alan bir kavram olarak kullanılmıştır. *Civil law* sistemlerinde *fiduciary* kavramı için bkz. **Martin Gelter/Geneviève Helleringer**, *Fiduciary Principles in European Civil Law Systems*, The Oxford Handbook of Fiduciary Law (ed. Evan J. Criddle/Paul B. Miller/Robert H. Sitkoff), Oxford University Press, 2019, s. 583 vd.; **Michele Graziadei**, *Virtue and Utility: Fiduciary Law in Civil Law and Common Law Jurisdictions* (bundan böyle ‘Fiduciary’), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), OUP, 2014, s. 294 vd. Güven ve sadakate dayalı ilişki kavramının Hammurabi Yasaları’ndan bugüne kadar olan gelişimi üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Tamar Frankel**, *Fiduciary Law* (bundan böyle ‘Fiduciary’), OUP, 2011, s. 79-99.

⁸⁴⁰ **Leonard I. Rotman**, *Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity*, *McGill Law Journal*, C. 62, 2017, s. 977. *Rotman*, *fiduciary* kavramına ilişkin belli bir tanım verilememesine ve kavramın iyi anlaşılmasına rağmen bu kavramın uygulamada çok karşılaşılan bir kavram olduğunu ifade etmiş, bu durumu ise *fiduciary* ikilemi (*fiduciary paradox*) olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Rotman**, s. 981. Bu kavramın öğretilde ve uygulamada belirsiz ve tartışmalı olarak kabul edildiği yönünde ayrıca bkz. **Matthew Conaglen**, *The Nature And Function of Fiduciary Loyalty* (bundan böyle ‘Fiduciary’), *LQR*, C. 121, 2005, s. 452; **Robert Cooter/Bradley J. Freedman**, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, *New York University Law Review*, C. 66, 1991, s. 1045-1046; **Leonard S. Sealy**, *Fiduciary Relationships*, *Cambridge Law Review*, C. 20, S. 1, 1962, s. 73; **Lionel Smith**, *Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgment on Behalf of Another* (bundan böyle ‘Fiduciary’), *LQR*, C. 130, 2014, s. 608; **Remus Valsan**, *Fiduciary Duties, Conflict of Interest, And Proper Exercise of Judgment*, *McGill Law Review*, C. 62, S. 1, 2016, s. 5-6; **Virgo**, s. 418.

⁸⁴¹ **Cooter/Freedman**, s. 1046; **Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel**, *Contract and Fiduciary Duty*, *The Journal of Law and Economics*, C. 36, 1993, s. 432-434; **Scott Fitzgibbon**, *Fiduciary Relationships Are Not Contracts*, *Marquette Law Review*, C. 82, S. 2, 1999, s. 306-308; **Alastair Hudson**, *Equity and Trusts*, 8. bası, Routledge, 2015, s. 687-688; **Rotman**, s. 981, dn. 12. Güvenilen-lehtar, şirket yöneticisi-şirket, avukat-müvekkil ilişkileri gibi ilişkiler *kategorik* olarak, başka bir deyişle doğası gereği *fiduciary* ilişkilerdir. Bununla birlikte bazı durumlarda somut olayın özelliklerine göre taraflar arasında bu yönde bir ilişkinin bulunduğu kabul edildiği ve *fiduciary* kavramını kendiliğinden bu karakteri taşımayan başka ilişkilere de *ad hoc* şekilde uygulandığı görülmektedir. Bkz. **Robert H. Sitkoff**, *An Economic Theory of Fiduciary Law* (bundan böyle ‘Fiduciary’), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), OUP, 2014, s. 200-201; **Virgo**, s. 420-423.

kararlarında, güvene dayalı ilişkilerin hemen hepsinin 'trust' adı altında değerlendirildiği, daha sonra trust kavramının bugünkü şekliyle, daha dar ve teknik anlamda kullanılmaya başlanmasıyla birlikte bunun dışında kalan ancak önemli derecede güven unsurunu barındıran benzer ilişkilerin "*fiduciary relationship*" olarak adlandırıldığı ve trust kurumu bağlamında kabul edilen güvenilen ile lehtar arasındaki hak ve yükümlülüklerin bu ilişkilere kıyasen uygulandığı ve böylece *fiduciary* hukukunun doğduğu kabul edilmektedir.⁸⁴² Dolayısıyla trustın bu başlık altında incelenecek olan *fiduciary* ilişkilerin en eski ve en klasik örneğini oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁸⁴³

Fiduciary kavramını diğer toplumsal ve hukuki ilişkilerden ayıran ilk özellik, taraflar arasında tipik bir sözleşme ilişkisine göre çok daha yüksek derecede bir güven ilişkisinin söz konusu olması ve bunun sonucunda güvenen tarafın bir nevi savunmasızlık, korumasızlık ve bağımlılık hissetmesidir.⁸⁴⁴ Bunun dışında bir ilişkinin *fiduciary* olarak nitelendirilebilmesi için taraflardan birinin mutlaka diğerinin menfaatlerini etkileyebilecek bir takdir hakkına sahip olması da gerekmektedir.⁸⁴⁵ *Fiduciary* olarak adlandırılan kişinin sahip olduğu bu takdir hakkının birtakım olası sorunları beraberinde getirmesi mümkündür; hatta bu sorunların ve bunlara bağlı maliyetlerin *fiduciary* yapısında mündemiç olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sorunlar hukukun ekonomik analizi öğretisinde 'temsil maliyeti' (*agency cost*) olarak adlandırılmakta ve özetle güvenilenin sahip olduğu takdir yetkisini kötüye kullanması riski anlamına gelmektedir.⁸⁴⁶ Bu riskin

⁸⁴² Sealy, s. 69-72. Benzer yönde ayrıca bkz. Conaglen, *Fiduciary*, s. 455.

⁸⁴³ Smith, trust bağlamında güvenilen ve lehtar arasındaki ilişkiyi *kendiliğinden fiduciary ilişki* (*per se fiduciary relationship*) olarak tanımlamaktadır. Bkz. Smith, *Fiduciary*, s. 616.

⁸⁴⁴ Benzer yönde Rotman, s. 988.

⁸⁴⁵ Valsan, bir ilişkinin *fiduciary* olarak değerlendirilebilmesi için iki özelliğe birden sahip olması gerektiğini söylemiştir. Bu özelliklerden ilki, taraflardan birinin diğeri için bir iş görmeyi üstlenmesi (başka bir ifadeyle gönüllülük esası), diğeri ise bu kişinin önemli bir takdir hakkıyla donatılmış olmasıdır. Bkz. Valsan, s. 7.

⁸⁴⁶ *Agency cost* kavramına ilişkin olarak bkz. Sitkoff, *Fiduciary*, s. 198-200.

en aza indirgenebilmesi ise ancak (*common law* sistemlerinde *fiduciary hukuku* adı verilen) birtakım kurallar ve ilkeler bütünüyle mümkün olmaktadır.⁸⁴⁷

Böylece hakkaniyet hukukunun en temel araçlarından biri olan *fiduciary* kavramının esas işlevinin toplumsal ve ekonomik bağımlılık ilişkilerinin var olmasını ve devam edebilmesini sağlamak olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁴⁸ Hakkaniyet hukuku bu işlevini, bu tür bir yüksek güven ilişkisinde güvenilen tarafa sıkı yükümlülükler yükleyerek ve bu yükümlülüklerin ihlali durumunda ortaya çıkacak ağır yaptırımlar öngörerek yerine getirmektedir. Başka bir deyişle *fiduciary* kavramı sayesinde taraflar arasındaki dengesizlik, güvenen-tarafa birtakım haklar ve güvenilen tarafa da önemli yükümlülükler atfedilmek suretiyle düzeltilmektedir.⁸⁴⁹

Bu bağlamda güvenilenin en temel yükümlülüğünün sadakat yükümlülüğü (*duty of loyalty*) olduğu kabul edilmektedir.⁸⁵⁰ Sadakat yükümlülüğü, belli konularda takdir hakkına sahip güvenilenin, bu takdir hakkını kullanırken sadece güvenen kişinin çıkarlarını düşünerek hareket etmesi olarak tanımlanmaktadır.⁸⁵¹ Ancak burada bir hususun altı çizilmelidir: Güvenilenin sadakat yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği değerlendirilirken önemli olan, tıpkı Türk hukukunda vekalet sözleşmesinde olduğu gibi, güvenilenin somut olayda takdir yetkisini kullanırken güvenen kişinin menfaatlerini göz önünde tutup tutmadığıdır. Dolayısıyla ortaya

⁸⁴⁷ Sitkoff, *Fiduciary*, s. 200. Aynı yönde bkz. Gardner, s. 16; Graziadei/Mattei/Smith, s. 41.

⁸⁴⁸ Rotman, s. 1021.

⁸⁴⁹ Rotman, s. 988.

⁸⁵⁰ Bu yönde bkz. Conaglen, *Fiduciary*, s. 452; Rebecca Lee, In Search of the Nature and Function of the Fiduciary Loyalty: Some Observations on Conaglen's Analysis, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 27, S. 2, 2007, s. 327; Smith, *Fiduciary*, s. 609, 614; Virgo, s. 418. Ayrıca bkz. *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch 1, 18 ("A fiduciary is someone who has undertaken to act for or on behalf of another in a particular matter in circumstances which give rise to a relationship of trust and confidence. The distinguishing obligation of a fiduciary is the obligation of loyalty.")

⁸⁵¹ Tipik bir borçlandırıcı sözleşmede, tarafların hak ve yükümlülükleri objektif olarak belirlendiği için bir sadakat yükümlülüğünden bahsedilmesi mümkün değildir. Sadakat yükümlülüğü ancak ve ancak taraflardan birinin kullanabileceği bir takdir hakkı söz konusuysa devreye girebilen bir kavramdır. Bu nedenle sadakat yükümlülüğünün dar anlamda bir borç olarak algılanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Smith, *Fiduciary*, s. 610-611.

çıkan sonuç güvenenin menfaatlerine en uygun sonuç olmasa dahi güvenilenin bu kararı verirken sadakat yükümlülüğünü ihlal etmediğinin kabul edilmesi mümkündür.⁸⁵²

Dolayısıyla *fiduciary* nitelikteki bir ilişkideki esas ilkenin, güvenilen kişinin her zaman güvenen kişinin menfaatlerini gözeterek hareket etmesi olduğu ifade edilmektedir.⁸⁵³ Bunun doğal bir sonucu olarak sadakat yükümlülüğünün yanı sıra dürüstlük, özen yükümlülüğü, hesap verebilirlik ve diğerkâmlık/özgecilik de güvenilenin diğer temel yükümlülükleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁵⁴ Öğretide sadakat yükümlülüğünün somut görünümleri olan öz menfaatler ve güvenenin menfaatleri arasında bir çatışma yaratmama yükümlülüğü (*no conflict rule*)⁸⁵⁵ ve güvenilen pozisyonunu kendi lehine kullanarak bir çıkar elde etmeme yükümlülüğünün (*no profit rule*)⁸⁵⁶ *fiduciary* yükümlülüklerin çekirdeğini oluşturduğu ileri sürülmektedir.⁸⁵⁷

Güvenilen kişinin bu yükümlülüklerini ihlal etmesi, söz gelimi kendi çıkarlarını veya üçüncü kişilerin menfaatlerini güvenen kişinin menfaatleri önüne koyması durumunda uygulanacak yaptırımlar da genellikle sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunun tipik yaptırımlarının ötesine geçmektedir. Örneğin *fiduciary* ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerin⁸⁵⁸ ihlal edilmesi durumunda

⁸⁵² Smith, *Fiduciary*, s. 611-612. *Fiduciary* yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği incelenirken sonuç odaklı bir değerlendirme yapılmasının isabetli olmayacağı yönünde ayrıca bkz. Sitkoff, *Fiduciary*, s. 199. Türk hukukunda vekilin sorumluluğu bakımından da aynı yönde değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bkz. M. Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (bundan böyle 'Özen Borcu'), Beta Yayınları, 2001, s. 147, 149.

⁸⁵³ Rotman, s. 990.

⁸⁵⁴ Rotman, s. 991; Sitkoff, *Fiduciary*, s. 201-202.

⁸⁵⁵ Smith, *Fiduciary*, s. 623-625.

⁸⁵⁶ Smith, *Fiduciary*, s. 625-633.

⁸⁵⁷ Conaglen, *Fiduciary*, s. 459-460; Cooter/Freedman, s. 1054.

⁸⁵⁸ Bu noktada bir *fiduciary* ilişkiden doğan her türlü yükümlülüğün *fiduciary* yükümlülük olarak nitelendirilmeyeceği belirtilmelidir. Örneğin bir avukat - müvekkil ilişkisinde avukatın kendi çıkarlarını müvekkilinin menfaatlerinin önüne koyması veya üçüncü bir kişiyle arasında menfaat çatışması yaratması bir *fiduciary* yükümlülük olan sadakat yükümlülüğünün ihlali olacaktır. Ancak işin yürütülmesinde gereken özenin gösterilmemesi bir *fiduciary* yükümlülük teşkil etmemektedir. Bu durumda devreye giren yaptırım, *fiduciary* yükümlülüklerin ihlali durumunun aksine, kazanç temelli değil, zarar temelli olmaktadır. Bkz. *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] CH 1, 16.

tazminat sorumluluğundan daha ağır bir yaptırım olan menfaat devri söz konusu olabilmektedir.⁸⁵⁹ *Fiduciary* yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde söz konusu olan yaptırımların bu denli ağır olması, bu yükümlülüklerin ihlal edildiğinin tespitinin zor olması⁸⁶⁰ ve bu yaptırımların caydırıcı karakteriyle açıklanmaktadır.⁸⁶¹ Sonuç olarak güvenilen kişiye yüklenen sıkı yükümlülükler, bu kişinin tâbi olduğu yüksek özen standardı ve yükümlülüklerin ihlali hâlinde ortaya çıkacak yaptırımlar üzerinden kurulan bu sistem sayesinde güvenenlerin bu tür bir ilişkiye girme konusunda desteklendiği, güvenilenlerin ise kendilerine duyulan güveni suistimal etme konusunda demotive edildiğini söylemek mümkündür.⁸⁶²

Fiduciary hukuku, *common law* sistemlerinin önemli bir parçasını oluşturmakta ve sözleşme hukuku, haksız fiil hukuku gibi alanların yanında ve onlardan ayrı bir alan olarak düşünülmektedir. Bunun sebeplerinin başında çalışmanın ilk kısmında incelenen İngiliz hukuk sisteminin iki başlı yapısı gelmektedir.⁸⁶³ Zira sözleşme hukuku, haksız fiil hukuku ve bunlara ilişkin yaptırımlar kural olarak *common law* sisteminin bir parçasını oluşturup *common law* mahkemelerinin yetki alanına girmekte, buna karşılık *fiduciary* hukuku *equity* mahkemelerinin yetkisi dahilinde

⁸⁵⁹ Cooter/Freedman, s. 1051; Frankel, *Fiduciary*, s. 237; Sitkoff, *Fiduciary*, s. 206; Smith, *Equitable*, s. 273-274. Bunun yanı sıra ispat yükünün de güvenilen aleyhine tersine çevrildiği yönünde bkz. Cooter/Freedman, s. 1048; Rotman, s. 992. Bununla birlikte *fiduciary* yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda birincil yaptırımın güvenilenin sadakat yükümlülüğünü ihlal ederek kurduğu hukuki işlemlerin geri alınması (örneğin bir sözleşmeye bu sözleşmeden dönülmesi) olduğu ifade edilmelidir. Bkz. Smith, *Fiduciary*, s. 619 vd.; Virgo, s. 419.

⁸⁶⁰ Cooter/Freedman, s. 1051; Charles Mitchell, *Causation, Remoteness and Fiduciary Gains* (bundan böyle 'Fiduciary Gains'), *The King's College Law Journal*, C. 17, 2006, s. 326; Rotman, s. 982. Bu yükümlülüklerin ihlal edildiğinin tespitinin zor olmasının temel sebebi, güvenen kişinin hem genellikle güvenilene başvurduğu konuda uzman olmaması ve aralarındaki bilgi asimetrisinden dolayı güvenileni sürekli denetleme ve gözetme şansının olmamasıdır. Dolayısıyla güvenilenin *fiduciary* yükümlülüklerini ihlal edip etmediğinin tespitinin herhangi bir sözleşmesel ilişkiye göre çok daha da güç olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. Cooter/Freedman, s. 1047, 1051; Sitkoff, *Fiduciary*, s. 199. Aynı yönde bkz. Robert Flannigan, *The Strict Character of Fiduciary Liability* (bundan böyle 'Fiduciary'), *New Zealand Law Review*, 2006, S. 2, s. 210.

⁸⁶¹ Cooter/Freedman, s. 1052 vd.; Rotman, s. 992; Sitkoff, *Fiduciary*, s. 201, 207. Benzer yönde bkz. Flannigan, *Fiduciary*, s. 210. Aksi yönde bkz. Smith, *Fiduciary*, s. 627; Valsan, s. 15 vd. Caydırıcılık işlevine ilişkin (olumsuz) bir değerlendirme için ayrıca bkz. Lionel Smith, *Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations* (bundan böyle 'Deterrence'), *Journal of Equity*, C. 7, 2013, ss. 87-104.

⁸⁶² Benzer yönde bkz. Rotman, s. 988.

⁸⁶³ Gelter/Helleringer, s. 585.

kabul edilmektedir.⁸⁶⁴ Ancak *fiduciary* hukukunun bunların yanında ayrı bir alan olarak ele alınmasının tek sebebinin bu şekli ayırım olduğu yanılığısına kapılmamalıdır.

Bilindiği üzere *common law* sistemlerinde sözleşmeye ilişkin bakış açısı, *civil law* sistemlerine göre çok farklıdır. Bu sistemlerde sözleşme, tarafların sadece kendi menfaatlerini gözettiği (*self regarding/self interested*) bir hukuki işlem olarak düşünülmektedir.⁸⁶⁵ Başka bir deyişle tarafların birbirlerine karşı genel bir özen yükümlülüğü altında olduğu kural olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle yüksek güven unsurunu taşıyan sözleşmeler için ayrı bir kurallar bütünü oluşturma gereği ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Buna karşılık bu bakış açısının *civil law* sistemleri açısından geçerli olduğunu söylemek isabetli değildir. Zira bu sistemlerde de güven ve sadakate dayalı ilişki kavramı mevcut olmakta, ancak *common law* sistemlerinin aksine bir kurallar bütünü olarak değil, sistemin farklı yerlerinde ve parçalara ayrılmış bir şekilde karşımıza çıkan bir kavram olarak değerlendirilmektedir.⁸⁶⁶ Bu nedenle, *civil law* sistemlerinin çoğunun merkezinde bulunan dürüstlük kuralı sayesinde sözleşmeler hukukundan bağımsız ayrı bir

⁸⁶⁴ Gelter/Helleringer, s. 585; Smith, Equitable, s. 262 vd.

⁸⁶⁵ Gelter/Helleringer, s. 586; Graziadei, Fiduciary, s. 291. Benzer yönde bkz. Tamar Frankel, Towards Universal Fiduciary Principles (bundan böyle 'Principles'), Queens Law Journal, C. 39, S. 2, 2014, s. 412-414. Bu iddianın belki de en somut örneği, bir sözleşmenin bağlayıcı olabilmesi için aranan karşılık/pey akçesine ilişkin *consideration* kuralıdır. İngiliz hukukunda geleneksel görüşe göre sözleşmenin karşı tarafının da menfaatlerinin gözetilmesini gerektiren dürüstlük kuralının (*good faith*) bir ilke olarak kabul edilmediği, buna karşılık bu yönde bir eğilimin başlamakta olduğu ifade edilmektedir. İngiliz sözleşmeler hukukunda dürüstlük kuralına ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ewan McKendrick, Good Faith in the Performance of a Contract in English Law, Comparative Contract Law (ed. Larry A. Dimatteo/Martin Hogg), OUP, 2016, ss. 196-209.

⁸⁶⁶ Graziadei, Fiduciary, s. 294-295. Türk hukuku bakımından bu parçalanmış yapının örnekleri için bkz. TBK m. 396 (hizmet sözleşmesinde işçinin özen ve sadakat borcu), TBK m. 471 (eser sözleşmesinde yüklenicinin özen ve sadakat borcu), TBK m. 506 (vekilin şahsen ifa, sadakat ve özen borcu); TTK m. 369 (anonim şirkette yönetimin özen ve bağlılık yükümlülüğü), TTK m. 626 (limited şirkette müdürler ve yönetimle görevli kişilerin özen ve bağlılık yükümlülüğü); TMK m. 454 (mal varlığının yönetilmesi bağlamında vasinin özen yükümlülüğü), TMK m. 466 (vesayet organlarının özen yükümü), TMK m. 556 (vasiyeti yerine getirme görevlisinin özen yükümlülüğü), TMK m. 593 (terekenin resmen yönetilmesinde sulh hakiminin veya görevlendirdiği kişinin özen yükümlülüğü) vb.

fiduciary hukukuna gerek duyulmamış olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁶⁷ Zira dürüstlük kuralı, bir borç ilişkisine taraf herkesin (hatta bu sözleşme kurulmadan önceki aşamada dahi) birbirlerine karşı belirli bir özen yükümlülüğü altında olduğu anlamına gelmektedir.⁸⁶⁸

Bununla birlikte son yıllarda *common law* öğretisinde *fiduciary* kavramının ve buna bağlı hak ve yükümlülüklerin sözleşme hukukunun bir parçası olarak ele alınması gerektiğine dair görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir.⁸⁶⁹ Özellikle hukukun ekonomik analizi öğretisi taraftarı bazı yazarlar, *fiduciary* ilişkileri ve bundan doğan yükümlülükleri nitelendirirken sözleşme ve sözleşmesel sorumluluk kavramlarından yola çıkmakta ve *fiduciary* kavramını ve söz konusu hukuki rejimi sözleşmelerdeki boşlukları doldurmaya yarayan bir araç olarak nitelendirmektedir.⁸⁷⁰ Bu görüşe göre *fiduciary* yükümlülükler herhangi bir sözleşmeden doğan yükümlülükler gibi değerlendirilmeli ve bu yükümlülüklerin

⁸⁶⁷ Gelter/Helleringer, s. 585; Graziadei, Fiduciary, s. 295. Türk hukuku bağlamında dürüstlük kuralının *fiduciary* kavramına paralel olarak “borç ilişkilerinde karşılıklı bağlılık ve güvene uyma zorunluluğu” olarak tanımlandığı görülmektedir. Bkz. Rona Serozan, Medeni Hukuk, 7. bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 277. *Fiduciary relationship* kavramının Türk hukukunda TMK m. 2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralına paralel olduğu yönünde ayrıca bkz. Baş Süzel, s. 196, dn. 263.

⁸⁶⁸ Gelter/Helleringer, s. 586; Serozan, Medeni Hukuk, s. 278. (“Bu bağlamda her bir sözleşme karşı yanın çıkarlarını da gözeterek, onun bu çıkarlarını tehlikeye sokmayacaktır.”) Dürüstlük kuralı, sadece belirli hukuki ilişkiler bakımından devreye giren bir kavram değil, özel hukuktaki tüm ilişkilerde uygulanan bir genel ilkedir. Bkz. Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası (bundan böyle ‘Dürüstlük’), Filiz Kitapevi, 1995, s. 5; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, 24. bası, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 263.

⁸⁶⁹ Örneğin bkz. Easterbrook/Fischel, s. 425 vd.; Langbein, Contractarian, s. 657 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Fitzgibbon, s. 315 vd. *Fiduciary* hukukunun sözleşme hukukunun bir parçası olarak ele alınmasına ilişkin karşı argümanlar için ayrıca bkz. Frankel, Fiduciary, s. 232-235.

⁸⁷⁰ Özellikle taraflar arasında bilgi asimetrisinin bulunduğu ve uzmanlığa dayalı sözleşmelerde tarafların ortaya çıkabilecek her durumu öngörerek sözleşmeye yazmaları makul bir beklenti değildir. Bu durum hukuk ve ekonomi öğretisinde “tamamlanmamış sözleşmeler” veya “eksik sözleşmeler” (*incomplete contracts*) olarak tanımlanmaktadır. Böyle bir durumda borçlunun genel bir özen ve sadakat yükümlülüğü altında olduğu kabul edilerek sözleşmedeki boşluklar doldurulmaktadır. Bu yönde bkz. Easterbrook/ Fischel, s. 426-427; Sitkoff, Fiduciary, s. 202. Tamamlanmamış sözleşmeler kavramına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Sugata Bag, Economic Analysis of Contract Law: Incomplete Contracts and Asymmetric Information, Palgrave Macmillan, 2018, s. 5 vd.; Marciano/Ramello, C. 2, s. 1112 vd. Tam ve eksik sözleşme kavramlarına ilişkin olarak ayrıca bkz. Sanlı, Sözleşme, s. 45 vd.

ihlali durumunda da sözleşmesel sorumluluk rejimi devreye girmelidir.⁸⁷¹ Bunun yanı sıra özellikle *fiduciary* olarak nitelendirilebilen ilişkilerin çeşitliliği dikkate alındığında, belirli ve bütünleşik bir *fiduciary* hukukunun ortaya konulması çabasının yararsız olduğu ifade edilmektedir.^{872, 873}

Fiduciary kavramının hukuki temeline ilişkin hangi görüşün benimsendiğinden bağımsız bir gerçek, *fiduciary* kavramına belirli bir ahlaki bileşenin atfedildiğidir.⁸⁷⁴ Konuyla ilgili hemen her eserde atıf yapılan 1924 tarihli *Meinhard v Salmon* kararında hâkim *Cardozo*'nun ifadesi bu bağlamda aydınlatıcıdır.⁸⁷⁵ Amerikalı hâkim *Cardozo*, bir ortak girişim yapısında adi ortakların birbirlerine karşı güven ve sadakat yükümlülüğü bulunduğu yönündeki kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "Güvenilen, piyasanın etik değerlerinden daha sıkı bir şeyle bağlıdır. Bu yüzden güvenilenin davranış standardı sadece dürüstlük değil, söz/namus için aranan titizliktir. (...) Güvenilenlerden beklenen davranış yükümlülüğü standardı ancak bu şekilde sıradan insanlardan beklenenden daha yüksek bir seviyede tutulabilmektedir."⁸⁷⁶ Bu ahlaki nitelemenin günümüzde hâlâ

⁸⁷¹ *Easterbrook/Fischel*, s. 427. Yazarlar, bu bağlamda menfaat devri yaptırımının *fiduciary* yükümlülüklerin ihlaline özgü olmadığı ve *fiduciary* yükümlülüklerin ihlali hâlinde tazminat yaptırımının da devreye girebildiğini ifade etmiştir. Bkz. *Easterbrook/Fischel*, s. 441 vd.

⁸⁷² *Easterbrook/Fischel*, s. 434-438.

⁸⁷³ Her ne kadar ilk bakışta bu temellendirmenin *civil law* sistemlerindeki dürüstlük kuralı üzerinde kurulu mevcut düzene kavramsal olarak daha yakın olduğu düşünülebilse de, Türk hukukunda ve diğer *civil law* sistemlerinde mevcut olan dürüstlük kuralının ve buna bağlı özen ve sadakat yükümlülüklerinin bir sözleşme hükmüyle eş değer olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira dürüstlük kuralı emredici karakterde ve genel bir ilke niteliğindedir. *Fiduciary* yükümlülüklerin birer zimni sözleşme hükmü olarak nitelendirilmesinin belki de en sorunlu yönü, sözleşmede yer verilen açık hükümlerle bu yükümlülüklerin aksinin kararlaştırılabileceği sonucuna varılmasına imkân vermesidir. Oysaki *fiduciary* hukukunda da tıpkı Türk hukukundaki dürüstlük kuralı gibi, bu yükümlülüklerin özünün sözleşmeyle bertaraf edilemeyeceği kabul edilmektedir. Benzer yönde bkz. *Fitzgibbon*, s. 322; *Melanie B. Leslie*, *Trusting Trustees: Fiduciary Duties and the Limits of Default Rules*, *The Georgetown Law Journal*, C. 94, 2005, s. 69-70. Krş. *Langbein*, *Contractarian*, s. 658-660.

⁸⁷⁴ *Frankel*, *Principles*, s. 416 vd.; *Langbein*, *Contractarian*, s. 658; *Leslie*, s. 70; *Irit Samet*, *Fiduciary Loyalty as Kantian Value, Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), OUP, 2014, s. 130 vd. Krş. *Easterbrook/Fischel*, s. 427; *Virgo*, s. 428-429.

⁸⁷⁵ *Meinhard v Salmon* 249 NY 458 (T. 31.12.1928)

⁸⁷⁶ *Meinhard v Salmon*, s. 464 ("Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. (...) Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd.")

önemini koruduğunu ve *fiduciary* olarak nitelendirilen kişilerden (ve kuşkusuz trust güvenilenlerinden) beklenen özen ve sadakat seviyesinin yüksek olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle mahkemelerin bir *fiduciary* yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği sorusuna olumlu yanıt verme ihtimallerinin, güven ve sadakate dayalı olmayan bir sözleşmenin ihlali durumuna kıyasla daha yüksek olması şaşırtıcı olmasa gerektir.⁸⁷⁷

2.2.2.2. Görev ve Yetki Kavramları

Güvenilenin görev ve yetkilerinin somut görünümüne geçmeden önce bu ayrımın anlamı kısaca açıklanmalıdır. Güvenilenin görevleri, yerine getirmekle yükümlü olduğu, gerektiği şekilde yerine getirmediği takdirde trustın ihlali sonucunu doğurabilecek ödevlerdir.⁸⁷⁸ Buna karşılık güvenilenin yetkileri, güvenilenin alıp almamakta özgür olduğu kararlar anlamına gelmektedir.⁸⁷⁹ Ancak görev ve yetki kavramlarının birbirinden apayrı iki kavram olduğunu düşünmek yanıltıcı olabilir. Zira güvenilenin bu görevi kabul etmekle altına girdiği yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla verdiği kararlarda genellikle bir takdir yetkisiyle donatıldığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle güvenilenin görevleri belli olmakla birlikte bu görevler yerine getirilirken izlenecek yolun seçiminin genellikle ona bırakıldığını söylemek mümkündür. Bu nedenle güvenilenin belirli bir görevinden bahsedilirken, güvenilenin bu konudaki yetkilerinin göz ardı edilmesi mümkün değildir.⁸⁸⁰ Örneğin trust fonunu değerlendirmek, bu fonu kullanarak yatırım

⁸⁷⁷ Bu konuya ilişkin olarak bkz. Gregory S. Alexander, Cognitive Theory of Fiduciary Relationships (bundan böyle 'Cognitive'), Cornell Law Review, C. 85, 1999, s. 767 vd. Alexander özetle, mahkemelerin bir *fiduciary* ilişkiyle karşı karşıya kaldıklarında, tepeden aşağıya (*top down*) bir bakış açısıyla yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiğini ve bu değerlendirmeyi yaparken bir *fiduciary*'den beklenen soyut standart uygulandığı için yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna varılmasının, sıradan bir sözleşme bağlamında yapılan değerlendirmeye kıyasla çok daha olası olduğunu ifade etmektedir. Buna karşılık mahkemeler eşitler arası bir işlem olarak gördükleri (güven ve sadakate dayalı olmayan) sözleşmelerin ihlal edilip edilmediğini incelerken böyle bir beklentiye sahip olmadıkları için davanın sonunda ihlal bulunduğu yönünde karar vermeleri daha az olasıdır.

⁸⁷⁸ Moffat, s. 416; Saatcioglu, s. 84; Virgo, s. 373.

⁸⁷⁹ Moffat, s. 416; Saatcioglu, s. 84; Virgo, s. 373.

⁸⁸⁰ Moffat, s. 416-417; Thomas/Hudson, s. 283.

yapmak güvenilenin bir görevi olarak; bu yatırımın nasıl yapılacağına ilişkin seçenekler ise güvenilenin yetkisi kapsamında değerlendirilmektedir.

Güvenilenin görev ve yetkilerinin hukuki dayanakları, *equity* hukukunun ve ilgili yasaların getirdiği kurallar ile trustın kurucu belgesidir. Trustın kurucu belgesinde kurucunun, güvenilenin içtihat hukukundan ve yasalardan doğan görev ve yetkilerini sınırlaması ya da genişletmesi veya değiştirmesi pekâlâ mümkündür.⁸⁸¹ Bu nedenle her somut olay bakımından güvenilenin görev ve yetkilerinin kapsamı belirlenirken bakılması gereken ilk şeyin trustın kurucu belgesi olduğunun altı çizilmelidir.⁸⁸² Dolayısıyla kurucunun, güvenilenin görev ve yetkilerinin sınırlarının çizilmesinde önemli bir manevra kabiliyetinin olduğu ifade edilmelidir.⁸⁸³ Kurucunun bu yöndeki takdir yetkisinin sınırı ise trustın kurucu belgesinde hukuka veya kamu düzenine aykırı ya da güvenilenin bu görevinin içini boşaltacak, onu anlamsızlaştıracak hükümlere yer verilmesidir.⁸⁸⁴ Örneğin kurucunun “güvenilenin trust fonunu yönetirken lehtarların menfaatleri yerine kendi menfaatleri gözetmesi mümkündür” veya “güvenilen trust fonunu yönetirken özenli davranmak zorunda değildir” gibi hükümlerin geçerli olmayacağı kabul edilmektedir.⁸⁸⁵

Güvenilenin görev ve yetkilerinin sınıflandırılmasına ilişkin birden çok tercihin mümkün olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁸⁶ Bir görüşe göre bu görev ve yetkiler üç sınıfa ayrılmaktadır: Yedieminlik, yönetim ve sadakat yükümlülüğü.⁸⁸⁷ Bir diğer

⁸⁸¹ Hayton, s. 132; Virgo, s. 373.

⁸⁸² Hudson, Understanding, s. 71. Benzer yönde bkz. Cincelli, s. 134; Moffat, s. 417.

⁸⁸³ Virgo, s. 373.

⁸⁸⁴ Hayton, s. 131.

⁸⁸⁵ Benzer yönde bkz. Hayton, s. 131.

⁸⁸⁶ Bu konuda çeşitli örnekler için bkz. Cincelli, s. 133, dn. 631.

⁸⁸⁷ Virgo, s. 374. Ayrıca bkz. *AIB Group (UK) plc v Redler and Co Solicitors* [2014] UKSC 58. Lord Toulson'ın ifadesinin orijinali şu şekildedir: “The range of duties owed by a trustee include: (1) a custodial stewardship duty, that is, a duty to preserve the assets of the trust except insofar as the terms of the trust permit the trustee to do otherwise; (2) a management stewardship duty, that is, a duty to manage the trust property with proper care; (3) a duty of undivided loyalty, which prohibits the trustee from taking any advantage from his position without the fully informed consent of the beneficiary or beneficiaries.”

görüş ise güvenilenin yükümlülüklerini *equitable* yükümlülükler ve *fiduciary* yükümlülükler olarak sınıflandırmayı tercih etmektedir.⁸⁸⁸ Bazı yazarlar ise güvenilenin yükümlülüklerinin *fiduciary olan ve fiduciary olmayan* olarak iki ayrı başlık altında incelemektedir.⁸⁸⁹ Bu çalışmada güvenilenin görev ve yetkilerinin sınıflandırılmasında farklı bir yol izlenecek ve trust kurumunda güvenilenin görev ve yetkileri, Türk hukukunda tüm iş görme sözleşmeleri bakımından kıyasen uygulanan ve TBK'nın 505. maddesi ve devamında düzenlenen 'vekilin borçları' sınıflandırmasına paralel olarak ele alınacaktır. Bu doğrultuda güvenilenin görev ve yetkileri, kurucu belgeye uyma (vekil açısından sözleşmeye ve talimata uygun ifa) yükümlülüğü, şahsen ifa yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü, özen yükümlülüğü ve hesap verme yükümlülüğü şablonuna uygun bir şekilde somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

2.2.2.3. Güvenilenin Yükümlülüklerinin Somut Görünümleri

2.2.2.3.1. Trustın Kurucu Belgesine Uygun İfa Yükümlülüğü

Güvenilenin en temel yükümlülüklerinden biri, trustın kurucu belgesinde kendisine verilen görevler ve yetkiler kapsamında hareket etmesidir.⁸⁹⁰ Diğer bir ifadeyle güvenilen, trust yapısı devam ettiği sürece trustın kurucu belgesini kendisine kılavuz edinmeli ve trustın yönetimini bu doğrultuda gerçekleştirmelidir. Bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla, güvenilenin yüklendiği sorumlulukları yerine getirirken kendi kararlarını kendisi veren, bu nedenle kurucudan veya lehtardan talimat almayan bir konumda olduğunu söylemek mümkündür. Zira trustta kural olarak ne trustın kurulmasıyla birlikte resimden çıkan kurucunun, ne de lehtarların güvenilene bir talimat vermesi söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında güvenilenin

⁸⁸⁸ Hayton, s. 131.

⁸⁸⁹ Bu yönde bkz. Cincelli, s. 134; Watt, s. 239 vd.

⁸⁹⁰ Cincelli, s. 137; Hudson, s. 356; Thomas/Hudson, s. 283. Bu yükümlülüğün güvenilenin en önemli görevi olduğu yönünde bkz. Underhill/Hayton, s. 688.

konumu ile vekalet sözleşmesinde vekilin durumunun birbirinden farklı olduğu göze çarpmaktadır.

Bilindiği üzere vekalet sözleşmesinde vekilin asli edimi taraflar arasındaki sözleşmeye uygun ifadır.⁸⁹¹ Vekilin “yüklenildiği işi/hizmeti sözleşmeye uygun görme borcu”⁸⁹² olarak adlandırılan bu yükümlülüğünün kurucunun trustın kurucu belgesine uygun davranma görevine paralel olduğu ortadadır. Vekilin talimatlara uyma borcu ise vekalet sözleşmesinden doğan bu yükümlülüğün bir uzantısı olarak düşünülebilir. TBK m. 505’te vekilin talimata uygun ifa borcu şu şekilde düzenlenmiştir: “*Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir./Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz.*” Vekalet verenin talimat verme hakkının vekilin iş görme borcunu somutlaştırma işlevine sahip olduğu ifade edilmektedir.⁸⁹³ Vekalet verenin talimatlarının vekalet veren tarafından kural olarak her zaman geri alınabilir veya değiştirilebilir olduğu kabul edilmektedir.⁸⁹⁴ Vekalet verenin üçüncü bir kişiyi vekile talimat verme konusunda yetkilendirmesinin de mümkün olduğu belirtilmelidir.⁸⁹⁵

Trust kurucusunun trustın hükümlerinin belirlenmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu hatırlanacaktır. Her ne kadar kurucunun trustın kurulmasından sonra güvenilene bir talimat vermesi mümkün değilse de, trustın

⁸⁹¹ M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II, (bundan böyle ‘Borçlar Özel II’), 3. bası Vedat Kitapçılık, 2014, s. 147.

⁸⁹² Gümüş, Borçlar Özel II, s. 147.

⁸⁹³ Eylem Apaydın, TBK m. 505 Madde Şerhi (bundan böyle ‘TBK m. 505’), Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınları, 2017, s. 55; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. tıpkı basım, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 437. Talimat “vekalet verenin (müvekkilin) vekalet in ifası ile ilgili bir emri veya dileği” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Süheyl Donay, Vekilin Talimata Uyma ve Dürüstlülle Hareket Etme Borcu, Banka Hukuku Dergisi, C. 5, 1970, s. 729.

⁸⁹⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 437.

⁸⁹⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 439.

kurucu belgesinde trustın yönetimine ilişkin (geniş anlamda) talimatlara yer vermesinin önünde bir engel yoktur. Buna karşılık vekalet sözleşmesinde vekalet verenin, işin nasıl görüleceği konusundaki görüşlerini ve emirlerini sözleşmenin bir parçası olarak sunması mümkün olduğu gibi bunu sözleşme süresince bildireceği talimatlarla da yapabileceği açıkça düzenlenmiştir.⁸⁹⁶

Özetle vekalet verenin işin görülmesi konusunda sahip olduğu söz hakkı sözleşme süresince devam etmesine rağmen trust yapısında benzer bir süreklilikten bahsetmek mümkün değildir. Aslında bu durum dahi iki kuruma yüklenen anlam ve işlev farklılığının anlaşılabilmesi için yol göstericidir. Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin bir işini görmekte ve onun menfaatlerine hizmet etmektedir. Buna karşılık trust yapısında güvenilen, kurucu için ve onun yararına bir mal varlığı unsurunu elinde tutmamakta, onun menfaatine bir iş görme sözü vermemektedir. Bu doğrultuda güvenilenin gözettiği menfaat kural olarak kurucu dışında biri olan lehtara aittir. Ancak trustın lehtarı ve vekilin pozisyonları arasında da bir eşitlik olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira kurucunun, ilgili mal varlığı unsurunu doğrudan lehtara vermek yerine bir trust kurma yolunu tercih etmesinin temel sebep ve sonuçlarından biri, bu işin güvenilen tarafından yürütülmesi ve bu süreçte lehtarın trust fonunun yönetimine olabildiğince az müdahil olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, ne kurucunun ne de lehtarın güvenilene işin görülmesi sırasında talimat verme yetkisine sahip olması hususunu ancak trustın vekalet sözleşmesi veya temsil ilişkisi gibi kurumların yanında ve onlara ek olarak ortaya çıkması ve gelişmesi gerçeğini dikkate alarak anlamlandırmak mümkündür.

Vekilin sözleşmeye ve talimatlara uyma borcu ile güvenilenin trust hükümlerine uyma yükümlülüğü arasındaki bir paralellik ise kuşkusuz aksi yönde bir davranışın kural olarak sorumluluğu beraberinde getirecek olmasıdır. Bilindiği üzere vekilin vekalet sözleşmesi hükümlerini ihlal etmesi onun sözleşmesel sorumluluğuna

⁸⁹⁶ Donay, s. 731.

neden olmaktadır.⁸⁹⁷ Bunun yanı sıra TBK m. 505 hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere vekilin vekalet verenin talimatlarına uymaması durumunda da sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu durumun istisnası ise vekilin “vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında ve durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde” talimattan ayrılmasıdır.⁸⁹⁸ Aynı yönde güvenilenin trustın hükümlerine aykırı bir işlemde bulunması da güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi anlamına gelmekte ve güvenilen açısından sorumluluğun doğmasına yol açabilmektedir.⁸⁹⁹ Ancak güvenilenin trustın kurucu belgesindeki hükümlerden ayrılmasının zorunlu ya da yararlı olduğunu ortaya koyması hâlinde bu sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmelidir.⁹⁰⁰

2.2.2.3.2. Şahsen İfa Yükümlülüğü

Trust yapısının temelinde güvenilenin kimliğinin önem taşıdığı, başka bir ifadeyle *intuitus personae* özelliğini haiz bir hukuki ilişki yatmaktadır.⁹⁰¹ Bu nedenle tıpkı vekil gibi güvenilenin de görevini şahsen ifa etmesi kuraldır. Bununla birlikte zaman içerisinde gelişen ve değişen ihtiyaçlar neticesinde bu kurala birtakım istisnalar getirilmesi gereği doğmuştur. Bu doğrultuda önceleri güvenilenin ancak trustın kurucu belgesinde bu yönde açık bir hüküm olması şartıyla bir temsilci atamasının mümkün olduğu kabul edilirken⁹⁰² daha sonra yapılan yasal düzenlemelerle bu istisna genişletilmiş ve son olarak 2000 tarihli *Trustee Act*'in 11. maddesi ile güvenilenlerin belirli bazı görev ve yetkileri dışında kalan görev ve yetkilerini temsilci aracılığıyla yerine getirebileceği hükme bağlanmıştır. Güvenilenin devredemeyeceği, başka bir ifadeyle şahsen ifa etmekle yükümlü

⁸⁹⁷ Bu durumda aynen ifanın istenip istenemeyeceğinin tartışmalı ancak ikinci görüşün ağırlıkta olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 147.

⁸⁹⁸ Ancak bu hükmün uygulama alanının vekalet verenin yol gösterici talimatlarıyla sınırlı olduğu ve emredici/bağlayıcı talimatlarını kapsamadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Donay**, s. 732.

⁸⁹⁹ **Cincelli**, s. 137; **Hudson**, Equity and Trusts, s. 356.

⁹⁰⁰ **Underhill/Hayton**, s. 687-688. Ancak bu kıstasların (zorunluluk ve yararlılık) dar yorumlandığı ve trustın kurucu belgesinin hükümlerinden sapan güvenilenlerin sorumluluklarının doğmasına yönelik büyük bir risk aldığı yönünde bkz. **Thomas/Hudson**, s. 284.

⁹⁰¹ Benzer yönde bkz. **Frankel**, Fiduciary, s. 130; **Saatcioğlu**, s. 128; **Thomas/Hudson**, s. 457.

⁹⁰² **Moffat**, s. 503; **Penner**, s. 294; **Saatcioğlu**, s. 129-131; **Underhill/Hayton**, s. 855; **Virgo**, s. 397.

olduğu görev ve yetkilerin başında trust fonunun dağıtılıp dağıtılmamasına ve eğer dağıtılacaksa nasıl dağıtılacağına ve trust fonundan yapılacak ödemelere ilişkin karar verme yetkisi gelmektedir.⁹⁰³ Bunun yanı sıra güvenilenin ihtiyari bir trust yapısında kimin lehtar olarak belirleneceğine ilişkin yetkilerini bir temsilciye devretmesinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁰⁴ Bu yönde güvenilenin ancak bu görevin özünde yer alan görev ve yetkiler dışındaki görev ve yetkileri devredebileceği belirtilmelidir.⁹⁰⁵

Vekalet sözleşmesinde vekilin şahsen ifa yükümlülüğü ve bunun istisnası ise TBK m. 506'da düzenlenmiştir. İlgili hükmün ilk fıkrası şu şekildedir: "*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*" Vekalet sözleşmesinde de kural olarak kişisel özellikleri öne çıkan vekilin şahsen ifa borcu altında olduğu görülmektedir.⁹⁰⁶ Trust yapısında olduğu gibi vekalet sözleşmesinde de vekalet verenin, vekilin belirli bir işi şahsen ifa etmek yerine başkasına devredebileceğini kararlaştırılması mümkündür.⁹⁰⁷ Eğer sözleşmede böyle bir düzenleme yoksa, bu durumda işin başkasına yaptırılabilmesi için ya

⁹⁰³ **Virgo**, s. 397, 402. Devri yasak olan diğer görev ve yetkiler ise yeni bir güvenilen atama yetkisi ile devretme yetkisinin kendisidir. *Trustee Act 2000* m. 11'in ilgili kısmı şu şekildedir: "(1)Subject to the provisions of this Part, the trustees of a trust may authorise any person to exercise any or all of their delegable functions as their agent. (2)In the case of a trust other than a charitable trust, the trustees' delegable functions consist of any function other than— (a)any function relating to whether or in what way any assets of the trust should be distributed, (b)any power to decide whether any fees or other payment due to be made out of the trust funds should be made out of income or capital, (c)any power to appoint a person to be a trustee of the trust, or (d)any power conferred by any other enactment or the trust instrument which permits the trustees to delegate any of their functions or to appoint a person to act as a nominee or custodian. (...)" Bunun yanı sıra güvenilenin örneğin yatırıma ilişkin yetkilerini devretmesi durumunda da bunu belirli bir usule göre yapması gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda yetki devrinin yazılı şekilde yapılması ve taraflar arasında yetkinin nasıl kullanılacağına ilişkin bir çerçeve (*policy statement*) üzerinde anlaşılması gerekmektedir. Bkz. *Trustee Act 2000*, m. 15. Buna ilişkin olarak ayrıca bkz. **Virgo**, s. 397-398.

⁹⁰⁴ **Moffat**, s. 507.

⁹⁰⁵ **Hudson**, s. 480. Bir diğer ifadeyle güvenilenlerin tevzi etmeye yönelik görev ve yetkilerini devredemeyeceği, buna karşılık yönetime ilişkin görevlerinin devredilebileceği kabul edilmiştir. Bkz. **Underhill/Hayton**, s. 857.

⁹⁰⁶ **Donay**, s. 742.

⁹⁰⁷ Vekalet verenin bu rızasının açık veya zımni olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Şebnem Akipek**, *Alt Vekalet, Yetkin Yayınları*, 2003, s. 111; **Donay**, s. 743; **Gümüş**, *Borçlar Özel II*, s. 148.

zorunlu bir durumun ya da teamülün mümkün kıldığı bir durumun bulunması gerekmektedir. Kanımca trusta göre çok daha çeşitli iş görme ilişkilerini çatısı altında toplayan vekalet sözleşmesine dair bu hükmün getirdiği istisnaların, yukarıda incelenen hükme kıyasla bu denli soyut olması şaşırtıcı değildir.

Güvenilenin veya vekilin yukarıda belirtilen istisnalar dahilinde yetki devri yapması durumunda uygulanacak olan sorumluluk rejimlerinin de benzer olduğu görülmektedir. TBK m. 507/2 uyarınca “*Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.*” Dolayısıyla vekilin, usulüne göre, yani caiz olarak atanmış bir alt vekilin neden olduğu zararlardan sorumlu olabilmesi için onu seçme ve ona talimat vermede özen borcunu ihlal etmiş olması aranmaktadır.⁹⁰⁸ Bu nedenle vekilin caiz olan alt vekalet durumundaki sorumluluğunun özel nitelikte ve sınırlı bir sorumluluk olduğunu söylemek mümkündür.⁹⁰⁹ Benzer yönde güvenilenin de devredebileceği görev ve yetkileri bir temsilciye devretmesi durumunda sınırlı bir sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Ancak iki sorumluluk rejimi arasında önemli bir fark mevcuttur: Vekilin, alt vekili seçerken ve ona talimat verirken kendisinden beklenen özeni göstermesinin yeterli olduğu, bunun yanında bir de alt vekilin işlerini denetleme ya da gözetleme yükümlülüğü altında bulunmadığı kabul edilmektedir.⁹¹⁰ Başka bir deyişle vekil, devrettiği işi yerine getirebilecek nitelikte birini seçtikten sonra ona gerekli talimatları vermekle birlikte sorumluluktan kurtulabilmektedir.⁹¹¹ Buna karşılık trust yapısında güvenilenin yetkilerini devrettiği kişiyle kurduğu temsil/vekalet ilişkisinin ifasını da gözetmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir.⁹¹² Diğer bir ifadeyle güvenilen (tıpkı vekil gibi) görev ve yetkilerini devredeceği kişiyi seçmede ve gerektiğinde ona talimat vermede gereken özeni

⁹⁰⁸ Akipek, Alt Vekalet, s. 162-163; Donay, s. 744. Ancak bu kolaylaştırılmış sorumluluk rejiminin ancak vekilin sadece vekalet verenin menfaatine bir alt vekalet sözleşmesi yapması durumunda devreye girmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bkz. Gümüş, Borçlar Özel II, s. 151-152.

⁹⁰⁹ Akipek, Alt Vekalet, s. 162. Bu sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. Akipek, Alt Vekalet, s. 171 vd.; Gümüş, Borçlar Özel II, s. 150-151.

⁹¹⁰ Akipek, Alt Vekalet, s. 163.

⁹¹¹ Akipek, Alt Vekalet, s. 163.

⁹¹² Penner, s. 399; Thomas/Hudson, s. 466.

göstermeli ve ayrıca (vekilden farklı olarak) bu kişinin işini yürütmesini gözetmelidir.⁹¹³ Ancak bu durumda güvenilenin bu kişinin yol açtığı zararlardan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir.⁹¹⁴ Dolayısıyla caiz olan yetki devri durumunda vekilin sorumluluğunun kapsamının güvenilene kıyasla daha dar olduğunu söylemek mümkündür.

Bu noktada alt vekalet ve ikame vekalet kavramları üzerinde durulması da önem arz etmektedir. Hem alt vekalet hem de ikame vekalet, vekilin sözleşmeyle üstlendiği işi bir başkasına gördürmesinin görünümleridir.⁹¹⁵ Alt vekalet sözleşmesinde vekil ve alt vekil arasında ikinci bir vekalet sözleşmesi kurulmakta, buna karşılık ikame vekil tayin edildiğinde bu kişiyle vekalet veren arasında bir vekalet sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir.⁹¹⁶ Bu nedenle ikame vekil atanması, ancak vekalet verenin buna açıkça izin verdiği durumlarda söz konusu olabilmektedir.⁹¹⁷ Hem caiz olarak atanmış bir alt vekil hem de ikame vekilin fiilerinden sorumluluk bakımından ise bir farklılık bulunmadığı, iki durumda da vekilin TBK m. 507/2 uyarınca sınırlı sorumluluğunun söz konusu olacağı kabul edilmektedir.⁹¹⁸ Buna karşılık trust hukuku bağlamında güvenilenin bir ikame güvenilen ataması durumunda ortaya çıkan hukuki rejim bundan farklıdır.

⁹¹³ Pettit, s. 458; Underhill/Hayton, s. 863. Ayrıca bkz. Panesar, s. 619. Bu yönüyle güvenilenin gözetim yükümlülüğü, Türk şirketler hukukunda anonim şirket yönetim kurulunun yetki devri durumunda devam eden "üst gözetim" yükümlüğüne benzetilebilir. Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasındaki üst gözetim yükümlülüğü, TTK m. 375'te şu şekilde düzenlenmiştir: "(1) Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri şunlardır: (...) e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi. (...)"

⁹¹⁴ Thomas/Hudson, s. 467.

⁹¹⁵ Akipek, Alt Vekalet, s. 129; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 459 vd. Ayrıca bu iki durumun yardımcı kişiden yararlanmadan farklı olduğu ifade edilmelidir. Vekil gibi güvenilen de işin görülmesi sırasında ilgili konuda bir yardımcı kişiden yararlanabilir. Ancak bu durumda karar verme yetkisi hâlâ kendisinde olduğu için teknik anlamda bir görev ya da yetki devrinden söz edilememektedir. Yardımcı kişi kullanmanın vekil açısından kural olarak caiz olduğu yönünde Pierre Tercier, Les Contrats Spéciaux, 3. bası, Schulthess, 2003, s. 671. Hatta güvenilenin yardımcı kişiden yararlanmasının maliyeti azaltacağı için vekalet verenin farazi iradesine uygun olduğu yönünde OFK OR/Bühler, OR Art. 398, N. 11. Yardımcı kişi ve ikame kişi ayırımına ilişkin olarak ayrıca bkz. CR CO I/Werro, Art. 398, N. 5-7.

⁹¹⁶ Akipek, Alt Vekalet, s. 129; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 459-461.

⁹¹⁷ Akipek, Alt Vekalet, s. 129; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 461.

⁹¹⁸ Akipek, Alt Vekalet, s. 131; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 466.

Güvenilenin tüm görev ve yetkilerini devrettiği bir ikame güvenilen ataması sıkı şartlara bağlanmıştır. Hatırlanacağı üzere güvenilen kural olarak tüm görev ve yetkilerini değil, ancak çekirdek görevleri dışındakileri bir başkasına devredebilme hakkına sahiptir. Bu kuralın istisnası ise *Trustee Act 1925*'in (2000 tarihli Yasa'yla ilga edilmeyen) 25. maddesidir. İlgili hükümde güvenilenin tüm görevlerini bir yetki belgesiyle ve azami bir yıllık süre için devredebileceği düzenlenmiştir.⁹¹⁹ Ancak bu istisnai durumda dahi güvenilenin sorumluluğunun ikame vekil atanmasında vekilin sorumluluğuna kıyasla çok daha geniş olduğu ifade edilmelidir. Zira bu durumda güvenilen, kendisini ikame eden kişinin tüm fiillerinden ve ihmalkâr davranışlarından kendisi yapmış gibi sorumlu olmaya devam etmektedir.⁹²⁰ Başka bir ifadeyle güvenilenin kendisini ikame eden kişiyi seçerken, ona talimat verirken veya onu gözetirken özenli bir şekilde davrandığını ortaya koysa dahi sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Vekilin ve güvenilenin şahsen ifa bağlamındaki sorumluluk rejimleri bakımından incelenmeye değer bir diğer nokta, görev ve yetkilerin caiz olmayan bir şekilde devredilmesi durumudur. TBK m. 507/1 uyarınca "*Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.*" Bu ihtimalde vekilin sorumluluğunun sınırlarının genişletildiği açıkça görülmektedir.⁹²¹ Caiz olmayan yetki devrinde vekilin sorumluluğunun görev ve

⁹¹⁹ 1999 yılında değişikliğe uğrayan *Trustee Act 1925*'in ilgili hükmü şu şekildedir: "(1)Notwithstanding any rule of law or equity to the contrary, a trustee may, by power of attorney, delegate the execution or exercise of all or any of the trusts, powers and discretions vested in him as trustee either alone or jointly with any other person or persons. (2)A delegation under this section— (a)commences as provided by the instrument creating the power or, if the instrument makes no provision as to the commencement of the delegation, with the date of the execution of the instrument by the donor; and (b)continues for a period of twelve months or any shorter period provided by the instrument creating the power. (...)" Bu durumda ikame edilen kişinin adeta güvenilenin *alter egosu* olarak faaliyet göstereceği yönünde bkz. Underhill/Hayton, s. 864.

⁹²⁰ Penner, s. 295; Thomas/Hudson, s. 460; Underhill/Hayton, s. 864. Ayrıca bkz. *Trustee Act 1925* m. 25(7): "The donor of a power of attorney given under this section shall be liable for the acts or defaults of the donee in the same manner as if they were the acts or defaults of the donor."

⁹²¹ Bir görüşe göre vekilin caiz olmayan alt vekalet sözleşmesinden dolayı sorumlu olabilmesi için alt vekilin kusurlu olması aranmalıdır. Bir diğer görüş ise burada vekilin sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğunu, bu nedenle diğer şartlar mevcutsa alt vekilin kusursuz olmasına rağmen neden olduğu zararın da vekil tarafından karşılanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşlere ilişkin olarak bkz. Akipek, Alt Vekalet, s. 180 vd.; Gümüş, Özen Borcu, s. 169.

yetkilerini devrettiği kişinin konumunda kendisi bulunsaydı ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulacak olup olmamasına bağlı olduğu kabul edilmektedir.⁹²² Güvenilenin caiz olmayan bir şekilde görev ve yetki devri yapması ise kuşkusuz güvenilenin yükümlülüklerini ihlali olarak değerlendirilecektir. Buna karşılık söz konusu yetki devrinin kendiliğinden geçersiz olmadığı ve üçüncü kişilere karşı hüküm doğurduğu ifade edilmelidir.⁹²³

2.2.2.3.3. Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat yükümlülüğünün temelinde, hem trust ilişkisinde hem de vekalet sözleşmesinde söz konusu olan, işin başka bir kişinin menfaatine görülmesi olgusu yatmaktadır.⁹²⁴ Sadakate ve güvene dayalı diğer ilişkilerde olduğu gibi trust ilişkisinde de güvenilen üstlendiği görevi kendi menfaatlerini değil, bir başkasının (lehtarın) menfaatlerini gözeterek yürütmek zorundadır. Aynı şekilde asli borcu vekalet verenin bir işini görmek olan vekilin de bu işi görürken her zaman vekalet verenin menfaatlerini ön planda tutması gerekmektedir.

Soyut ve geniş bir kavram olan sadakat yükümlülüğünün birçok somut görünümü mevcuttur. Trust hukuku bakımından sadakat yükümlülüğünün en temel iki görünümü daha önce de ifade edildiği gibi menfaat çatışması yaratmama (*no conflict*) ve kendi lehine yarar sağlamama (*no profit*) kurallarıdır.⁹²⁵

a. Menfaat Çatışması Yaratmama Kuralı (*No Conflict Rule*)

Güven ve sadakate dayalı ilişkide borçlu konumda yer alan birinin en temel görevi, kendisini hiçbir koşulda öz menfaatleri ve işi lehine gördüğü kişinin menfaatleri

⁹²² Akipek, Alt Vekalet, s. 168; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 465.

⁹²³ Moffat, s. 513. İlgili hüküm için bkz. *Trustee Act 2000* m. 24: "A failure by the trustees to act within the limits of the powers conferred by this Part – (a) in authorising a person to exercise a function of theirs as an agent, or (b) in appointing a person to act as nominee or custodian, does not invalidate the authorisation or appointment."

⁹²⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 407.

⁹²⁵ Virgo, s. 428.

arasında bir seçim yapmak zorunda bırakmamaktır.⁹²⁶ Aşağıda inceleneceği gibi bu yükümlülüğe aykırılığa bağlanah hukuki sonuçların ağırlığı, bu yükümlülüğün ancak güven ve sadakate dayalı ilişki olarak nitelendirilebilen ilişkilerde söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle güven ve sadakate dayanan bir ilişki olarak nitelendirilmeyen hukuki ilişkilerde tarafların bu yönde bir yükümlülüğü olmadığı, herkesin kendi menfaatini gözetmekte serbest olduğu kabul edilmektedir.⁹²⁷ Güven ve sadakate dayalı ilişkilerin en tipik örneklerinden biri olan trust ilişkisinde de güvenilenin menfaat çatışması yaratmamak ve kendi lehine yarar sağlamamakla yükümlü olduğu şüphesizdir.

Menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğü, somut olaydaki kişinin özelliklerinden bağımsız, genel ve katı bir yükümlülüktür. Menfaat çatışması yaratmama görevinin anlamının sadece bilerek ve isteyerek çıkar çatışması yaratmamak değil, bir çıkar çatışması olasılığının dahi doğmasına engel olmak olduğu kabul edilmektedir.⁹²⁸ Bu yönüyle menfaat çatışması yaratmama görevinin bir şey yapma yönünde olumlu bir görevden ziyade bir şey yapmama yönünde olumsuz bir görev olduğunu söylemek mümkündür.⁹²⁹ Diğer bir ifadeyle bu kuralın yasaklayıcı/engelleyici bir işleve sahip olduğu söylenebilir.⁹³⁰ Dolayısıyla sadece bir çıkar çatışması yaratan güvenilenlerin değil, bir çıkar çatışması riskini bertaraf etmeyen güvenilenlerin dahi sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.⁹³¹ Benzer yönde güvenilenin sorumluluğunun doğması için menfaat çatışmasının ortaya çıkmasında kusurlu olmasına dahi gerek bulunmadığı, başka bir ifadeyle sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı kabul edilmektedir.⁹³²

⁹²⁶ Panesar, s. 585. Ayrıca bkz. *Bray v Ford* [1896] AC 44.

⁹²⁷ Benzer yönde bkz. **Matthew Conaglen**, *Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties* (bundan böyle 'Loyalty'), Hart Publishing, 2010, s. 39; **Frankel**, *Fiduciary*, s. 107.

⁹²⁸ **Hudson**, s. 367; **Watt**, s. 321.

⁹²⁹ **Virgo**, s. 424.

⁹³⁰ **Frankel**, *Fiduciary*, s. 108; **Virgo**, s. 424.

⁹³¹ **Hudson**, s. 367; **Virgo**, s. 432.

⁹³² **Hudson**, s. 369; **Panesar**, s. 587; **Pettit**, s. 443; **Virgo**, s. 423.

Bu kuralın bu denli sıkı bir şekilde uygulanmasının arkasındaki temel sebep, söz konusu kişinin şahsi menfaatlerinin, bu kişinin verdiği kararların yerindeliliğini ve doğruluğunu etkilemesi riskidir.⁹³³ Bu yönde, 1896 tarihli *Bray v Ford* davasında *Lord Herschell*'in menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğüyle ilgili hemen hemen tüm yazarlar tarafından alıntılanan ifadesi yol göstericidir:

*"Hakkaniyet mahkemelerinin kesin nitelikte bir kuralı, "fiduciary" konumundaki bir kimsenin aksine bir düzenleme olmadıkça bu konumundan dolayı bir menfaat elde etmemesidir; bu nedenle bu kişinin kendisini görev ve menfaatlerinin çatışabileceği bir duruma sokmaması gerekmektedir. Aksini savunanlar bulunmakla birlikte, ben bu kuralın temelinde ahlaki gerekçelerin yatmadığı kanaatindeyim. Bana göre bu kuralın temelinde insan doğasından kaynaklanan ve "fiduciary" konumdaki bir kişinin yükümlülükleri yerine menfaatlerini gözetmeye meyletmesi ve böylece menfaatini gözetmekle yükümlü olduğu kişilere zarar vermesine ilişkin tehlike yer almaktadır."*⁹³⁴

Özellikle trust ilişkisi bağlamında menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünün önem taşıdığı bir olasılık, güvenilenin kendi adına trust fonunu ilgilendiren bir işlem yapmak, söz gelimi trust fonunda yer alan bir mal varlığı unsurunu satın almak ya da kendi mal varlığındaki bir unsuru trust fonuna devretmek istemesidir.⁹³⁵ Hakkaniyet hukuku tarafından geliştirilen kendiyle işlem kuralı (*self*

⁹³³ Aslında menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünün daha önceki yüzyıllarda (caydırıcılık ve ispat güçlüğü gibi) farklı temellere oturtulmaya çalışılmış olduğu, bununla birlikte özellikle son yüzyılda benimsenen disiplinlerarası anlayışın *fiduciary* kişinin karar verme yetisine odaklandığı ifade edilmektedir. Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. *Valsan*, s. 15 vd.

⁹³⁴ *Bray v Ford* [1896] AC 44 ("It is an inflexible rule of a Court of Equity that a person in a fiduciary position, such as the respondent's, is not, unless otherwise expressly provided, entitled to make a profit; he is not allowed to put himself in a position where his interest and duty conflict. It does not appear to me that this rule is, as has been said, founded upon principles of morality. I regard it rather as based on the consideration that, human nature being what it is, there is danger, in such circumstances, of the person holding a fiduciary position being swayed by interest rather than by duty, and thus prejudicing those whom he was bound to protect.")

⁹³⁵ Hatırlanacağı üzere güvenilen, trust fonunu kendi mal varlığından ayrı bir şekilde tutma yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle güvenilenin trust fonundan bir mal varlığı unsurunu kendi şahsi

dealing rule) doğrultusunda güvenilenin bu sıfatla işlemin bir tarafı, kendi adına ise işlemin diğer tarafını oluşturması fikri kural olarak kabul edilmemekte, çünkü bu durumda bir menfaat çatışmasının ortaya çıkmasının önlenemez olduğu düşünülmektedir.⁹³⁶ Zira bir satım sözleşmesinin esasında alıcının söz konusu mal varlığı unsurunu kendisi için en uygun bedel karşılığında almak istemesi, buna karşılık satıcının bu mal varlığı unsurunu kendisi için mümkün olan en yüksek fiyata satmak istemesi fikri yatmaktadır. Aslında hukuk ve ekonomi öğretisine göre sözleşmelerin *prima facie* etkin hukuki işlemler olarak kabul edilmesinin sebebinin de tam olarak bu olduğunu söylemek mümkündür.⁹³⁷ Bu durumda güvenilenin iki menfaatten birine öncelik vermesinin (ve kuşkusuz kendi menfaatini tercih etmesinin) neredeyse kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle *self dealing* kuralı uyarınca bu tür işlemlerin iptal edilebilir olduğu kabul edilmektedir.⁹³⁸

Lehtarın ilgili işlemi iptal etme hakkını kullanmak istemesi durumunda ise güvenilenin elinde herhangi bir savunma hakkı bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle güvenilenin ilgili işlemin adil, lehtarların menfaatlerini gözeten, makul bir işlem olduğuna ilişkin savunmalarının iptal edilebilirlik ihtimali karşısında kural olarak hukuki bir değeri olmadığı ifade edilmelidir.⁹³⁹ Güvenilenin kendi adına tarafı olduğu bu yönde bir işlem yapabilmesi ancak kendisine bu yönde trustın

mal varlığına geçirmesi bu mal varlığı unsurunun satın alınması olarak nitelendirilmektedir. Aynı yönde bkz. Saatçioğlu, s. 54.

⁹³⁶ Panesar, s. 592; Penner, s. 421. Benzer yönde Virgo, s. 433. Ayrıca bkz. *Tito v Waddell (No 2)* [1977] 3 All ER 129, 241.

⁹³⁷ Sanlı, Sözleşme, s. 18-19 ("Sözleşme, ancak tarafların ortak menfaatine hizmet eden bir sözleşme aralığı" varsa akdedilir.")

⁹³⁸ Hudson, s. 370; Moffat, s. 436; Panesar, s. 592; Penner, s. 421; Virgo, s. 433.

⁹³⁹ Hudson, s. 370. Güvenilenin bir *self dealing* senaryosunda herhangi bir savunma imkânının bulunmaması kuralı "*no further inquiry*" kuralı olarak da adlandırılmaktadır. Bu kuralın sıklığı ise menfaat yaratmama yükümlülüğüyle izlenen hukuk politikasıyla açıklanmaya çalışılmaktadır. Söz konusu işlemin ne kadar adil, etkin, uygun olduğu incelemesi bu nedenle kabul edilmemektedir. Bkz. Hudson, s. 371; Thomas/Hudson, s. 318. Benzer yönde bkz. Conaglen, Loyalty, s. 127. Ayrıca bkz. Restatement Third, Trusts, §78. Bununla birlikte özellikle son yıllarda hukuk ve ekonomi öğretisinde bu kuralın etkinliğinin tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Örneğin Langbein, söz konusu kuralın aşırı (ve bu nedenle etkin olmayacak şekilde) caydırıcı olabileceğini savunmaktadır. Bkz. John H. Langbein, Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest? (bundan böyle 'Duty of Loyalty'), The Yale Law Journal, C. 114, 2005, s. 951 vd. Aynı yönde bkz. Mitchell, Fiduciary Gains, s. 326. Krş. Valsan, s. 37 vd.

kurucu belgesinde ya da sonrasında lehtar tarafından verilen izinle mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁹⁴⁰

Türk hukukunda benzer bir tartışmanın temsil ilişkisinde temsilcinin kendisiyle işlem yapması bağlamında yapıldığı görülmektedir.⁹⁴¹ Temsilcinin kendisiyle işlem yapması durumunda da, tıpkı yukarıda açıklanan güvenilenin trust fonuna ilişkin kendisiyle işlem yapmasında olduğu gibi, hukuki işlemin tek bir kişinin irade beyanıyla kurulduğu ve bu nedenle bu kişinin kendi menfaatini öne çıkarma tehlikesinin önlenemez olduğu ifade edilmektedir.⁹⁴² Bu nedenle temsilcinin kendisiyle işlem yapabilmesi kural olarak mümkün kabul edilmemekte ancak iki

⁹⁴⁰ **Hudson**, s. 370; **Thomas/Hudson**, s. 321-322. Lehtarın verdiği icazetin geçerli olabilmesi için güvenilen tarafından söz konusu işleme dair aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması gerektiği yönünde bkz. **Conaglen**, *Loyalty*, s. 128. Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli husus, güvenilenin öz menfaatleri veya üçüncü bir kişinin (söz gelimi bir başka trustın lehtarının) menfaatleri ile lehtarın menfaatleri arasında bir çatışma olması ancak bunun kurucunun bilgisi dahilinde olması durumudur. Örneğin güvenilenin birden fazla trustı yönettiği varsayımında bu tür bir menfaat çatışması riskinin ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durumda güvenilenin menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünü ihlal edip etmediği değerlendirilirken, kurucunun güvenilenin bu konumuyla ilgili bilgi sahibi olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Örneğin kurucu, atamak istediği lehtarın birçok başka trustın da güvenileni olduğunu biliyorsa ve buna rağmen bu atamayı gerçekleştiriyorsa, artık lehtarın menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünü *per se* ihlal ettiğinden söz etmek mümkün değildir. Bkz. **Hudson**, s. 374; **Pettit**, s. 442; **Watt**, s. 326-327. Ancak güvenilenin kurucuyu bu konuda aydınlatmış olması, tüm lehtarların menfaatini gözetme ve bu menfaatler arasında çatışmayı engelleme yükümlülüğü bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Lehtar eğer bu tür bir menfaat çatışması riski mevcutsa bunu derhâl bildirmeli ve gerektiğinde görevini bırakmalıdır. Bu konuda emsal bir karar için bkz. *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch 1.

⁹⁴¹ Bunun dışında bazı özel sözleşme tipleri bakımından menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğü Kanun'da ayrıca düzenlenmiştir. Örneğin simsarlık sözleşmesi bakımından TBK m. 523 ("*Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder.*"); avukatlık sözleşmesi bakımından 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 38(b) ("*Avukat; (...b) Aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaavermiş olursa (...) teklifi reddetmek zorunluluğundadır.*") Ayrıca Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, öğretide vasiyeti yerine getirme görevlisinin de kendisiyle işlem yapmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Bkz. **Cem Akbıyık**, *Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi* (bundan böyle 'Vasiyet'), On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 161-162.

⁹⁴² **Şener Akyol**, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (bundan böyle 'Temsil'), Vedat Kitapçılık, 2009, s. 333; **BSK OR I/Weber**, Art. 398, N. 15; **CR CO I/Werro**, Art. 398, N. 29; **Walter Fellmann**, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR*, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992, Art. 398, N. 119; **M. Murat İnceoğlu**, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 209-210; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 669.

hâlde bu kurala istisna getirilmektedir.⁹⁴³ Bu hâllerin ilki, tıpkı trust yapısında olduğu gibi, temsil olunanın bu yöndeki izninin mevcut bulunmasıdır.⁹⁴⁴ İkinci istisna ise temsilcinin kendisiyle işlem yapmasında temsil olunanın menfaatleri bakımından herhangi bir tehlike bulunmamasıdır.⁹⁴⁵ Bu istisnalar dışında kalan hâllerde, temsilcinin kendisiyle işlem yapması bir yetkisiz temsil hâli olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle temsil olunan icazet verinceye kadar bu işlem askıda hükümsüz kabul edilmektedir.⁹⁴⁶ Temsil ilişkisi bakımından yapılan bu tartışmanın, temsil yetkisini haiz bir vekilin kendisiyle işlem yapması bakımından da geçerli olacağı konusunda şüphe olmadığı ifade edilmelidir.⁹⁴⁷

Bu açıklamalar ışığında incelenen hukuk sistemlerinde güvenilenin kendisiyle işlem yapması ve temsilcinin kendisiyle işlem yapması olgularına bakışın temelde benzer olduğu görülmektedir. Ancak güvenilenin ve temsilcinin tâbi olduğu hukuki rejimler arasında özellikle iki farkın göze çarptığını söylemek mümkündür. Bunlardan ilki güvenilenin yaptığı *self dealing* işlemlerinin kendiliğinden geçersiz olmadığı ancak iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olduğunun kabul edilmesine

⁹⁴³ BGB § 181 bu konuda açık bir hüküm getirmektedir: "Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht." Türk-İsviçre Medeni Kanunu'nda bu duruma ilişkin açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte BGB uyarınca getirilen çözümün Türk-İsviçre hukukunda da kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. İnceoğlu, s. 210-211; Kocayusufpaşaoğlu, s. 669.

⁹⁴⁴ CR CO I/Werro, Art. 398, N. 29; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (bundan böyle 'Genel Hükümler'), Yetkin Yayınları, 2017, s. 466; Fellmann, Art. 398, N. 120; İnceoğlu, s. 212-214; Kocayusufpaşaoğlu, s. 670.

⁹⁴⁵ CR CO I/Werro, Art. 398, N. 29; Fellmann, Art. 398, N. 120, 123. Örneğin satım sözleşmesine konu malın borsaya kayıtlı olması ya da bir piyasa değerinin bulunması ya da malın fiyatının önceden kesin olarak belirlenmiş olması durumlarında temsilcinin kendisiyle işlem yapmasında bir tehlike bulunmayabileceği kabul edilmektedir. Bkz. İnceoğlu, s. 214-217; Kocayusufpaşaoğlu, s. 670; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 230. Benzer örnekler için bkz. Akyol, Temsil, s. 337. Krş. Restatement Third, Trusts, §78, s. 103. Amerikan hukuku bağlamında da güvenilenin kendisiyle işlem yapma yasağı bakımından söz konusu malın belirli bir piyasa fiyatı olmasının ya da söz konusu satım işleminin bir açık arttırmada yapılmasının önemsiz olduğu, her hâlde güvenilenin kendisiyle işlem yaparak bir trust ihlalinde bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Hudson, s. 372; Underhill/Hayton, s. 887.

⁹⁴⁶ İnceoğlu, s. 217.

⁹⁴⁷ Vekilin kendisiyle işlem yapması durumu da tipik bir menfaat çatışması hâli olduğu yönünde bkz. Josef Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht Band VII/6, 2. bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2000, s. 106-108.

karşılık temsilcinin caiz olmayan bir şekilde kendisiyle yaptığı hukuki işlemin baştan itibaren geçersiz olmakla birlikte bu geçersizliğin icazetle düzelebilir olduğunun kabul edilmesidir.⁹⁴⁸

İkinci ve kanımca daha önemli fark ise, temsilcinin kendisiyle yaptığı işlemler bakımından getirilen istisnaların kapsamının güvenilenin tâbi olduğu kurallara oranla daha geniş olmasıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere trust hukukunda menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğü ve dolayısıyla *self dealing* kuralıyla amaçlanan sadece somut olayda lehtarın menfaatlerinin zedelenmesinin önüne geçmek ve böyle bir zarar varsa bunu telafi etmek değil, bu tür katı kurallar öngörerek tüm güvenilenler bakımından kendilerini bu tür bir konuma sokmama konusunda bir motivasyon yaratmaktır.⁹⁴⁹ Bu nedenle güvenilenin kendi adına yapacağı hukuki işlemin lehtarın menfaatleri açısından bir tehlike arz etmemesi bir istisna olarak kabul edilmemektedir.⁹⁵⁰ Zira güvenilenden beklenen, tabiri caizse güvenilen şapkasını hiçbir koşul altında çıkarmamasıdır. Buna karşılık Türk hukukunda temsilcinin kendisiyle işlem yapmaması yönündeki kuralın sınırının aslında temsil olunanın menfaatleriyle çizildiği görülmektedir. Bu nedenle temsil olunanın menfaatlerinin zedelenmeyeceğinin düşünüldüğü ihtimallerde temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına izin verildiğini söylemek mümkündür.⁹⁵¹

⁹⁴⁸ Akyol, *Temsil*, s. 336.

⁹⁴⁹ Bu yönde örneğin *Murad v Al-Saraj* [2005] EWCA Civ 959, N. 74: “*It may be asked why equity imposes stringent liability... [E]quity imposes stringent liability on a fiduciary as a deterrent—pour encourager les autres. (...) In the interests of efficiency and to provide an incentive to fiduciaries to resist the temptation to misconduct themselves, the law imposes exacting standards on fiduciaries and an extensive liability to account.*” Ayrıca bkz. Flannigan, *Fiduciary*, s. 217. Flannigan, hakkaniyet hukukunun fiduciary yükümlülüklerine ilişkin bu sıkı tutumunu bir ‘balyoz’ metaforuyla açıklamaya çalışmış ve olası tüm fırsatçı davranışların ve ihlallerin önünün bu tip caydırıcı kurallarla kesilebileceğini savunmuştur. Yazarın ifadesi şu şekildedir: “*Our sledge-hammer is designed to “encourager les autres” generally (rather than selectively or sporadically) to give up any thought of unauthorised gain from manipulating the appearance of transactions or relations. We intend to send a sharp signal that even the possibility of opportunism will not be tolerated.*”

⁹⁵⁰ Güvenilenler bakımından *self dealing* kuralının içtihat hukukuyla yaratılmış dar istisnalarına ilişkin olarak bkz. Underhill/Hayton, s. 887-889.

⁹⁵¹ Benzer yönde bkz. Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemiyle Daraltılması*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 105 (“*Bu durumda temsilcinin kendisiyle işlem yapması, temsil olunan*

Menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünün bir diğer önemli görünümü güvenilenin lehtarın türev mülkiyet hakkını devralmak istemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Hâli hazırda asli mülkiyet hakkını haiz olan güvenilenin, lehtarın türev mülkiyet hakkını satın almak suretiyle trust fonu üzerinde bölünmez bir mülkiyet hakkına sahip olmak istemesi mümkündür. Bu durumda hakkaniyet hukukunun geliştirdiği kural *dürüst işlem kuralı* (*fair dealing rule*) olarak adlandırılmakta ve yukarıda incelenen kendiyile işlem kuralından (*self dealing rule*) birçok açıdan ayrılmaktadır. Zira bu olasılıkta lehtar ve güvenilen arasında gerçekleştirilen (diğer bir ifadeyle tek bir kişinin irade beyanına bağlı olmayan) bir hukuki işlemden bahsedildiği için menfaat çatışması riskinin daha az olduğunu ve bu nedenle bu yöndeki hukuki işlemlere ilişkin daha esnek bir tutum sergilendiğini söylemek mümkündür.⁹⁵² Bu yönde güvenilenin lehtarın mülkiyet hakkını satın aldığı bir sözleşme söz konusu olduğunda bu işlemin *per se* iptal edilebilir olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁵³ Bu işlemin ancak mahkemenin yaptığı inceleme sırasında güvenilenin konumunu kötüye kullanmadığını, söz konusu işlemin adil olduğunu, lehtarın aydınlatma görevini yerine getirdiğini ortaya koyamaması durumunda geçersiz kılınacağı ifade edilmektedir.⁹⁵⁴

Fair dealing kuralıyla amaçlananın da aslında söz konusu işlemin objektif olarak makul ve lehtarın menfaatlerine uygun olmasından ziyade, lehtarın bu kararı

menfaatini az da olsa ihlal etmekteyse söz konusu hukuki işlem geçersiz olmaktadır.”); Eren, Genel Hükümler, s. 466 (“...veya temsilcinin kendi kendisi ile yapacağı sözleşme hukuki niteliği itibariyle temsil olunana zarar verebilecek mahiyette değilse, temsilci kendi kendisiyle sözleşme yapabilir.”); Ömer Ali Girgin, Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 55-56 (“Doktrindeki genel kabul ise temsil olunanın menfaatini zedelediği sürece (...) temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına izin verilmesi gerektiğidir.”). Nitekim Yargıtay’ın da çifte temsil ve temsilcinin kendisiyle işlem yapması durumunda, işlemin caiz olup olmadığını değerlendirirken temsil olunanın zararını bir kıstas olarak aldığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay 19. HD., E. 2004/1690, K. 2004/10998, T. 04.11.2004; 19. HD. E. 2008/9888, K. 2008/10682, T. 06.11.2008. Ayrıca bkz. Nihat Yavuz, Vekilin Müvekkil Adına veya Hesabına Bizzat Kendisi İle İşlem Yapabilmesi (Kendisiyle İşlem Yapması) ve Sözleşmenin İki Tarafını Temsil Edebilmesi (Çifte Temsil) Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 1297, 1302.

⁹⁵² Penner, s. 422; Virgo, s. 436.

⁹⁵³ Panesar, s. 594.

⁹⁵⁴ Hudson, s. 373-374; Moffat, s. 439; Panesar, s. 594; Penner, s. 422; Thomas/Hudson, s. 324-325; Virgo, s. 435.

verirken bilinçli bir şekilde davranabilmesi için gereken şartların oluşup oluşmadığının incelenmesi olduğunu söylemek mümkündür. Bu durumda somut olaydaki sözleşmenin koşullarının makul olarak değerlendirilmesi, ancak lehtarın kararını bilinçli ve aydınlatılmış bir şekilde verdiğine ilişkin bir işaret, bir ispat aracı olarak ele alınmalıdır. Zira burada da önemli olan, tıpkı *self dealing* kuralında olduğu gibi, menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünün gözetilmesidir. Dolayısıyla ancak güvenilenin, lehtarın türev mülkiyet hakkını satın alırken onu aydınlatmadığı, yanlış yönlendirdiği, bu şekilde konumunu kötüye kullandığı tespit edilirse söz konusu işlemin geçersizliğine hükmedilmesi gerekir. Yoksa *fair dealing* kuralıyla amaçlananın hâkimin sözleşmenin içeriğine müdahale etmesi olmadığının altı çizilmelidir.⁹⁵⁵

b. Kendi Lehine Yarar Sağlamama Kuralı (*No Profit Rule*)

Sadakat borcunun bir diğer görünümüyse güvenilenin sahip olduğu konumdan kendi lehine bir yarar sağlamaması (*no profit*) yükümlülüğüdür. Aslında menfaat çatışması yaratmama ve kendi lehine bir yarar sağlamama yükümlülüklerinin birbiriyle bağlantılı kavramlar olduğu açıktır. Hatta bir görüşe göre kendi lehine yarar sağlamama yükümlülüğü, menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünün bir uzantısı olarak düşünülmelidir.⁹⁵⁶ Bununla birlikte kanımca iki kuralın hizmet ettiği amaçların birbirinden ayırt edilmesi mümkündür.⁹⁵⁷ Menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğüyle amaçlanan, yukarıda açıklandığı üzere, *fiduciary* konumundaki güvenilenin her zaman lehtarların menfaatlerini gözetmesi, trust fonunu yönetirken kendisini onun kararlarını etkileyebilecek, tabiri caizse aklını çelebilecek bir duruma sokmamasıdır. Bununla birlikte sahip olduğu konumdan kendi lehine bir

⁹⁵⁵ *Conaglen*, *Loyalty*, s. 129 vd. *Conaglen*'in görüşünü destekler yönde bkz. *Virgo*, s. 436.

⁹⁵⁶ Bu yönde bkz. *Conaglen*, *Loyalty*, s. 120, 123. *Conaglen*, *no profit* kuralını menfaat yaratmama yükümlülüğünün uygulaması için bir önleyici araç ve menfaat yaratmama yükümlülüğünden doğan ve onun gölgesinde yaşayan bir kural olarak nitelendirmektedir. Benzer yönde bkz. *Webb/Akkouh*, s. 250. Ayrıca bkz. *Boardman v Phipps* [1966] 2 AC 46, 123.

⁹⁵⁷ Aynı yönde bkz. *Conaglen*, *Loyalty*, s. 120; *Virgo*, s. 439-440. Ayrıca bkz. *Kak Loui Chan v Zacharia* (1984) 154 CLR 178, 199.

yarar sağlamama yükümlülüğünün amacı, güvenilenin herhangi bir menfaat çatışması bulunmasa bile içinde bulunduğu konumdan, sahip olduğu bilgilerden ya da konumu nedeniyle karşısına çıkan fırsatlardan yararlanmasının önüne geçmektir.⁹⁵⁸ Başka bir deyişle güvenilen, lehtarın menfaatlerine hanel getirmeyecek olsa dahi içinde bulunduğu konumu kendi menfaatleri lehine kullanmaktan kaçınması gerektiği kabul edilmektedir.

Güvenilenin kendi lehine bir yarar sağlamasından kasıt, güvenilen olmasından dolayı sahip olduğu konumu sayesinde caiz olmayan bir gelir elde etmesi veya bir giderden kaçınmasıdır.⁹⁵⁹ Daha önce de belirtildiği üzere güvenilenin kendi lehine sağladığı yarardan dolayı sorumluluğunun söz konusu olması için lehtarın bir zarara uğramış olmasına gerek yoktur. Tıpkı menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğünde olduğu gibi, kendi lehine yarar sağlamama yükümlülüğünde de odak noktası lehtar ve onun menfaatlerinden ziyade, görevin sadakatle ve gerektiği gibi yerine getirilmesidir.⁹⁶⁰ Bu nedenle güvenilenin izinsiz şekilde kendi lehine bir yarar elde etmesi durumunda, lehtarın bu işlemde zarar görüp görmediğine bakılmaksızın elde edilen menfaatin devrinin söz konusu olması gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁶¹ Aynı şekilde güvenilenin kusurlu olup olmadığı önemsiz olup, herhangi bir yarar elde edilmiş olmasının güvenilenin sorumluluğunun doğması için yeterli olduğu düşünülmektedir.⁹⁶²

Güvenilenin caiz olmayan bir şekilde, konumundan dolayı yarar sağladığı durumda elde edilen bu menfaatlerin kendiliğinden bir *constructive trust* konusunu oluşturacağı kabul edilmektedir.⁹⁶³ Bununla birlikte özellikle 2014 yılından önce, güven ve sadakate dayalı bir ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali durumunda devreye girecek olan menfaat devri yaptırımının hukuki niteliğinin

⁹⁵⁸ *Virgo*, s. 438. Bu yönde örneğin *Kak Loui Chan v Zacharia* (1984) 154 CLR 178, 198.

⁹⁵⁹ *Virgo*, s. 441.

⁹⁶⁰ Aynı yönde bkz. *Conaglen, Loyalty*, s. 125.

⁹⁶¹ *Virgo*, s. 442.

⁹⁶² *Conaglen, Loyalty*, s. 124; *Hayton*, s. 141; *Hudson*, s. 369; *Pettit*, s. 442-443; *Virgo*, s. 444.

⁹⁶³ *Hudson*, s. 601-602; *Keeton/Sheridan*, s. 306; *Pettit*, s. 443. *Constructive trust* kavramına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 185 vd.

tartışmalı olduğunu söylemek mümkündür.⁹⁶⁴ Bu tarihten önce *fiduciary* kişinin caiz olmayan bir şekilde elde ettiği menfaatleri devretmekle yükümlü olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmakla birlikte, lehtarın talep hakkının bir aynı hakka mı (*constructive trust*) yoksa bir şahsi hakka mı (*account for profits*) dayandığı konusunda kesin bir çözüme ulaşılmış değildi. Hatta 2014 yılına kadar verilen mahkeme kararlarında ancak belirli bazı hâllerde *constructive trust* yaptırımının devreye gireceği, diğer hâllerde ise lehtarın menfaatin devrine ilişkin bir alacak hakkına sahip olduğu kabul edilmekteydi.⁹⁶⁵ Bununla birlikte Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court of United Kingdom*) 2014 yılında vermiş olduğu bir kararla güven ve sadakate dayalı bir ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali sonucunda bir menfaat elde edilmiş olması durumunda, bu menfaatin iş sahibinin aleyhine elde edilmiş veya üçüncü bir kişiden kazanılmış olmasına bakılmaksızın, *constructive trust* yaptırımının devreye gireceğine hükmettiğini ve böylece bu tartışmayı bir açıklığa kavuşturduğunu söylemek mümkündür.⁹⁶⁶

Constructive trust yapısı Türk hukukuna yabancı olmakla birlikte, *constructive trust*ın konusunu oluşturabilecek bir mal varlığı unsurunun tespit edilememesi hâlinde devreye girecek olan⁹⁶⁷ ve elde edilen menfaatlerin lehtara devrine ilişkin alacak hakkı niteliğindeki *account for profits* talebinin Türk hukuku bağlamında anlaşıldığı şekliyle ve teknik anlamda menfaat devri yaptırımına karşılık geldiğini söylemek mümkündür. Bilindiği üzere Türk hukukunda menfaat devri yaptırımının

⁹⁶⁴ Hudson, s. 571 vd.; Panesar, s. 407; Penner, s. 424 vd.; Virgo, s. 451. Ayrıca bkz. *FHR European Ventures LLP v Cedar Capital Partners LLC* [2014] UKSC 45, N. 1. Diğer *common law* sistemlerindeki benzer kararlara ilişkin bir değerlendirme için bkz. Alvin W. L. See, Unauthorised Fiduciary Gains and The Constructive Trust, Singapore Academy of Law Journal, C. 28, 2016, s. 1015-1020.

⁹⁶⁵ *Fiduciary* kişinin aslında iş sahibine ait olması gereken bir menfaati elde etmesi durumunda bu menfaatler üzerinde bir *constructive trust*ın kurulacağı, buna karşılık iş sahibinin zaten elde edemeyeceği ve üçüncü kişiden sağlanan bir menfaatin (söz gelimi rüşvetin) elde edilmesi durumunda ise şahsi bir talebin söz konusu olacağı kabul edilmekteydi. Bkz. Panesar, s. 408-409; Penner, s. 429-431; Virgo, s. 452 vd.

⁹⁶⁶ *FHR European Ventures LLP v Cedar Capital Partners LLC* [2014] UKSC 45.

⁹⁶⁷ Hudson, s. 611; Panesar, s. 408.

hukuki dayanağı TBK m. 530'da düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumudur. "İşin işgörenin menfaatine yapılması hâlinde" başlıklı ilgili hüküm uyarınca "İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür." Bir kimsenin yetkisi olmaksızın bir işi kendi (ya da üçüncü bir kişinin) menfaatine görmesi olarak tanımlanabilen⁹⁶⁸ gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için vekaletsiz iş gören ve iş sahibi arasında bir sözleşmesel ilişki bulunmasına gerek yoktur. Bununla birlikte taraflar arasında bir sözleşmenin, söz gelimi bir vekalet ilişkisinin bulunmasının da vekaletsiz iş görme hükümlerinin devreye girmesini engellemeyeceği kabul edilmektedir.⁹⁶⁹

Bununla birlikte *no profit* kuralını ihlal eden güvenilenin tâbi olduğu sorumluluk rejimi, yani *constructive trust* yapısı ve Türk hukukunda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumuna bağlanan sonuçlar arasında birtakım önemli farklılıkların bulunduğu belirtilmelidir. Trust yapısında güvenilenin *no profit* kuralını ihlal ederek bir menfaat elde etmesi durumunda bu menfaatler bir *constructive trust* konusunu oluşturmakta ve menfaat alanına müdahale edilen lehtarın bir alacak hakkına değil, bir türev mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık vekaletsiz iş görme sonucunda ortaya çıkan menfaat devri talebi bir alacak hakkı niteliğindedir.⁹⁷⁰

Bu farklılığın ilk sonucu, güvenilenin/vekaletsiz iş görenin iflası durumunda lehtarın öncelikli alacaklı olarak *constructive trust* fonuna erişmesi mümkün iken, menfaat devri yaptırımının bir alacak hakkı olarak nitelendirilmesi durumunda böyle bir önceliğin bulunmayacak olmasıdır.⁹⁷¹ İkinci önemli fark ise elde edilen

⁹⁶⁸ Baş Süzel, s. 7-8. Benzer yönde bkz. Gülşah Sinem Aydın, Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görme, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 32.

⁹⁶⁹ Bu yönde bkz. Aydın, s. 294; Baş Süzel, s. 61, 248; Gümüş, Borçlar Özel II, s. 251.

⁹⁷⁰ Baş Süzel, s. 78.

⁹⁷¹ Panesar, s. 407; Virgo, s. 455. Aynı yönde *FHR European Ventures LLP v Cedar Capital Partners LLC* [2014] UKSC 45.

menfaatlerin üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. *Constructive trust* fonunu oluşturan menfaatlerin üçüncü kişiye devredilmesi durumunda lehtarın, söz konusu üçüncü kişinin iyi niyetli bir şekilde ve ivaz karşılığında bu işlemi yaptığını kanıtlayamaması durumunda menfaat devri talebini onlara karşı da ileri sürmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷² Benzer bir ayrıcalık bir nispi hak niteliğinde olan menfaat devrindeyse kural olarak söz konusu değildir. Üçüncü olarak zamanaşımı bakımından da alacak hakkının aynı hak karşısında daha zayıf olduğunun altı çizilmelidir.⁹⁷³

Dördüncü olarak *constructive trust* yapısı üzerinden yapılan menfaat devri talebinin kapsamının da bir şahsi hak olarak menfaat devrinden daha geniş olduğu vurgulanmalıdır.⁹⁷⁴ *Constructive trustta* devri talep edilebilecek olan menfaatlerin iş görme ve bundan elde edilen menfaatlerin (ve bunların hukuki semerelerinin) yanı sıra *ikincil* olarak nitelendirilebilen menfaatleri de kapsadığı kabul edilmektedir.⁹⁷⁵ Örneğin güvenilenin caiz olmayan bir şekilde elde ettiği kazanç ile bir yatırım yaptığı, söz gelimi bir ev satın aldığı ve bu evin fiyatının daha sonra arttığı varsayımında, lehtarın ulaşılan son değerini kendisine devredilmesini talep etme hakkı bulunduğunu söylemek mümkündür.⁹⁷⁶ Buna karşılık bir alacak hakkı olan menfaat devri talebinde talep edilebilecek menfaatin kapsamının iş görmeyle arasında nedensellik bağı kurulabilen *birincil* menfaatlerle sınırlı olduğu

⁹⁷² Panesar, s. 407; See, s. 1029; Virgo, s. 455.

⁹⁷³ Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin tâbi olacağı zamanaşımı bakımından farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (bundan böyle 'Özel Hükümler'), Yetkin Yayıncılık, 5. bası, 2017, s. 913; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 683; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, 10. bası, 2014, s. 1369. Genel zamanaşımı olan 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Baş Süzel, s. 133. İsviçre hukukunda hâkim görüşün gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından haksız fiil zamanaşımının (1 yıl) uygulanması gerektiği yönünde bkz. Hofstetter, s. 253-254.

⁹⁷⁴ Panesar, s. 407.

⁹⁷⁵ See, s. 1025. Bunun temelinde 'trust fonu' kavramının baştaki değerlerin getirdiği hukuki semerelerin yanı sıra bunun yerine geçen ikame değerleri ve değer artışlarını da kapsamı fikrinin yatığı söylemek mümkündür. Trust fonu kavramına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 160.

⁹⁷⁶ Benzer örnekler için bkz. See, s. 1025 vd.

görülmektedir.⁹⁷⁷ Bunun temel sebebi, özellikle iş görenin elde ettiği menfaatin (olayların çoğunda olduğu gibi) bir miktar para olduğu varsayımında, iş görenin daha sonra yaptığı yatırımların kendi kazanımlarından mı yoksa caiz olmayan bir şekilde elde ettiği menfaatten mi yapıldığının ispatının pratikte mümkün olmamasıdır. Bu nedenle elde edilen *ikincil* menfaatler ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme durumu arasında nedensellik bağının kurulması hemen hemen imkânsız gözükmemektedir.⁹⁷⁸ Buna karşılık trust yapısında lehtar bu tür bir ispat güçlüğüyle karşılaşmamaktadır. Zira bu durumda hakkaniyet hukuku, yükümlülüklerini ihlal etmiş güvenilenin aleyhine birtakım karineler öngörmektedir.⁹⁷⁹ 1903 tarihli *Re Oatway* içtihadıyla ortaya konulan ve 'kendine uygun olanı seçme' (*cherry-picking*) olarak adlandırılan kural sayesinde lehtarın, güvenilenin kendi parası ve yükümlülüklerine aykırı olarak elde ettiği paranın karıştığı savunmasını def etme imkânına sahip olduğu kabul edilmektedir.⁹⁸⁰ Daha açık bir ifadeyle, bir şahsi hak olan menfaat devrinin aksine *constructive trust* yapısında lehtarın, güvenilenin karışmış banka hesabındaki paranın bir kısmıyla yatırım yaparak *ikincil* menfaatler elde etmesi durumunda dahi kullanılan bu paranın kendisine ait olduğunu ileri sürmesinin mümkün olduğu benimsenmektedir.

⁹⁷⁷ Benzer yönde bkz. *See*, s. 1026. TBK m. 530 bağlamında devri talep edilebilecek olan menfaatin kapsamı, iş görme ve iş görenin mal varlığındaki artış (ya da önlenen azalış) arasında mantıki nedensellik bağının kurulmasıyla tespit edilmektedir. Menfaat devri yaptırımının bir özel hukuk cezası niteliğine sahip olmasından dolayı burada aranan nedensellik bağının uygun nedensellik bağı değil, mantıki nedensellik bağı olması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Baş Süzel**, s. 80-81. Ancak bu görüşe rağmen iş görenin elde ettiği ikincil menfaatlerin TBK m. 530 bağlamında talep edilmesi menfaatin uzaklığı/dolaylılığı ve buna bağlı ispat güçlüğü nedeniyle mümkün gözükmemektedir.

⁹⁷⁸ Aynı yönde bkz. *See*, s. 1028.

⁹⁷⁹ **Panesar**, s. 719; **Underhill/Hayton**, s. 1199-1201; **Virgo**, s. 562 vd.

⁹⁸⁰ *Re Oatway* [1903] Ch 356; *Shalson v Russo* [2003] EWHC 1637, N. 144. Krş. *Foskett v McKeown* [2000] UKHL 29. Ayrıca bkz. **David Hayton**, *Unique Rules For The Unique Institution, the Trust* (bundan böyle 'Unique Rules'), *Equity in Commercial Law* (ed. Simone Degeling/James Edelman), Lawbook Co., 2005, s. 280; **Hudson**, s. 906-907; **Panesar**, s. 721; **Penner**, s. 354; *See*, s. 1028. *Moffat* ise lehtarın sahip olduğu bu kendine uygun olanı seçme hakkını yazı-tura metaforu üzerinden şu şekilde özetlemiştir: "Yazı gelirse ben kazanırım, tura gelirse sen kaybedersin." Bkz. **Moffat**, s. 675.

İki sorumluluk rejimi arasındaki bir diğer önemli fark ise iş görenin/güvenilenin kusurunun aranıp aranmayacağına ilişkindir. Yukarıda ifade edildiği üzere, sadakat yükümlülüğünü ihlal eden bir *fiduciary* kişinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir.⁹⁸¹ Buna karşılık gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için iş görenin ağır kusurlu olması gerekmektedir.⁹⁸² Diğer bir ifadeyle, TBK m. 530 bağlamında menfaat devri yaptırımının söz konusu olabilmesi için iş görenin kötü niyetli, başka bir deyişle hukuka aykırılık bilincine sahip olması aranmaktadır.⁹⁸³ Bu noktada iki sorumluluk rejiminin birbirinden önemli derecede ayrıştığı görülecektir: Güvenilenin bu konumundan dolayı herhangi bir menfaat elde etmesi durumunda, bu menfaatin devredilmesi için güvenilenin iyi niyetli ya da kötü niyetli olmasının, kısacası hukuka aykırılık bilincinin bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Buna karşılık gerçek olmayan vekaletsiz iş görme için bu hukuka aykırılık bilinci/kötü niyet şartı, sorumluluğun doğması için zorunlu ancak yazılı olmayan bir unsur olarak kabul edilmektedir.⁹⁸⁴

Bilindiği üzere gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin şartlarından biri, iş sahibinin hukuk alanına bir müdahalede bulunmuş olmasıdır.⁹⁸⁵ Bu bağlamda iş görme kavramının da her aktif insan fiilini kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁸⁶ Konumuz açısından daha da önemli bir husus, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin hukuka aykırılık unsurunu da sağlaması gereğidir.⁹⁸⁷ Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede kural olarak mutlak hakların ihlalinde hukuka aykırılık unsuru söz konusu olacağından, özel bir koruma normunun ihlali olmadığı müddetçe söz gelimi bir sözleşmeye aykırılığın menfaat

⁹⁸¹ Underhill/Hayton, s. 23.

⁹⁸² Baş Süzel, s. 46.

⁹⁸³ Baş Süzel, s. 45-46; Eren, Özel Hükümler, s. 911, 913; Gümüş, Borçlar Özel II, s. 246.

⁹⁸⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 910.

⁹⁸⁵ Aydın, s. 65; Baş Süzel, s. 21.

⁹⁸⁶ Baş Süzel, s. 21; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 678. Benzer yönde bkz. Gümüş, Borçlar Özel II, s. 227-228.

⁹⁸⁷ Baş Süzel, s. 54.

devri yaptırımına yol açması mümkün değildir.⁹⁸⁸ Dolayısıyla Türk hukukunda vekil sıfatıyla hareket eden bir kimsenin, örneğin bir şirket yöneticisinin, avukatın veya güvenilenin bu konumundan kendisi lehine bir çıkar elde etmesi durumunda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme için aranan hukuka aykırılık unsuru söz konusu olmadığından, menfaat devri yaptırımından da bahsetmek mümkün olmamaktadır. Bu durumda ancak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ve zararın varlığı ve kapsamına bağlı olumlu zarar talebi söz konusu olmaktadır. Bu husus, trust yapısında güvenilenin tâbi olduğu sorumluluk rejimi ile vekilin tâbi olduğu sorumluluk rejimi arasındaki kanımca en önemli farklardan birini teşkil etmektedir.

c. İstisna: Güvenilenin Ücrete Hak Kazanması

Güvenilenin trustın yönetiminden kendi lehine herhangi bir yarar sağlamaması ve trustın yönetimi sırasında ortaya çıkabilecek her türlü menfaat çatışmasını engellemesi yükümlülüklerinin bir istisnası, güvenilenin trustın idaresi karşılığında bir ücrete hak kazanmasıdır. Tıpkı vekalet sözleşmesinde olduğu gibi,⁹⁸⁹ trust hukuku bağlamında da kural güvenilenin görevini ivazsız bir şekilde yerine getirmesidir.⁹⁹⁰ Bununla birlikte, yine vekalet sözleşmesinde olduğu gibi, trustın kurucu belgesinde güvenilenin belirli bir ücrete hak kazanacağını kararlaştırılması mümkündür.⁹⁹¹ *Trustee Act 2000*'in yürürlüğe girmesinden önce güvenilenlerin,

⁹⁸⁸ Baş Süzel, s. 56 vd.

⁹⁸⁹ TBK m. 502/3: "Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır." Kanun koyucu bu hükümle vekalet sözleşmesinin kural olarak ivazsız olduğunu ancak aksinin sözleşmeyle kararlaştırılabileceğini veya teamülen kabul edilebileceğini düzenlemiştir. Vekalet sözleşmesinin ivazsız bir sözleşme olarak değerlendirilmesi, Roma hukukundan gelen bir bakış açısını yansıtmaktadır. Bkz. Haluk Emiroğlu, Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, 2003, s. 105-106; Bengi Sayın Korkmaz, Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium), Yetkin Yayınları, 2014, s. 50 vd. Bununla birlikte günümüzde teamülün vekile ücret ödenmesini gerektirmediği veya ücret hususunun sözleşmeyle ayrıca düzenlenmediği bir vekalet sözleşmesi durumunu düşünmenin güç olduğu itiraf edilmelidir. Bu nedenle vekalet sözleşmesinde kuralın sözleşmenin ivazsız olduğu yönündeki önermenin günümüzde ne kadar doğru bir önerme olduğu kanımca tartışmaya açıktır. Trust kurumu bağlamında aynı yönde bkz. Peter J. Millett, Equity's Place In The Law of Commerce (bundan böyle 'Equity's Place'), LQR, C. 114, 1998, s. 216; Moffat, s. 421.

⁹⁹⁰ Hayton, s. 149; Hudson, s. 376; Panesar, s. 594; Underhill/Hayton, s. 873-874.

⁹⁹¹ Hayton, s. 149; Moffat, s. 422; Panesar, s. 595; Penner, s. 411; Underhill/Hayton, s. 874; Virgo, s. 358. Trustın kurucu belgesinde bu yönde bir hükme yer verilmemiş olsa bile, güvenilenin

trustın kurucu belgesinde bir hüküm bulunmaması durumunda herhangi bir ücrete hak kazanamayacağı kabul edilmekteydi.⁹⁹² Bununla birlikte *Trustee Act 2000* ile işini meslek icabı yapan kişilerin (profesyonel güvenilenlerin) makul bir ücrete hak kazanacağı açıkça hükme bağlandığı görülmektedir.⁹⁹³ Bunun dışında gerek amatör gerekse profesyonel nitelikteki her türlü güvenilenin trustın yönetimi nedeniyle yaptığı masrafları talep etme hakkının bulunduğu belirtilmelidir.⁹⁹⁴

Trust fonunun tamamının veya bir kısmının şirket hisselerinden oluşması durumunda, güvenilenin bir şirketteki kontrol hisselerini elinde tutması göz ardı edilemeyecek bir ihtimaldir.⁹⁹⁵ Bu durumda güvenilenin ya da güvenilenlerin şirketin yönetim kuruluna girerek dolaylı⁹⁹⁶ bir gelir elde etmelerinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir.⁹⁹⁷ İngiliz mahkemeleri güvenilenin şirketteki kontrol hisselerini elinde tutması nedeniyle yönetim kuruluna (veya limited şirkette

lehtarlar ile yaptığı bir sözleşmeyle ücrete hak kazanmasının mümkün olduğu ifade edilmelidir. Bkz. **Moffat**, s. 426; **Underhill/Hayton**, s. 883. Güvenilenin hak kazanacağı ücretin belirlenmesinde farklı yöntemler tercih edilmektedir. Örneğin güvenilenin hak kazandığı ücretin belirlenmesinde çalıştığı saatin esas alınması mümkün olduğu gibi, yönetilen trust fonunun büyüklüğüyle orantılı (*ad valorem*) bir yüzdenin kararlaştırılması da mümkündür. Bkz. **Moffat**, s. 421-422.

⁹⁹² **Penner**, s. 411.

⁹⁹³ **Moffat**, s. 425; **Underhill/Hayton**, s. 876-877; **Virgo**, s. 358. *Trustee Act 2000* m. 29: "(1) Subject to subsection (5), a trustee who— (a) is a trust corporation, but (b) is not a trustee of a charitable trust, is entitled to receive reasonable remuneration out of the trust funds for any services that the trust corporation provides to or on behalf of the trust. (2) Subject to subsection (5), a trustee who— (a) acts in a professional capacity, but (b) is not a trust corporation, a trustee of a charitable trust or a sole trustee, is entitled to receive reasonable remuneration out of the trust funds for any services that he provides to or on behalf of the trust if each other trustee has agreed in writing that he may be remunerated for the services. (...)" Trustın kurucu belgesi ve incelenen bu hüküm dışında, güvenilenin ücrete hak kazanmasının ayrıca mahkemenin kararıyla da mümkün olabileceği ifade edilmelidir. Güvenilene belirli bir ücret ödenmesi ya da belirlenen ücretin artırılması gibi hususların mahkemenin takdir yetkisinde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Moffat**, s. 427; **Panesar**, s. 596; **Underhill/Hayton**, s. 878-881; **Virgo**, s. 358-362.

⁹⁹⁴ **Hudson**, s. 350; **Moffat**, s. 420; **Penner**, s. 411; **Underhill/Hayton**, s. 1091; **Virgo**, s. 354. Ayrıca bkz. *Trustee Act 2000* m. 31: "(1) A trustee— (a) is entitled to be reimbursed from the trust funds, or (b) may pay out of the trust funds, expenses properly incurred by him when acting on behalf of the trust. (...)"

⁹⁹⁵ **Moffat**, s. 430; **Panesar**, s. 599.

⁹⁹⁶ **Moffat**, s. 430.

⁹⁹⁷ Türk anonim şirketler hukuku bağlamında yönetim kurulu üyelerine çeşitli mali haklar tanınması mümkündür. TTK m. 394 uyarınca "Yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir." Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Hasan Pulaşlı**, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2011, C. I, s. 1040-1049.

müdürler kuruluna) üye olarak seçilmesi durumunda elde ettiği geliri trust fonuna devretme yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmiştir.⁹⁹⁸ Güvenilenin elde ettiği bu tür mali hakları devretmesi kuralının bir istisnası her zamanki gibi trustın kurucu belgesinde aksi bir hükme yer verilmiş olmasıdır.⁹⁹⁹ Bir diğer istisna ise güvenilenin, görevini kabul etmeden önce de söz konusu pozisyonda olmasıdır.¹⁰⁰⁰ Zira hatırlanacağı üzere burada önemli olan, güvenilenin bu konumu nedeniyle kendi lehine bir menfaat sağlamamasıdır. Bu nedenle güvenilenin bu sıfatından bağımsız bir şekilde atandığı konum sebebiyle bir gelir elde etmesi durumunda menfaat devri yaptırımının söz konusu olması için bir gerekçe mevcut değildir.¹⁰⁰¹

2.2.2.3.4. Özen Yükümlülüğü

a. Güvenilenin Tâbi Olduğu Özen Standardı

Güvenilenin özen yükümlülüğü, bir üst başlıkta incelenen sadakat yükümlülüğünün yanında güvenilenin en önemli iki yükümlülüğünden biridir.¹⁰⁰² Özen ve sadakat yükümlülükleri birbirini destekleyen ve tamamlayan ancak birbirinden ayrılan iki kavram olarak düşünülmelidir.¹⁰⁰³ Özen yükümlülüğü, güvenilenin trustı yönetirken bunu belirli bir özen standardına uygun olarak ve dikkatli bir şekilde yapması anlamına gelmekte; sadakat yükümlülüğü ise işin yürütülmesi esnasında gösterilen özenden bağımsız olarak güvenilenin her zaman lehtarın menfaatlerini

⁹⁹⁸ Moffat, s. 431; Panesar, s. 599. Bu yönde bkz. *Re Francis* (1905) 92 LT 77; *Re Macadam* [1946] Ch 73.

⁹⁹⁹ Panesar, s. 600.

¹⁰⁰⁰ Panesar, s. 600; Pettit, s. 143. Bu yönde bkz. *Re Dover Coalfield Extension Ltd* [1908] 1 Ch 65.

¹⁰⁰¹ *Re Macadam* davasında hâkim Cohen J, bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “Bu hususun temelinde şu soru yatmaktadır: Güvenilen gelir elde ettiği bu konuma güvenilen olduğu için mi gelmiştir?” Bkz. *Re Macadam* [1946] Ch 73, 82 (“The root of the matter really is: Did the trustee acquire the position in respect of which he drew remuneration by virtue of his position as trustee?”) Benzer yönde, güvenilenin güvenilen olarak sahip olduğu oy hakkından bağımsız bir şekilde, diğer pay sahiplerinin kararıyla yönetim kurulu üyesi olarak atanması durumunda da bu görevden dolayı elde ettiği geliri koruyabileceği kabul edilmiştir. Bu yönde bkz. *Re Gee* [1948] Ch 284, [1948] 1 All ER 498. Karara ilişkin olarak bkz. Moffat, s. 431-432.

¹⁰⁰² John H. Langbein, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, Yale Law Journal, C. 107, 1997, s. 182.

¹⁰⁰³ Gümüş, *Özen Borcu*, s. 158-159; Lewin on Trusts, s. 1214. Benzer yönde Tandoğan, *Borçlar Özel*, s. 409.

gözetmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla işini özenle ve dikkatle yürüten bir güvenilenin kendini olası bir menfaat çatışması içinde bulması ve böylece sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi mümkün olduğu gibi, herhangi bir menfaat çatışmasına imkân vermeyen bir güvenilenin işini yürütürken göstermekle yükümlü olduğu özeni göstermeyerek özen yükümlülüğünü ihlal etmesi de mümkündür.¹⁰⁰⁴ Ayrıca söz konusu kavramların tarihsel gelişimine bakıldığında da bu ayrım göze çarpmaktadır. Zira güvenilenin özen yükümlülüğü kavramı, tarihsel olarak güvenilenin sadakat yükümlülüğünden çok daha sonra gelişmiştir.¹⁰⁰⁵ Bunun sebebi ise ilk başlarda kurulan trust yapılarında güvenilenin rolünün sadece ilgili toprak parçasını elinde tutmak yönündeki pasif bir görevden ibaret olması ve güvenilenin trustın yönetimi konusunda aktif bir rol üstlenmesinin ancak daha daha sonraları söz konusu olmasıdır.¹⁰⁰⁶ Buna karşılık trust kurumunun özünü oluşturan güven kavramı ve buna bağlı sadakat yükümlülüğünün doğumunun ve gelişiminin trust kurumunun kendisiyle paralel olduğunu söylemek mümkündür.

Vekilin ya da güvenilenin tâbi olduğu özen standardının belirlenmesinde yasa koyucunun ya da mahkemenin tercih edebileceği üç temel seçeneğin olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰⁰⁷ Bunlardan ilki söz konusu kişinin şahsi işlerinde gösterdiği özenin ve kişisel özelliklerinin dikkate alındığı subjektif bir standardın belirlenmesidir.¹⁰⁰⁸ İkinci seçenek güvenilen ya da vekil konumundaki herkes için tek ve objektif bir özen standardının belirlenmesidir.¹⁰⁰⁹ Üçüncü seçenek ise nitelikli objektif özen testi olarak adlandırılan ve farklı kategorilerde yer alan vekil

¹⁰⁰⁴ Joshua Getzler, *Duty of Care, Breach of Trust* (ed. Peter Birks/Arianna Pretto-Sakmann), Hart Publishing, 2002, s. 71; Watt, s. 353.

¹⁰⁰⁵ Güvenilenin özen yükümlülüğü kavramının ilk defa 17. yüzyılda ortaya çıktığı yönünde bkz. Getzler, *Duty of Care*, s. 43.

¹⁰⁰⁶ Getzler, *Duty of Care*, s. 43-44.

¹⁰⁰⁷ Getzler, *Duty of Care*, s. 42-43; Virgo, s. 375.

¹⁰⁰⁸ Virgo, s. 375. Bu durumda güvenilenin/vekilin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğine kanaat getirilmesi kural olarak ilgili kişinin ağır kusurlu olduğu hâllerle sınırlı olacaktır. Bkz. Getzler, *Duty of Care*, s. 43. Subjektif testin trustın düzgün yönetimini sağlamak açısından yetersiz olduğu yönünde bkz. Joskova, s. 1087.

¹⁰⁰⁹ Virgo, s. 375. Getzler bunu "genelleştirilmiş objektif özen standardı" olarak tanımlamaktadır. Bkz. Getzler, *Duty of Care*, s. 43.

ve güvenilenlerin, farklı fakat yine objektif özen standartlarına tâbi olması durumudur.¹⁰¹⁰

Güvenilenin tâbi olduğu özen standardının doğru belirlenmesi trust kurumunun işlevini gereği gibi yerine getirebilmesi açısından son derece önemlidir. İlk bakışta güvenilenin çok sıkı bir özen yükümlülüğüne tâbi tutulmasının kurucu bakımından güven sağlayıcı ve lehtarlar bakımından avantajlı olduğu düşünülebilse de bu denklemin her zaman bu kadar basit olmadığı ifade edilmelidir.¹⁰¹¹ Güvenilenin çok sıkı bir özen yükümlülüğüne tâbi kılınması, hâli hazırda zaten külfetli bir iş olan bu görevin daha az kişi tarafından üstlenilmesine, bunun sonucunda işin maliyetinin kurucu ve lehtar aleyhine artmasına neden olabilir.¹⁰¹² Bunun yanı sıra bu tür fazlasıyla yüksek bir özen standardının güvenilende her zaman güvenli seçimler yapma ve çok daha az riskli yatırım kararları alma yönünde bir güdü uyandıracığını, böylece olumsuz bir dışsallığa neden olacağını da söylemek mümkündür.¹⁰¹³ Bu ihtimalde trustın ekonomik hareketliliğe ve büyümeye katkısının sınırlı olacağı ise ortadadır.

Tarihsel gelişime bakıldığında 17. ve 18. yüzyılda verilen mahkeme kararlarında güvenilenin ancak kast (*dolus*) veya ağır ihmalin (*culpa lata*) varlığı hâlinde özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varıldığına hükmedildiği görülmektedir.¹⁰¹⁴ Bu dönemlerde güvenilenin özen yükümlülüğünün subjektif bir şekilde değerlendirildiği ve pek de yüksek olmayan bir standarda tâbi tutulduğunu söylemek mümkündür. Özellikle trustların bir ticaret ve yatırım aracı olarak da düşünölmeye başlandığı 19. yüzyıldan itibaren ise güvenilenin özen yükümlülüğünün merkezinden *culpa lata* kavramının çıkarıldığı ve bunun yerine *culpa levis in concreto* (kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen eksikliği)

¹⁰¹⁰ Virgo, s. 375. Getzler bunu "bireyselleştirilmiş objektif özen standardı" olarak tanımlamaktadır. Bkz. Getzler, Duty of Care, s. 43.

¹⁰¹¹ Gardner, s. 190; Joskova, s. 1083.

¹⁰¹² Joskova, s. 1083.

¹⁰¹³ Gardner, s. 190-191; Joskova, s. 1083.

¹⁰¹⁴ Getzler, Duty of Care, s. 59.

kavramının yerleştirildiği, böylece güvenilenden beklenen özen standardının yükseltildiği görülmektedir.¹⁰¹⁵ Bu doğrultuda güvenilenin özen yükümlülüğüne ilişkin kıstas mahkemeler tarafından ilk olarak “basiretli iş insanı” (*prudent business man*) testi olarak belirlendiğini söylemek mümkündür.¹⁰¹⁶ Bu teste göre güvenilenden beklenenin trustı yönetirken basiretli bir iş insanının kendi işlerini yürütürken gösterdiği özeni göstermesi olduğu kabul edilmektedir.¹⁰¹⁷

Özellikle son yüzyılda trustın bir aile fideikomisi benzeri, küçük çaplı bir kurum olmaktan çıkıp daha da önemli bir yatırım aracına dönüşmesi güvenilenin tâbi olduğu özen standardının da gözden geçirilmesini gerektirmiştir. Bunun üzerine İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu ile İskoçya Hukuk Komisyonu’nun ortak hazırladığı raporda önerilen değişikliklerin yasama organı tarafından kabul edilmesi sonucunda *Trustee Act 2000* ile güvenilenin tâbi olduğu özen yükümlülüğü yeni bir tanıma kavuşturulmuştur. Bu doğrultuda somut olaydaki şartların, söz konusu trust yapısının ve güvenilenin özelliklerinin dikkate alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁵ Getzler, *Duty of Care*, s. 59.

¹⁰¹⁶ *Speight v Gaunt* [1883] UKHL 1. Bu karara ilişkin olarak bkz. Getzler, *Duty of Care*, s. 62-67. Ayrıca bkz. Hudson, s. 361; Lewin on Trusts, s. 1214; Moffat, s. 444; Underhill/Hayton, s. 787; Virgo, s. 375. ABD’de benzer yönde emsal bir karar için *Harvard College v Amory* (1830) 26 Mass (9 Pick) 446.

¹⁰¹⁷ Aslında basiretli iş insanı kuralı uyarınca tüm güvenilenler için tek ve objektif bir özen standardı belirlendiği için en başta amatör güvenilenin, profesyonel güvenilenin ve trust şirketlerinin tâbi olduğu özen standardının aynı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Getzler, *Duty of Care*, s. 67; Moffat, s. 444. Ancak daha sonra verilen mahkeme kararlarında bu işi bir meslek hâline getirmiş kişilerin tâbi olduğu özen standardının daha yüksek olması gerektiğinin kararlaştırıldığı da görülmektedir. Örneğin bkz. *Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd (No. 2)* [1980] 1 Ch 515. Buna ilişkin olarak bkz. Lewin on Trusts, s. 1214-1215; Moffat, s. 444-445; Virgo, s. 376. Ancak bu kararların dışında profesyonel güvenilenlerin daha yüksek bir özen standardına tâbi olmasının bir *obiter dictum* teşkil ettiği, bu hususun bir karara temel alınmadığı yönünde bkz. Penner, s. 289.

¹⁰¹⁸ Bu yönde bir özen standardı belirlenmesinin arkasındaki gerekçeler için bkz. The Law Commission Report on Trustees’ Powers and Duties (Law Com No. 260), 1999, N. 2. 15 (bundan böyle ‘Duties Rapor’), N. 3.24. İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu ile İskoçya Hukuk Komisyonu’nun *Trustee Act 2000* ile yapılan değişikliklerin temelini oluşturan ilgili ortak raporunun tam metni için bkz. <https://www.lawcom.gov.uk/project/trustees-powers-and-duties/> (son erişim tarihi 09.02.2019)

Trustee Act 2000'in özen yükümlülüğü (*duty of care*) başlıklı birinci maddesi şu şekildedir:

“Bu bölümde düzenlenen yükümlülüğün uygulanabilir olduğu durumlarda, güvenilenin görevini icra ederken somut olaydaki şartların gerektirdiği ölçüde makul özen ve dikkat göstermesi gerekmektedir. Söz konusu makul özen derecesi belirlenirken özellikle şunlar dikkate alınır:

(a) güvenilenin sahip olduğu veya sahip olduğunu ileri sürdüğü her türlü bilgi, beceri ve deneyim;

(b) güvenilenin bu görevi meslek icabı ya da işiyle bağlantılı olarak ifa etmesi durumunda, bu mesleği icra eden ya da işi icra eden bir kişiden makul olarak beklenebilecek her türlü bilgi, beceri ve deneyim.”¹⁰¹⁹

Bu hüküm ışığında güvenilenin tâbi olduğu özen standardı için hem objektif hem de sübjektif öğeleri dikkate alan ikili bir testin öngörüldüğünü tespit etmek mümkündür. Tüm güvenilenlerden beklenen özen standardı makul ölçü (*reasonableness*) olarak ve objektif bir şekilde belirlenmiş, buna karşılık güvenilenin şahsi bilgi ve tecrübelerinin ya da bu işi meslek olarak yerine getirmesi durumunun ondan beklenen makul özen derecesini yükseltebileceği hükme bağlanmıştır.¹⁰²⁰ Bu nedenle söz konusu testin hem belirli ve makul bir standardı sağlayacak kadar katı, hem de somut olaydaki güvenilenin, özellikle bu işi

¹⁰¹⁹ İlgili hükmün orijinali şu şekildedir: “(1) *Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular—(a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, and (b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession. (...)*” Yine aynı Yasa’da güvenilenin belirlenen bu özen standardının şu yetkileri ve görevleri için uygulanabilir olduğu hükme bağlanmıştır: Güvenilenin yatırım yapma görevi/yetkisi, güvenilenin taşınmaz satın alma yetkisi, güvenilenin temsilci/yardımcı kişi atama yetkisi ve güvenilenin trust fonunu sigortalama yetkisi. Bkz. *Trustee Act 2000*, Schedule 1.

¹⁰²⁰ *Virgo*, s. 377.

profesyonel olarak icra eden kişilerin özelliklerini dikkate almayı sağlayacak kadar esnek olduğu ifade edilmektedir.¹⁰²¹

Güvenilenin özen yükümlülüğünün devreye girdiği en önemli hâllerden biri güvenilenin trust fonunu kendi mal varlığından ayrı bir şekilde tutma görevidir. Güvenilen, lehtar için mülkiyetinde bulundurduğu mal varlığı değerlerinin kendi mal varlığı ile karışmasını engellemek için bu ikisini ayrı bir şekilde elde tutmakla yükümlüdür.¹⁰²² Birden fazla güvenilenin söz konusu olması durumunda güvenilenlerin trust fonunu elbirliğiyle elde tutmaları kural olmakla birlikte, ortak bir kararla bir yediemin atamalarının mümkün olduğu da kabul edilmektedir.¹⁰²³ Özen yükümlülüğünün önem taşıdığı diğer iki temel durum ise güvenilenin görevlerinin ifasını bir temsilciye ya da yardımcı kişiye devretmesi ile güvenilenin trust fonu hakkında yatırım kararları alması olduğu söylenebilir. Zira her iki durumda da güvenilen, *Trustee Act 2000* m. 1 uyarınca nitelikli bir özen standardına tâbidir. Güvenilenin şahsen ifa yükümlülüğü ve bunun istisnaları yukarıda incelendiği için özen yükümlülüğünün bu yönüne tekrar değinilmeyecektir. Bununla birlikte güvenilenin tâbi olduğu özen yükümlülüğünün içeriğinin daha iyi anlaşılabilmesi içinse bu yükümlülüğün hayati önem taşıdığı yatırım yapma yükümlülüğünün incelenmesi yol gösterici olacaktır.

¹⁰²¹ Duties Rapor, N. 3. 24. Aslında *Trustee Act 2000*'in yürürlüğe girmesinden önce de içtihat hukuku ile belirlenen özen standardı kuralları doğrultusunda hem objektif hem de subjektif bir değerlendirilmenin yapıldığı, bu nedenle Yasa'yla getirilen değişikliğin aslında içtihat hukuku ile geliştirilen özen standardının bir kodifikasyonu olduğu ileri sürülmektedir. Zira *common law* kuralları uyarınca da kural tüm güvenilenlerin objektif bir standart olan 'basiretli iş insanı' özen ölçüsüne uyması, ancak profesyonel güvenilenlerin tâbi olduğu özen standardının daha yüksek olduğunun kabul edilmesiydi. Bu yönde bkz. Virgo, s. 378. Krş. Moffat, s. 447-449.

¹⁰²² Hayton, s. 141.

¹⁰²³ Hayton, s. 141.

b. Güvenilenin Özen Yükümlülüğünün Bir Görünümü: Yatırım Yapma Yükümlülüğü ve Modern Portföy Teorisi

Güvenilenin (aksi trustın kurucu belgesinde belirtilmediği veya durumun gereğinden¹⁰²⁴ aksi anlaşılmadığı sürece) trust fonunu çeşitli yatırım kararları ve araçları vasıtasıyla değerlendirmesinin trust kurumunun temel ilkelerinden biri olduğu ifade edilmektedir.¹⁰²⁵ Zira güvenilenin temel yükümlülüğü, kurucu tarafından kendisine devredilen trust fonunu elinde tutmak, bu fonun değerini korumak, mümkünse arttırmak ve zamanı geldiğinde bunu lehtarlara devretmektir. Bu nedenle yatırım yapmanın güvenilen için hem bir görev, hem de bu görevini nasıl ifa edeceği konusunda kural olarak geniş bir takdir yetkisiyle donatıldığı göz önünde tutulduğunda bir yetki olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰²⁶

Güvenilenin trust fonunu kendi lehine değil, lehtar lehine eline buldurmasının güvenilenin yatırım yapma görevi bakımından da önemli sonuçları mevcuttur. Bu sonuçlardan en önemlisi, güvenilenin trust fonu hakkında yatırım kararı alırken, bir kimsenin kendi mal varlığı hakkında yatırım kararı alması durumuna kıyasla çok daha temkinli olmasının gerekmesidir.¹⁰²⁷ Diğer bir ifadeyle bir kişinin kendi parasını yüksek riskli yatırımlarla değerlendirmek istemesi makul karşılanabilirken, güvenilen bakımından bu serbestinin kural olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir.¹⁰²⁸ Bu doğrultuda sıkça alıntılanan Lordlar Kamarası'nın 1887 tarihli *Learoyd v Whiteley* kararının ilgili pasajı söz konusu bakış açısının anlaşılabilirliği için önemlidir: "*Olağan bir basiretli iş insanı az ya da çok spekülatif karakterdeki yatırımları seçebilir ve genellikle de böyle*

¹⁰²⁴ Örneğin trust fonunun konusunu aile yadigârı bir tablonun veya mücevherin oluşturması hâlinde, durumun gereğinden kurucunun trust fonunun paraya çevrilerek yatırım yapılmasını istemediği çıkarımını yapmak mümkün olabilir. Bkz. Panesar, s. 544.

¹⁰²⁵ Moffat, s. 450; Panesar, s. 544; Watt, s. 386. Ayrıca bkz. *Trustee Act 2000* m. 4(2): "*A trustee must from time to time review the investments of the trust and consider whether, having regard to the standard investment criteria, they should be varied.*"

¹⁰²⁶ Aynı yönde bkz. Panesar, s. 545; Saatcioğlu, s. 93.

¹⁰²⁷ Moffat, s. 450.

¹⁰²⁸ Moffat, s. 450.

yapmaktadır. Ancak güvenilenin görevi kendisine trust ile izin verilen yatırım sınıfıyla sınırlı kalmak ve risk içerek her türlü yatırımdan uzak durmaktır.”¹⁰²⁹

Güvenilenin lehtarın mali menfaatlerini gözetmesi yükümlülüğünün bir diğer sonucu, güvenilenin hem trust fonunun sermayesini korumakla¹⁰³⁰ hem de trust fonundan (azami) gelir elde edilmesini sağlamakla yükümlü olmasıdır.¹⁰³¹ Esasen bu yükümlülüğün trust fonundan düzenli olarak gelir elde eden mevcut lehtarlar ile trustın sona ermesiyle trust fonunun tam mülkiyetini kazanacak olan gelecekteki lehtarlar arasında tarafsız hareket etme yükümlülüğünün bir yansıması olarak da nitelendirildiği görülmektedir.¹⁰³² Güvenilenin trust fonunun sermayesini koruma görevinin güvenilenin alabileceği yatırım kararlarının niteliğini de etkileyeceği şüphesizdir.¹⁰³³ Zira bir kimsenin tüm mal varlığını umut vaad ettiğini düşündüğü riskli bir yatırıma (örneğin kripto para pazarına veya politik olarak istikrarsız bir devletin borsasına) özgülemekte özgür olmasına karşılık güvenilenin her zaman daha temkinli ve riskten kaçınan (*risk averse*) bir tutum sergilemesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰³⁴

¹⁰²⁹ *Learoyd v Whiteley* [1887] UKHL 1, 733. (“Business men of ordinary prudence may, and frequently do, select investments which are more or less of speculative character; but it is the duty of a trustee to confine himself to the class of investments that are permitted by the trust and avoid all instruments of that class which are attended by hazard.”)

¹⁰³⁰ *Virgo*, s. 379.

¹⁰³¹ *Virgo*, s. 380. ABD hukukunda benzer yönde *Harvard College v Amory* (1830) 26 Mass (9 Pick) 446, 461. Basiretli iş insanı ilkesinin karşısında yer alan ve güvenilenlerin yapabilecekleri yatırımlar açısından bir alternatif teşkil eden diğer yaklaşım ise liste kuralıdır (*legal list*). Bu doğrultuda örneğin ABD’nin birçok eyaletinde yasalarla veya mahkeme kararlarıyla birtakım yatırımların güvenilenler bakımından yasak olduğuna karar verildiği de bilinmektedir. Bu yaklaşım liste kuralı olarak adlandırılmaktadır. Bkz. *Stewart E. Sterk*, Rethinking Trust Law Reform: How Prudent is Modern Prudent Investor Doctrine (bundan böyle ‘Prudent Investor’), *Cornell Law Review*, C. 95, 2010, s. 856. Birleşik Krallık’ta da liste kuralının uzun yıllar uygulandığı bilinmektedir. İngiliz hukukunda buna ilişkin olarak bkz. *Joshua Getzler*, Fiduciary Investment in the Shadow of Financial Crisis: Was Lord Eldon Right? (bundan böyle ‘Investment’), *Journal of Equity*, C. 3, 2009, s. 13-16; *Penner*, s. 284-285.

¹⁰³² *Moffat*, s. 450-451; *Panesar*, s. 552-553; *Penner*, s. 283-284; *Thomas/Hudson*, s. 287; *Virgo*, s. 391 vd.; *Watt*, s. 405-406. Ayrıca bkz. *John H. Langbein*, The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing (bundan böyle ‘Investing’), *Iowa Law Review*, C. 81, 1996, s. 667. *Langbein* (s. 666) bu bakış açısının aşağıda incelenecek olan modern portföy teorisiyle uyumsuz olduğunu ifade etmektedir.

¹⁰³³ *Langbein*, Investing, s. 667-668.

¹⁰³⁴ *Virgo*, s. 380. Benzer yönde bkz. *Langbein*, Investing, s. 668.

Başlarda güvenilenin verdiği yatırım kararlarının ‘basiretli bir iş insanı’ testi olarak ifade edilen özen standardına uyup uymadığı değerlendirilirken, yapılan yatırımların ayrı ayrı, birbirinden izole bir şekilde dikkate alındığı görülmektedir.¹⁰³⁵ Diğer bir ifadeyle ilk başlarda güvenilenin yaptığı ve zarara yol açan her türlü riskli yatırımın bir yükümlülük ihlali olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.¹⁰³⁶ Ancak risk ve getirinin doğru orantılı olduğu modern ekonomik düzende bu bakış açısının pek isabetli olmadığını fark etmek güç değildir. Bu nedenle ilk olarak 1952 yılında ileri sürülen ve daha sonra trust hukuku bağlamında da benimsenen *modern portföy teorisi (modern portfolio theory)* doğrultusunda bu bakış açısının değiştiğini söylemek mümkündür.¹⁰³⁷ Bu doğrultuda güvenilenin yaptığı çeşitli (bir kısmı az riskli bir kısmı ise fazlasıyla spekülasyon olabilen)¹⁰³⁸ yatırımların bir bütün olarak değerlendirilerek güvenilenin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine karar verilmesi gerektiği kabul

¹⁰³⁵ Paul G. Haskell, Prudent Person Rule for Trustee Investment and Modern Portfolio Theory, North Carolina Law Review, C. 69, 1990, s. 93; Max M. Schanzenbach/Robert H. Sitkoff, The Prudent Investor Rule and the Market Risk: An Empirical Analysis (bundan böyle ‘Prudent Investor’), Journal of Empirical Legal Studies, C. 14, S. 1, 2017, s. 134; Sterk, Prudent Investor, s. 853. Bu kuralın eleştirisi için ayrıca bkz. Posner, s. 608-609.

¹⁰³⁶ Haskell, s. 94. Tüm yatırım kararlarının izole bir şekilde incelenmesinin geri görüş ön yargısı (*hindsight bias*) körüklediği ve güvenilenler bakımından sorumluluğun doğması ihtimalini arttırdığı yönünde bkz. Schanzenbach/Sitkoff, Prudent Investor, s. 134.

¹⁰³⁷ Modern portföy teorisi, ilk olarak 1952 yılında Harry Markowitz tarafından ileri sürülmüş ve kendisine Nobel ödülünü kazandırmıştır. Bkz. Harry Markowitz, Portfolio Selection, The Journal of Finance, C. 7, S. 1, 1952, s. 77-91.

¹⁰³⁸ Yatırımcının karşılaşılabileceği risklerin esasen iki gruba ayrılabilmesi kabul edilmektedir. Bunlardan ilki piyasa riski (*market risk*) ya da sistematik risk (*systematic risk*) olarak adlandırılan ve makroekonomik düzendeki değişiklikler ya da politik istikrarsızlıklar sonucunda pazarın tümünün etkilenmesine yol açan risklerdir. Yatırımcının çeşitlendirilmiş bir portföye sahip olmasının kural olarak bahsedilen sistematik risklerden korunmayı sağlamayacağı kabul edilmektedir. Diğer ise pazarın tümünü değil, belirli bir alanı hatta belirli bir şirketi etkileyen, bu nedenle özgül (*specific*) veya sistematik olmayan (*unsystematic*) risk olarak adlandırılan risk grubudur. Yatırımcının portföyünde çeşitlendirilmiş yatırım araçlarına yer vererek maruz kaldığı özgül riski neredeyse sıfıra indirebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Jeffrey A. Cooper, Speak Clearly and Listen Well: Negating the Duty to Diversify Trust Investments, Ohio Northern University Law Review, C. 33, 2007, s. 906 vd.; Haskell, s. 101 vd.; Marciano/Ramello, C. 3, s. 1814 vd.; Posner, s. 591 vd. Benzer yönde bkz. Langbein, Investing, s. 648. Langbein (s. 647) yatırımcının karşı karşıya olduğu risklerin piyasa riski, endüstri/ sektör riski ve şirket riski olarak üç başlık altında incelemiştir.

edilmiştir.¹⁰³⁹ Bu doğrultuda ABD’de 1990’lı yılların başlarından itibaren trust güvenilenleri için aranan basiretli iş insanı kuralının (*prudent man rule*) yerini basiretli yatırımcı kuralı (*prudent investor rule*) almıştır.¹⁰⁴⁰ İngiltere’de ise modern portföy teorisine paralel bir düzenleme *Trustee Act 2000* ile getirilmiştir.¹⁰⁴¹ İlgili Yasa’nın 3. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: “*Bu bölümdeki hükümlere uygun olmak koşuluyla, güvenilenin trust fonunun üzerinde tam mülkiyet hakkına sahip*

¹⁰³⁹ Hauser, s. 438. Modern portföy teorisinin temelinde, basiretli iş insanı teorisinin aksine yatırımcının riskleri bertaraf eden kararlar vermesi değil, yatırımcının riskleri çeşitlendiren kararlar vermesi ilkesi yattığını söylemek mümkündür. Bu yönde bkz. Sterk, Prudent Investor, s. 854, 858. Trust hukuku bağlamında modern portföy teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Haskell, s. 100 vd.; Langbein, Investing, s. 649 vd.; Schanzenbach/Sitkoff, Prudent Investor, s. 134 vd.; Watt, s. 399 vd. Ayrıca bkz. Amerikan Hukuk Enstitüsü, Restatement Third, Trusts (Prudent Investor Rule), § 227 (“ (...) a) *This standard requires the exercise of reasonable care, skill, and caution, and is to be applied to investments not in isolation but in the context of the trust portfolio and as a part of an overall investment strategy, which should incorporate risk and return objectives reasonably suitable to the trust. (...)*” ve Uniform Prudent Investor Act, 1994, § 2(b). Bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Cooper, s. 910 vd.; Langbein, Investing, s. 645 vd.; Sterk, Prudent Investor, s. 861 vd. Krş. Haskell, s. 108 vd. Haskell özellikle küçük çaplı aile trustları bakımından eski kuralın devam ettirilmesinin yararlı olacağını savunmaktadır.

¹⁰⁴⁰ Schanzenbach/Sitkoff, Prudent Investor, s. 135. Bu gelişmeler için bkz. Restatement Third, Trusts (Prudent Investor Rule), § 227 (“ (...) a) *This standard requires the exercise of reasonable care, skill, and caution, and is to be applied to investments not in isolation but in the context of the trust portfolio and as a part of an overall investment strategy, which should incorporate risk and return objectives reasonably suitable to the trust. (...)*” ve yine Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan ve hemen her federe devlet tarafından kabul edilen model kanun Uniform Prudent Investor Act, 1994, § 2(b). Bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Cooper, s. 910 vd.; Kulms, s. 1097-1099; Langbein, Investing, s. 645 vd.; Sterk, Prudent Investor, s. 861 vd. Krş. Haskell, s. 108 vd.

¹⁰⁴¹ Thomas/Hudson, s. 1435. Bunun yanı sıra *Trustee Act 2000*’in yürürlüğe girmesinden önce de güvenilenden beklenen özen standardının portföy teorisi bağlamında belirlenmesi gerektiğine ilişkin mahkeme kararlarına rastlamanın mümkün olduğu ifade edilmelidir. Örneğin daha sonra İstinaf Mahkemesi’nin (*Court of Appeal*) önüne gelen bir davada, birinci derece mahkemesi hâkimi Lord Hoffman açıkça güvenilenlerin özen standardının modern portföy teorisine göre tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *Nestlé v National Westminster Bank plc* [1988] 6 WLUK 301; [2000] W.T.L.R. 795. Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Getzler Investment, s. 22; Thomas/Hudson, s. 1433 vd.

biri gibi her türlü yatırımı yapması mümkündür.”¹⁰⁴² Kuşkusuz güvenilenin bu serbestisinin sınırları tâbi olduğu özen yükümlülüğüyle çizilmektedir.¹⁰⁴³

Yapılan ampirik bir çalışmada, modern portföy teorisinin kabul edilmesiyle birlikte trust yatırımlarının şekil değiştirdiğinin, güvenilenlerin söz gelimi daha güvenli ve neredeyse risksiz bir yatırım aracı olan devlet tahvilleri yerine borsa yatırımlarını tercih ettiği gözlemlenmiştir.¹⁰⁴⁴ Bununla birlikte öğretilerde özellikle 2008 küresel krizinden sonra güvenilenlerin daha riskli ve genellikle borsa odaklı yatırım eğilimlerinin lehtarlar bakımından her zaman iyi sonuçlar doğurmadığına ilişkin bir çekincenin de dile getirildiği ifade edilmelidir.¹⁰⁴⁵

c. Güvenilen Özen Yükümlülüğünü Ne Zaman İhlal Eder?

Güvenilenin aldığı yatırım kararları bağlamında özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinin ileri sürülebilmesi için akla gelen ilk ihtimal, güvenilenin trustın kurucu belgesinin bir hükmünü ihlal etmiş olmasıdır.¹⁰⁴⁶ Kurucunun hemen her konuda olduğu gibi

¹⁰⁴² *Trustee Act 2000* m. 3(1): “Subject to the provisions of this Part, a trustee may make any kind of investment that he could make if he were absolutely entitled to the assets of the trust.” Benzer bir hükme emeklilik fonlarını düzenleyen *Pensions Act 1995*’te rastlanması mümkündür. İlgili Yasa’nın 34. maddesi şu şekildedir: “The trustees of a trust scheme have, subject to any restriction imposed by the scheme, the same power to make an investment of any kind as if they were absolutely entitled to the assets of the scheme. (...)” Bu düzenlemelere ilişkin olarak bkz. *Getzler*, *Investment*, s. 21-22. Ayrıca *Trustee Act 2000*’in 4. maddesiyle getirilen standart yatırım kriterleri arasında da yatırımların çeşitlendirilmesi kıstasının yer aldığı ifade edilmelidir. Bkz. *Trustee Act 2000* m. 4(3)(b). Benzer yönde bkz. *Virgo*, s. 384.

¹⁰⁴³ *Watt*, s. 395.

¹⁰⁴⁴ *Max M. Schanzenbach/Robert H. Sitkoff*, Did Reform of Prudent Trust Investment Laws Change Trust Portfolio Allocation? (bundan böyle ‘Portfolio Allocation’), *The Journal of Law & Economics*, C. 50, S. 4, 2007, s. 695 vd.

¹⁰⁴⁵ Bu yönde örneğin bkz. *Getzler*, *Investment*, s. 7 (“Trust law arguably had a small but significant part in the appalling financial drama played out since 2007. Relaxations of the prudent man rule for trust management and investment over the past generation (...) permitted the widening of default investment objects, and encouraged acceptance of portfolio investment strategies (...). The economic shocks of the past two years must call into question practically every assumption of the past generation of trust lawyers regarding suitable investment powers and strategies.”); *Sterk*, *Prudent Investor*, s. 855 (“ (...) trust law’s implementation of modern portfolio theory appears to have left many trust beneficiaries worse off than if trust law had retained traditional principles of trust investing.”) Krş. *Schanzenbach/Sitkoff*, *Prudent Investor*, s. 147 vd.; *Posner*, s. 611.

¹⁰⁴⁶ *Watt*, s. 389.

yatırım araçları konusunda da güvenilenin takdir yetkisini sınırlamış olması mümkündür. Kurucunun trustın kurucu belgesine söz gelimi sadece devlet tahvilleri alınabileceği veya devlet bankalarında vadeli mevduat hesabı açılabilceği konusunda bir hüküm koymuş olduğu varsayımında, güvenilenin başka türlü yatırımlar yaparak lehtarları zarara uğratması durumunda güvenilenin özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden söz edileceği şüphesizdir.¹⁰⁴⁷ Trustın kurucu belgesinde güvenilenin yatırım yetkisine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması ya da bir hüküm olsa dahi güvenilenin bu çerçevede hareket etmiş olması ihtimalinde ise lehtarın elindeki tek imkân güvenilenin özen yükümlülüğünü, daha açık bir ifadeyle yatırım kararları alırken makul ve basiretli davranma görevini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

Trustın kurucu belgesinde özel bir hüküm bulunmadığı takdirde güvenilenin yapacağı yatırımları seçme konusunda geniş bir takdir yetkisi söz konusudur. Bu takdir yetkisinin çerçevesi ise yukarıda incelenen ve makul özen olarak belirlenen özen standardıdır.¹⁰⁴⁸ Bu makul özen standardının sağlanıp sağlanmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınan bir unsur, güvenilenin söz konusu yatırım kararını almadan önce bu konuda uzman kimselerin görüşünü alıp almadığıdır.¹⁰⁴⁹ Önem taşıyan diğer hususlar ise güvenilenin yatırım kararlarını ve sonuçlarını düzenli olarak gözden geçirip geçirmediği, seçilen yatırım araçlarının somut olaydaki trust fonu açısından uygunluğunun değerlendirilip değerlendirilmediği ve yatırım araçlarının riskin azaltılması amacıyla çeşitlendirilip

¹⁰⁴⁷ Güvenilenin trustın kurucu belgesinde verilen yetkilerin dışına çıkmış olmasına rağmen lehtarların bir zarara uğramaması durumunda ise güvenilenden beklenen, caiz olmayan yatırımları en kısa sürede trustın kurucu belgesinde izin verilen yatırımlara dönüştürmek ve bundan dolayı bir masraf ortaya çıkması durumunda bunu üstlenmektedir. Bkz. **Thomas/Hudson**, s. 1451-1452.

¹⁰⁴⁸ Benzer yönde bkz. **Underhill/Hayton**, s. 827; **Virgo**, s. 383.

¹⁰⁴⁹ **Panesar**, s. 563; **Thomas/Hudson**, s. 1440-1441; **Underhill/Hayton**, s. 816-817; **Virgo**, s. 382; **Watt**, s. 405. *Trustee Act 2000* m. 5(1): "Before exercising any power of investment, whether arising under this Part or otherwise, a trustee must (unless the exception applies) obtain and consider proper advice about the way in which, having regard to the standard investment criteria, the power should be exercised."

çeşitlendirilmediğidir.¹⁰⁵⁰ Dolayısıyla lehtarın, güvenilenin yatırım kararlarını alırken uzman kişilere başvurmadığını, yatırım kararlarını düzenli olarak gözden geçirmedeğini veya yatırımlarını çeşitlendirmedeğini ortaya koyması durumunda güvenilenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği yönünde *prima facie* bir kanının oluşacağını söylemek mümkündür.¹⁰⁵¹

Güvenilenin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle sorumlu tutulabilmesi için aranan diğer şartlar trust fonunun zarara uğratılmış olması¹⁰⁵² ve bu zararın güvenilenin özen yükümlülüğünü ihlalinden kaynaklanmış olması, başka bir deyişle zarar ve özen yükümlülüğünün ihlali arasında nedensellik bağının mevcut olmasıdır.¹⁰⁵³ Dolayısıyla yukarıda incelenen sadakat yükümlülüklerinin aksine, güvenilenin özen yükümlülüğünde lehtarın zarara uğramış olması durumunun kritik bir rol oynadığı görülmektedir.¹⁰⁵⁴ Bu nedenle sadakat yükümlülüğünün aksine özen yükümlülüğüne bağlanan yaptırımların cezalandırıcı olmaktan ziyade telafi edici nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan zarar kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirli olmadığı ifade edilmelidir. İradi trustların epey uzun süreli olacak şekilde kurulduğu dikkate alındığında, zararın trust fonundaki gerçek (*real*) değer kaybına göre mi yoksa

¹⁰⁵⁰ Panesar, s. 562; Thomas/Hudson, s. 1438-1439; Underhill/Hayton, s. 817-818; Virgo, s. 382; Watt, s. 404. *Trustee Act 2000* m. 4: "(1) In exercising any power of investment, whether arising under this Part or otherwise, a trustee must have regard to the standard investment criteria. (2) A trustee must from time to time review the investments of the trust and consider whether, having regard to the standard investment criteria, they should be varied. (3) The standard investment criteria, in relation to a trust, are—(a) the suitability to the trust of investments of the same kind as any particular investment proposed to be made or retained and of that particular investment as an investment of that kind, and (b) the need for diversification of investments of the trust, in so far as is appropriate to the circumstances of the trust. (...)"

¹⁰⁵¹ Watt, s. 408, dn. 153.

¹⁰⁵² Moffat, s. 490.

¹⁰⁵³ Örneğin trust fonunun güvenilenin önleyemeyeceği piyasa riskleri, söz gelimi küresel ekonomik kriz veya siyasi krizler neticesinde değer kaybetmesi durumunda güvenilenin sorumluluğundan bahsetmek kural olarak mümkün değildir. Zira güvenilenin örneğin yatırım araçlarını çeşitlendirmek suretiyle ancak sistematik olmayan/özellik risklerden korunması mümkündür. Bu nedenle piyasa riskleri sonucunda ortaya çıkan zarar ile güvenilenin özen yükümlülüğünün ihlali arasında nedensellik bağının mevcut olmadığını söylemek mümkündür. Piyasa riski ve özgül risk kavramlarına ilişkin olarak bkz. yukarıda dn. 1038.

¹⁰⁵⁴ Thomas/Hudson, s. 1450.

nominal değer kaybına göre mi belirleneceği sorusunun yanıtının önem taşıdığı açıktır.¹⁰⁵⁵ İlk bakışta, özellikle enflasyonist bir sistemden gelen biri için, bu sorunun cevabının gerçek değer korunması yönünde olması muhtemeldir. Bununla birlikte İngiliz mahkemelerinin sergilediği tutumun daha güvenilen dostu olduğu görülmektedir. Örneğin aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde incelenen *Nestlé v National Westminster Bank plc* davasında ilk derece mahkemesi hâkimi (daha sonra Lord) *Hoffmann*'ın trust fonunun gerçek değerinin korunmasının ancak bir arzu, bir niyet olabileceğini ancak trust fonunun gerçek değerinin korunmaması durumunda güvenilenlerin sorumluluğuna gidilmesinin de adil olmayacağını ifade ettiği görülmektedir.¹⁰⁵⁶

Zarar kavramının belirsizliğine ilişkin bir diğer husus ise trustın iyi idare edilmemiş olması nedeniyle elde edebileceği daha fazla gelirden veya değer artışından mahrum kalınmış olmasının güvenilenin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı sorusudur. Aslında bu sorunun da zararın gerçek değer üzerinden hesaplanması sorunsalıyla bağlantılı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda yol gösterici olan karar yine *Nestlé* kararıdır.¹⁰⁵⁷ İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelen bu davada uyuşmazlık, William D. Nestlé'nin kurucusu olduğu ve lehtarları hayatları boyunca çocukları ve onların ölümünden sonra da torunu olarak belirlendiği bir trusttan kaynaklanmaktadır. Kurucu 1922 yılında öldüğünde trust fonunun değeri yaklaşık 55 bin İngiliz Sterlinidir. Son lehtar (davacı) trust fonunu 1986 yılında devraldığında ise trust fonunun değerinin yaklaşık 270 bin İngiliz Sterlini olduğu bilinmektedir. Lehtar, trustın güvenileni olan bankaya karşı bir sorumluluk davası açmış ve trust fonu düzgün yönetilmiş olsaydı trust fonunun devralındığı tarihteki değerinin mevcut değerinin dört katından bile fazla (1.8 milyon Sterlin) olacağını iddia etmiştir.¹⁰⁵⁸ Başka bir deyişle lehtar, güvenilen bankanın altmış yıllık bir süre boyunca güvenli ve risksiz, dolayısıyla az getirili yatırımlar yaptığı için özen

¹⁰⁵⁵ Watt, s. 388. Aynı yönde bkz. Moffat, s. 482.

¹⁰⁵⁶ Pettit, s. 412; Watt, s. 389.

¹⁰⁵⁷ *Nestlé v National Westminster Bank plc* [1993] 1 WLR 1260.

¹⁰⁵⁸ Karara ilişkin olarak bkz. Panesar, s. 554-555; Penner, s. 289-290.

yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.¹⁰⁵⁹ Mahkeme, güvenilen bankanın trustın kurucu belgesinde yer alan yatırım yetkisine ilişkin hükmü iyi incelemediğini ve yatırım kararlarını düzenli olarak gözden geçirmedeğini kabul etmiş ancak güvenilenin aldığı ya da almadığı yatırım kararları ile trust fonunun gerçek değerindeki düşüş arasındaki nedensellik bağının kanıtlanamadığına karar vermiştir. Profesyonel bir güvenilenin söz konusu olduğu, görevin ifasında hatalar yapıldığının açık olduğu ve sonuç olarak trust fonunun gerçek değerinin 60 yıl içinde enflasyon nedeniyle çeyreğine indiği bu uyuşmazlıkta dahi güvenilenlerin özen yükümlülüğünün ihlalden dolayı sorumlu tutulmamaları doğal olarak eleştirileri beraberinde getirmiştir.¹⁰⁶⁰ Mahkemenin bu yönde bir tutum sergilemesinin arkasındaki temel nedenin güvenilenlerin yatırımlarının tâbi olduğu rejimin mümkün olduğunca özgür kılınması ve bu nedenle mahkemelerin güvenilenlerin verdiği yatırım kararlarını gözden geçirmekten kaçınması olabileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁶¹

d. Güvenilenin Özen Yükümlülüğünden Doğan Sorumluluğunu Sınırlayan ya da Kaldıran Klozlar

Güvenilenin özen yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiası karşısında ileri sürebileceği en temel savunmalardan birinin trustın kurucu belgesinde yer alan sorumsuzluk klozları olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰⁶² Güvenilenin

¹⁰⁵⁹ Somut olaydan davacıdan önce gelen lehtarlar için vergisel anlamda avantajlı yatırımların seçildiği, bu nedenle trust fonunun olabileceğinden daha az değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının ileri sürdüğü iddialardan biri de güvenilen bankanın lehtarlar arasında tarafsız olma yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğudur. Ancak bu iddia da mahkeme tarafından kabul edilmemiştir.

¹⁰⁶⁰ Örneğin bkz. Gary Watt/Marc Stauch, Is There Liability for Imprudent Trustee Investment?, The Conveyancer and Property Lawyer, C. 62, 1998, s. 352 vd.

¹⁰⁶¹ Watt, s. 410; Watt/Stauch, s. 354.

¹⁰⁶² Kural olarak trustın kurucu belgesinde güvenilenin sorumluluğunu kısıtlayan bir hükme yer verilmesi mümkündür. Bunun tek sınırının güvenilenin yükümlülüklerinin indirgenemez çekirdeği (*irreducible core of trust*) olarak tanımlanan ve içinde iyi niyetle davranma yükümlülüğünü (*duty of good faith*) içeren kavram olduğu kabul edilmektedir. Bu kavrama ilişkin olarak bkz. Daniel Clarry, The Irreducible Core of The Trust, Yüksek Lisans Tezi, McGill Üniversitesi, 2011, s. 10 vd.; David Hayton, Irreducible Core Content of Trusteeship (bundan böyle 'Irreducible Core'), Trends in Contemporary Trust Law (ed. A. J. Oakley), Clarendon Press, 1996, s. 57-61. Güvenilenin sahip

yükümlülüklerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları bağlamında ilke karar İstinaf Mahkemesi'nin 1997 yılında vermiş olduğu *Armitage v Nurse* kararıdır.¹⁰⁶³ Bu kararda tüm güvenilenlerin yerine getirmekle sorumlu olduğu, sözleşmeyle veya trustın kurucu belgesinde aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı birtakım yükümlülüklerin bulunduğu görüşü teyit edilmiş ancak güvenilenin özen yükümlülüğünün bu 'indirgenemez çekirdeğin' bir parçasını oluşturduğu iddiası reddedilmiştir.¹⁰⁶⁴

Uyuşmazlığa konu olan sorumsuzluk klozunda yer alan ifade, güvenilenlerin kendi kasti davranışlarıyla verdikleri zararlar dışında kalan zararlardan sorumlu olmayacaklarının düzenlendiği görülmektedir.¹⁰⁶⁵ Bu doğrultuda ilgili kararda güvenilenler lehine öngörülen sorumsuzluk klozlarının tek sınırının güvenilenlerin kasten lehtara verdikleri zararlar olduğu ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle mahkeme, güvenilenin lehtara zarar verme kastıyla hareket ettiği hâller haricindeki durumlarda sorumsuzluk klozunun geçerli olduğuna karar vermiştir. Zira mahkeme, güvenilenlerin bilinçli bir şekilde özen yükümlülüklerini ihlal ettiği ancak bunu yaparken lehtarın menfaatlerini gözettiklerine inandıkları ihtimalde kast içeren bir davranışın söz konusu olmayacağını, dolayısıyla sorumsuzluk klozunun geçerli olacağını ifade etmiştir.¹⁰⁶⁶ Bu bilgiler ışığında İngiliz hukukundaki güncel durumun güvenilenlerin zarar verme kastının bulunmadığı,

olduğu diğer bir önemli savunma ise lehtarın söz konusu işleme icazet vermesidir. Bkz. **Panesar**, s. 692.

¹⁰⁶³ *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Hudson**, s. 464-465; **Moffat**, s. 586 vd.; **Panesar**, s. 692 vd.; **Pettit**, s. 532 vd.; **Watt**, s. 445 vd.; **Virgo**, s. 474 vd.

¹⁰⁶⁴ *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, 253. ("I accept the submission made on behalf of Paula that there is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees there are no trusts. But I do not accept the further submission that these core obligations include the duties of skill and care, prudence and diligence.") Hangi görevlerin bu çekirdeğin bir parçası olduğuna ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Virgo**, s. 476-477.

¹⁰⁶⁵ *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241. ("Clause 15 of the settlement provided that no trustee should be liable for any loss or damage to the plaintiff's fund or the income thereof at any time or from any cause unless it was caused by his own actual fraud.")

¹⁰⁶⁶ **Virgo**, s. 475. *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241. Benzer yönde bkz. *Walker v Stones* [2001] QB 902. Mahkemenin kasti davranış kavramını dar yorumladığı yönünde bkz. **Penner**, s. 340.

ihmal veya ağır ihmal içeren davranışlarından doğan zararlar bakımından sorumsuzluklarını sınırlamalarının mümkün olduğu yönünde olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰⁶⁷

Bununla birlikte İngiltere ve Galler Hukuk Komisyonu'nun özellikle profesyonel güvenilenler bakımından sorumsuzluk klozlarının kapsamının gözden geçirilmesi yönünde birtakım adımlar attığı belirtilmelidir.¹⁰⁶⁸ Hukuk Komisyonu 2006 tarihli ilgili raporunda özetle, sorumsuzluk klozlarının güvenilenlerin elindeki en önemli savunma imkânı olduğunu, bu nedenle bu klozlarının tamamen yasaklanmasının trust sektörünün maliyetini artırarak işleyişini olumsuz etkileyeceğini kabul etmiştir.¹⁰⁶⁹ Bu nedenle Komisyon, bu tür klozlara ilişkin sınırların yasayla belirlenmesinin trust kurumunun esnekliğini azaltacağından isabetli olmadığını ifade etmiştir. Ancak özellikle profesyonel güvenilenler tarafından trustın kurucu belgesinde bu tür geniş kapsamlı (söz gelimi zarar verme kastını içermeyen ancak ağır ihmal içeren her türlü davranıştan doğan sorumluluğu dışlayan) sorumsuzluk klozlarına yer verilmesine karşı bir mesleki davranış kodunun geliştirilebileceği ifade edilmiştir. Başka bir deyişle Hukuk Komisyonu, bu tür sorumsuzluk klozlarına hukuki bir yaptırım bağlanması fikrini reddetmiş, buna karşılık profesyonel güvenilenlerin mensubu oldukları kurumların/meslek birliklerinin kendi içlerinde birtakım kurallar ve yaptırımlar geliştirmesine yönelik fikri desteklediğini belirtmiştir.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁷ Pettit, s. 533.

¹⁰⁶⁸ Öğretide de benzer eleştirilerin dile getirildiği görülmektedir. Bu yönde örneğin bkz. Virgo, s. 478-481.

¹⁰⁶⁹ The Law Commission Report on Trustee Exemption Clauses, Report No. 301, 2006. İlgili raporun tam metni için bkz. <https://www.lawcom.gov.uk/project/trustee-exemption-clauses/> (son erişim tarihi 10.12.2019) Bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Moffat, s. 589-590. Sorumsuzluk anlaşmalarının trust kurumunun uygulamadaki yeri ve sürdürülebilirliği için önemli olduğu yönünde ayrıca bkz. Webb/Akkouh, s. 308.

¹⁰⁷⁰ Webb/Akkouh, s. 309. Nitekim uygulamada bu doğrultuda birtakım düzenlemelerin yapıldığını gözlemek mümkündür. Örneğin bkz. STEP England & Wales, Guidance Notes: STEP Practice Rule To Trustee Exemption Clauses. İlgili kuralların tam metni için bkz. <https://www.step.org/sites/default/files/Comms/STEPGuidanceNotes.pdf> (son erişim tarihi 10.12.2019)

Türk hukukunda ise sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin tutumun İngiliz hukukuna kıyasla çok daha katı olduğu ortadadır. Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel hüküm olan TBK m. 115 şu şekildedir: “*Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür./Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür./Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*”

Hükmün birinci fıkrasında düzenlenen kural, borçlunun kast ve ağır ihmalden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapamamasıdır. Diğer bir ifadeyle borçlunun ancak hafif ihmalden doğan sorumluluğunu sınırlandırması mümkündür. Bu doğrultuda aslında kanun koyucunun gözünde kast ve ağır ihmalin (ağır kusur adı altında) kusurun görünümlerinden bir grubu, hafif ihmalin ise ikinci bir grubu teşkil ettiği söylenebilir.¹⁰⁷¹ Bu bakış açısının İngiliz hukuk sistemindeki bakış açısından farklı olduğu ifade edilmelidir. Zira İngiliz hukukunda da kusur grupları kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmakta ancak ağır ihmal her ne kadar kavramsal olarak kasta yaklaşırsa da ihmalin bir görünümü olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁷² Buna karşılık Türk hukukunda kast ve ağır ihmalin bir kusur

¹⁰⁷¹ Türk hukukunda kast ve ağır ihmal hâlleri için yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz kabul edilmesinin sebebinin ahde vefa ilkesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Nilgün Başalp**, Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 239. Bir diğer görüşe göre ise kast ve ağır ihmalin bu açıdan bir tutulmasının arkasındaki nedenler somut olayda bu iki kusur derecesinin ayırt edilmesinin güçlüğü ve kast ile ağır ihmalin ahlak kuralları, kamu düzeni ve kişilik hakları gibi temel değerlere bir aykırılık oluşturmasıdır. Bu yönde bkz. **Ali Erten**, Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, 1977, s. 210. Benzer yönde bkz. **Galip Sermet Akman**, Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 53.

¹⁰⁷² Örn. *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, 254. (“*The doctrine of the common law is that: "Gross negligence may be evidence of mala fides, but is not the same thing" (...) But while we regard the difference between fraud on the one hand and mere negligence, however gross, on the other as a difference in kind, we regard the difference between negligence and gross negligence as merely one of degree.*”) Benzer yönde bkz. **Hayton**, Irreducible Core, s. 59.

derecesi olarak birlikte anıldığı hükümlerin sayısının azımsanamayacak kadar fazla olduğu belirtilmelidir.¹⁰⁷³

Bununla birlikte TBK m. 115'in son fıkrasında bazı hâllerde hafif kusurun dahi sorumsuzluk anlaşmasıyla dışlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre resmi izne bağlı bulunan ve uzmanlığı gerektiren mesleklerin yürütülmesinde hafif kusurdan sorumluluğun dahi kısıtlanması mümkün değildir. *Common law* ülkelerinin aksine hemen hemen her gerçek ve tüzel kişinin değil, bazı *civil law* ülkelerinde olduğu gibi ancak belirli kurum ve kişilerin güvenilen olması ihtimalinde bu hükmün önemi göze çarpmaktadır. Örneğin Türk hukukunda trust kurumunun kabul edilmesi durumunda bu görevin bazı *civil law* sistemlerinde, örneğin Fransa'da olduğu gibi uzmanlığa ve resmi izne bağlanması ihtimalinde, güvenilenlerin hafif ihmallerinden dahi sorumlu olacakları sonucu doğacaktır. Bu sonucun ise İngiliz hukukundaki güncel durumla karşılaştırıldığında pek uyumlu olmayacağını öngörmek güç değildir.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁷³ Örneğin sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak TBK m. 115, eser sözleşmesinden doğan alacaklara ilişkin zamanaşımına ilişkin olarak TBK m. 147, satım sözleşmesi bağlamında TBK m. 215, TBK m. 220, TBK m. 221, TBK m. 225, TBK m. 231 ve TBK m. 244, bağışlayanın sorumluluğu bağlamında TBK m. 294, yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğunda zamanaşımı bakımından TBK m. 478, kefilin alacaklının yükümlülüklerini ihlali neticesinde borcundan kurtulmasına ilişkin TBK m. 592. 'Ağır kusur' kavramının eleştirisi için bkz. Yeşim M. Atamer, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler (bundan böyle 'Tasarı'), Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, S.6, s. 10, 31; Başalp, s. 221-223.

¹⁰⁷⁴ Ayrıca özellikle İsviçre öğretisinde savunulan bir görüşe göre vekalet sözleşmesi uyarınca kanunen getirilen bir özen ölçüsü söz konusu olduğundan, bu özen yükümlülüğüne aykırılığın hafif ihmal hâlinde dahi kaldırılmayacağı savunulmaktadır. Bu görüş doğrultusunda vekalet sözleşmesinde özen borcunun düzenlendiği hükmün sorumsuzluk anlaşmalarının düzenlendiği hükme göre bir özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Georg Gautschi, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1971, Art. 398, N. 25. Türk hukukunda benzer yönde bkz. Yavuz, s. 1196; Aydın Zevkiler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. bası, Turhan Kitapevi, 2015, s. 644. Aksi yönde bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 732; Fellmann, Art. 398, N. 515; Gümüş, Özen Borcu, s. 367-368.

e. Vekilin Özen Yükümlülüğü İle Karşılaştırılması

Tıpkı güvenilenin özen yükümlülüğünde olduğu gibi, vekilin özen yükümlülüğü bağlamında da özen kavramının ikili bir işleve sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁷⁵ Bunlardan ilki vekilin asli edim yükümlülüklerinin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin dolayısıyla ortada bir sözleşme ihlalinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, ikincisi ise vekilin kusurunun tespit edilmesidir.¹⁰⁷⁶

Vekilin özen yükümlülüğü TBK m. 506'nın 2. ve 3. fıkralarında şu şekilde düzenlenmiştir: "*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür./Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*" Bu hüküm ışığında vekilden beklenen özen standardının benzer alanda iş/hizmet üstlenen basiretli bir vekilden beklenen özen standardı olarak belirlendiği ve böylece objektifleştirildiği görülmektedir.¹⁰⁷⁷ Dolayısıyla ilk bakışta vekilin üstlendiği işi meslek icabı veya ivazlı olarak yapıp yapmadığının kendisinden beklenen özen standardını etkilemediğinin düşünülmesi mümkündür.

Bununla birlikte öğretide vekilin üstlendiği iş bakımından profesyonel ya da amatör olmasının dikkate alınması gerektiğinin savunulduğu görülmektedir. Bir görüşe

¹⁰⁷⁵ **CHK/Gehrer Cordey/Giger**, OR Art. 398, N. 8; **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 159. Özen kavramının işlevlerine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Gümüş**, Özen Borcu, s. 52 vd.

¹⁰⁷⁶ **Fellmann**, Art. 398, N. 16-22; **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 159.

¹⁰⁷⁷ **Eren**, Özel Hükümler, s. 731. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (eBK) ise vekilin özen borcu bakımından işçinin özen borcuna atf yapılmaktaydı. (eBK m. 390/1: "*Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.*") İşçinin özen yükümlülüğünün düzenlendiği eBK m. 321'de ise işin özelliğini ve işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, tecrübesi, yeteneklerini dikkate alan subjektif bir özen standardı düzenlenmişti. Buna karşılık hem Türk hem de İsviçre öğretisinde işçinin özen standardının objektifleştirilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu doğrultuda hem İsviçre Federal Mahkemesi'nin hem de Yargıtay'ın vekil için aranan özen standardı için 'ortalama vekil' kavramını esas aldığı görülmüştür. Eski Kanun'daki düzenleme ve bu düzenlemenin uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Akipek**, Alt Vekalet, s. 54-57; **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 162-165; **Tandoğan**, Borçlar Özel, s. 409-412; **Yavuz**, s. 1193-1196. İsviçre hukukundaki hükmün ve uygulamasının değerlendirilmesi için bkz. **Hofstetter**, s. 126 vd.

göre profesyonel bir vekilden beklenen özen standardı TBK m. 506/3'te belirtildiği gibi 'benzer işlerdeki basiretli vekil' olarak belirlenmeli, buna karşılık üstlendiği işi mesleği ya da uzmanlığı gereği yapmayan bir kişinin tâbi olduğu standart ise 'ortalama vekilin benzer işlerdeki ortalama davranışları' olarak, dolayısıyla daha düşük kabul edilmelidir.¹⁰⁷⁸ Vekalet sözleşmesinin ivazlı olup olmadığının da vekilin özen yükümlülüğü bakımından dikkate alınması gereken bir unsur olduğu tartışılmaktadır. Bu doğrultuda öğretide vekilin üstlendiği işi herhangi bir ivaz karşılığı yapmaması durumunda sorumluluğunun TBK m. 114/1 uyarınca daha hafif değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁷⁹

Sonuç olarak, vekalet sözleşmesinde vekilin özen sorumluluğu ile güvenilenin özen görevi karşılaştırıldığında aşağıdaki tespitlerin yapılması mümkündür:

- Hem güvenilenin ve hem de vekilin üstlendiği yükümlülüğün hukuki niteliği bir sonuç taahhüdü (*obligation de résultat*) olmaktan ziyade, işin görülmesi sırasında, sonuca erişmek için yapılan faaliyetin ifasında gereken özeni gösterme taahhüdüdür (*obligation de moyen*).¹⁰⁸⁰ Bu nedenle güvenilen, söz gelimi piyasa riskleri nedeniyle trust fonunun uğradığı zarardan kural olarak sorumlu olmadığı gibi, bir davayı kaybeden avukatın

¹⁰⁷⁸ **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 163-164. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de vekalet sözleşmesini mesleği gereği ve ivazlı bir şekilde yapan vekilin daha yüksek bir özen standardına tâbi olması gerektiğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Örneğin BGE II 62, 3a ("*Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt.*") Aynı yönde bkz. **CR CO I/Werro**, Art. 398, N. 14; **OFK OR/Bühler**, OR Art. 398, N. 5. Kararın eleştirisi için bkz. **CHK/Gehrer Cordey/Giger**, OR Art. 398, N. 13.

¹⁰⁷⁹ Bu yönde bkz. **CHK/Gehrer Cordey/Giger**, OR Art. 398, N. 13; **CR CO I/Werro**, Art. 398, N. 14; **Eren**, Özel Hükümler, s. 792; **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 165; **Heinrich Honsell**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (bundan böyle 'BT'), 10. bası, Stämpfli Verlag, 2017, s. 350; **Markus Müller Chen/Daniel Girsberger/Lorenz Droese**, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Bası, Schulthess, 2017, s. 285. Krş. **Veysel Başpınar**, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. bası, Yetkin Yayınları, 2004, s. 169-170; **Tandoğan**, Borçlar Özel, s. 411; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 643. **Başpınar**, **Tandoğan** ve **Zevkliler/Gökyayla**, vekalet sözleşmesinin ivazsız olmasının vekilin özen borcunun kapsamının/standardının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşılık yukarıdaki yazarların bu görüşü reddettiği ve özen standardının değil, ancak tazminatın belirlenmesinde vekalet sözleşmesinin ivazlı olup olmadığının dikkate alınabileceğini savunduğu belirtilmelidir.

¹⁰⁸⁰ **Hofstetter**, s. 123.

da işini özenle yapmadığı ispat edilmediği müddetçe sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

- Hem güvenilenin hem de vekilin tâbi olduğu özen standardının objektif bir özen standardı olduğunu gözlemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere güvenilenin profesyonel bir vekil olması durumunda sahip olduğu bilgi ve tecrübenin onun tâbi olduğu özen standardını etkileyeceği düzenlenmektedir. Benzer bir ayırım TBK m. 506'da yapılmamakla birlikte, profesyonel vekillerin daha yüksek bir özen standardına tâbi olması gerektiği fikrinin Türk hukukunda da kabul edildiği belirtilmelidir.¹⁰⁸¹
- Sorumsuzluk anlaşmaları bağlamında ise iki sistemin birbirinden önemli derecede ayrıldığı gözlemlenmektedir. İngiliz hukukunda güvenilenlerin lehtarları kasten zarara uğrattıkları hâller dışında kalan durumlar bakımından sorumluluklarını sınırlandırabilecekleri kabul edilmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda sorumsuzluk anlaşmasının kural olarak ancak hafif ihmali kapsayacak şekilde yapılabileceği, hatta vekalet sözleşmesinin avukatlık, hekimlik gibi resmi bir izne tâbi ve uzmanlık gerektiren bir iş görmeyi konu alması durumunda bunun da mümkün olmadığına hükme bağlandığının altı çizilmelidir.

2.2.2.3.5. Güvenilenin Hesap Verme Yükümlülüğü

Güvenilenin hesap verme yükümlülüğü ile lehtarın bilgi alma hakkı, bir madalyonun iki yüzü olarak düşünülebilir. Zira lehtarın güvenilenin trustı gereği gibi, özen ve sadakat yükümlülüğüne uygun bir şekilde yönetip yönetmediğini denetleyebilmesinin tek yolu trustın yönetimine ilişkin bilgi ve belgelere erişim hakkına sahip olmasıdır.¹⁰⁸² Bu nedenle ilk bakışta, güvenilenin başkasının işini görmekle yükümlü olduğu da göz önünde bulundurularak, lehtarın trustın yönetimine ilişkin bilgi alma hakkının sınırsız olduğunun düşünülmesi

¹⁰⁸¹ Bu yönde bkz. Gümüş, Borçlar Özel II, s. 164; Zevkliler/Gökyayla, s. 643.

¹⁰⁸² Panesar, s. 537; Penner, s. 302. Benzer yönde bkz. Hudson, s. 392.

mümkündür. Ancak İngiliz hukukundaki durumun Türk hukukunun aksine bu kadar net olmadığı görülmektedir.

Lehtarın bilgi alma hakkı ve güvenilenin hesap verme yükümlülüğü ile bunlara ilişkin hukuki rejimin daha iyi anlaşılabilmesi için ikili bir ayırım yapılması isabetli olacaktır. Bu ayırım doğrultusunda aşağıda ilk önce lehtarın trustın günlük işlerine (*day to day operations*) ve genel anlamda idaresine dair bilgi ve belgeleri talep etme ve inceleme hakkı incelenecek, daha sonra ise lehtarın güvenilenin takdir yetkisini kullanarak verdiği kararların arkasındaki gerekçeleri öğrenme hakkının bulunup bulunmadığı tartışılacaktır.

Lehtarın her zaman trustın idaresine dair bilgi alma hakkının bulunduğuna ilişkin ilke kararı 1920 tarihli *O'rourke v Darbishire* kararıdır.¹⁰⁸³ Bu karara göre lehtar, trust fonu üzerinde bir türev mülkiyet hakkına sahip olduğuna göre lehtarın trusta ilişkin hesaplara ve belgelere bakma hakkı da bu mülkiyet hakkının bir yansıması olarak düşünülmelidir.¹⁰⁸⁴ Dolayısıyla lehtarın, trusta ilişkin tüm hesapları ve tüm belgeleri (*trust documents*) incelemeyi talep etme yönünde temel bir hakka sahip olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte zaman içinde çok sayıda lehtarlı belirli veya ihtiyari trustların sayısının artmasıyla birlikte her bir lehtarın ya da olası lehtarın ayrı ayrı bu belgeleri talep etme hakkının olup olmadığı hususu gündeme gelmiştir.¹⁰⁸⁵ Son olarak 2003 yılında Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi'nin (*UKPC*) verdiği bir kararla, lehtarın trust belgelerini görüp görmemesi hakkının mahkemenin takdir yetkisi dahilinde olduğuna karar verilmiş ve dolayısıyla trust belgelerini görme hakkının lehtarın türev mülkiyet hakkının bir

¹⁰⁸³ *O'rourke v Darbishire* [1920] AC 581. Karara ilişkin olarak bkz. **Hudson**, s. 394-395.

¹⁰⁸⁴ **Cincelli**, s. 197; **Hudson**, s. 395; **Pettit**, s. 396. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Hudson**, s. 395-396; **Penner**, s. 303. Bu nedenle lehtarın trustın yönetimine ilişkin belgeleri incelemeyi talep etmesinin *common law* sistemlerinin usul hukukunun bir özelliği olan delil keşfinden (*discovery*) ayrı tutulması gerekmektedir. Zira delil keşfi, üçüncü bir kişinin mülkiyetindeki belgelerin incelenmesine ilişkin bir prosedürdür, oysa lehtarın trust belgelerinin de maliki olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **Panesar**, s. 537.

¹⁰⁸⁵ **Panesar**, s. 537-538.

uzantısı olduğu fikri reddedilmiştir.¹⁰⁸⁶ Bu doğrultuda güvenilenin bu yöndeki bir talebi reddetmesi durumunda, gerek belirli gerekse ihtiyari nitelikte bir trustın lehtarının bilgi alma ve belgeleri inceleme hakkını mahkemeye yapılan bir taleple ileri sürülmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle güvenilenden her an trustın yönetimine ve hesaplarına ilişkin her türlü bilgiyi vermeye hazır olmasının beklendiği ifade edilmektedir.¹⁰⁸⁷ Dolayısıyla güvenilenin hesap verme yükümlülüğünün bir diğer boyutunun da trustın yönetimine ilişkin hesapları düzgün tutma görevi olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰⁸⁸ Bu görevin güvenilenin trustın yönetimini özenle ifa etmesi yükümlülüğünün bir yansıması olduğunu, bu nedenle bu görevin ihlali durumunda güvenilenin sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmelidir.¹⁰⁸⁹

Güvenilenin gerek trustın kurucu belgesiyle gerekse yasal düzenlemeler ışığında trustın yönetimine ilişkin önemli takdir yetkileriyle donatıldığından daha önce bahsedilmişti. Bunlar arasında lehtar açısından en fazla önem taşıyan hususun kuşkusuz güvenilenin ihtiyari bir trust yapısında lehtarların kim olacağına ve hangi lehtarın trustın fonunun hangi oranından yararlanacağına ilişkin takdir yetkisi olduğunu söylemek mümkündür. Bu tür bir trust yapısında lehtar olarak atanan kişinin, trust fonunun diğer lehtarlar arasında nasıl bölüştürüldüğünü öğrenme ve bu bölüştürmenin gerekçelerini inceleme konusunda bir bilgi alma hakkının bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Nitekim 1965 yılında İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada lehtarın tam olarak bu yönde bir bilgi alma talebini ileri sürdüğü ve bu talebin güvenilenler tarafından olumsuz yanıtladığı bir uyuşmazlık söz konusu olmuştur.¹⁰⁹⁰ Mahkeme, güvenilenlerin söz konusu kararları verirken yürüttükleri tartışmaları, söz gelimi toplantı tutanaklarını veya

¹⁰⁸⁶ *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] UKPC 26. Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Cincelli, s. 198; Hudson, s. 397; Penner, s. 303-304. Bilgi alma hakkının mülkiyet hakkının bir uzantısı değil, güvenilenin görevine ilişkin hesap verme yükümlülüğünün bir yansıması olduğu yönünde bkz. Underhill/Hayton, s. 908.

¹⁰⁸⁷ Underhill/Hayton, s. 907.

¹⁰⁸⁸ Underhill/Hayton, s. 907.

¹⁰⁸⁹ Buna ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 302 vd.

¹⁰⁹⁰ *Re Londonderry's Settlement* [1965] Ch 918.

kararın yazılı bir gerekçesi varsa bu belgenin gizli kalabileceğine ve güvenilenlerin kendilerine yöneltilen bu yöndeki bilgi alma hakkını reddedebileceğine karar vermiştir.¹⁰⁹¹ Mahkeme söz konusu belgelerin 'trust belgeleri' olarak nitelendirilemeyeceğini, öyle olsa bile bu belgelerin gizli kalması konusunda haklı bir menfaatin bulunduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁹²

Lehtarın güvenilenlerin verdiği kararlara ilişkin bilgi alma hakkının bu şekilde sınırlanmasının arkasındaki temel sebep güvenilenin trustı yönetirken gözettiği gizlilik ve sır saklama yükümlülüğüdür.¹⁰⁹³ Türk hukuku bağlamında vekilin sır saklama yükümlülüğünün sadakat yükümlülüğünün bir görünümü olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁹⁴ Vekilin sır saklama yükümlülüğünün vekalet veren dışındaki üçüncü kişiler açısından geçerli olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Buna karşılık güvenilenin gizlilik yükümlülüğünün kapsamının belirli şartlar altında üçüncü kişilerin ötesine geçerek (özellikle diğer lehtarları ilgilendiren hususlar bakımından) lehtarlara kadar uzanabileceği de kabul edilmektedir.¹⁰⁹⁵ Vekilin, vekalet verenin işini görürken ondan belirli bilgi ve belgeleri saklaması fikriyse vekalet sözleşmesine ve taraflar arasındaki ilişkinin doğasına aykırıdır. Ancak trust yapısında durumun daha farklı olduğu görülmektedir. Zira trust yapısında lehtarın, özellikle trust fonunun dağıtılmasına ilişkin olarak verilen kararlar konusunda bilgi

¹⁰⁹¹ Karara ilişkin olarak bkz. **Underhill/Hayton**, s. 910-911. Kararın eleştirisi için bkz. **Hudson**, s. 396-397.

¹⁰⁹² *Re Londonderry's Settlement* [1965] Ch 918. *Lord Justice Danckwerts*: "I think the right conclusion is that they are not really trust documents at all. But even if they be trust documents, it seems to me (...) that does not really solve our problem. (...) It seems to me that where trustees are given discretionary trusts which involve a decision upon matters between beneficiaries, viewing the merits and other rights to benefit under such a trust, the trustees are given a confidential role and they cannot properly exercise that confidential role if at any moment there is likely to be an investigation for the purpose of seeing whether they have exercised their discretion in the best possible manner. (...) It appears to me that the documents are confidential and the trustees' duty would become impossible and the execution of the trust would become impossible if the trustees were bound to disclose to any beneficiary any information or other matters in regard to beneficiaries that they had received."

¹⁰⁹³ Güvenilenin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. **Underhill/Hayton**, s. 911 vd.

¹⁰⁹⁴ **Fellmann**, Art. 398, N. 49 vd.; **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 155; **Tandoğan**, Borçlar Özel, s. 450. İnançlı temlik alanın da vekil gibi her an hesap verme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmelidir. Bkz. **CHK/Gehrer Cordey/Giger**, OR Art. 400, Rn. 2.

¹⁰⁹⁵ **Underhill/Hayton**, s. 911.

alma ve belgelere erişim hakkı bulunmamasının aslında trust yönetimi açısından avantajlı olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰⁹⁶ Bunun ilk nedeni, her an bir bilgi/belge ve gerekçelendirme talebiyle karşılaşması korkusu altında olmayan güvenilenlerin trust fonunun dağıtımını konusunda daha sağlıklı karar alabileceğinin düşünülmesidir.¹⁰⁹⁷ İkinci neden ise trustın dağıtımını konusunda verilen kararların gizliliğinin bir ilke olarak kabul edilmesiyle trustın yönetiminin uyuşmazlıklar ve davalarla sekteye uğratılmamasıdır.¹⁰⁹⁸

Vekilin hesap verme borcu TBK m. 508/1'de şu şekilde düzenlenmiştir: "*Vekil, vekalet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür.*" Vekilin hesap verme borcu vekilin veya onun yardımcı kişilerinin iş görmesine ilişkin her türlü hususta aydınlatılmasını ve en önemlisi iş görme neticesinde elde edilen gelir ve yapılan harcamalara ilişkin ayrıntılı bilgi verilmesini kapsamaktadır.¹⁰⁹⁹ Vekalet verenin vekilin yükümlülüklerini özenli ve dikkatli bir şekilde ifa ettiğini denetleyebilmesinin ancak bilgi alma hakkıyla mümkün olduğu,¹¹⁰⁰ bu nedenle vekalet verenin bu talebi her zaman ileri sürebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁰¹ Vekilin hesap verme yükümlülüğü bir yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmekte ve ifasının asıl borcun ifasından bağımsız bir şekilde talep edilebileceği kabul edilmektedir.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁶ Bu yönde *Re Londonderry's Settlement* [1965] Ch 918. Ayrıca bkz. *Underhill/Hayton*, s. 916.

¹⁰⁹⁷ *Underhill/Hayton*, s. 916.

¹⁰⁹⁸ *Underhill/Hayton*, s. 916.

¹⁰⁹⁹ *Gümüş*, Borçlar Özel II, s. 177. Benzer yönde bkz. *BSK OR I/Weber*, Art. 400, N. 7-8; *Eren*, Özel Hükümler, s. 735; *Fellmann*, Art. 400, N. 8; *Zevkliler/Gökyayla*, s. 653-6548.

¹¹⁰⁰ *BSK OR I/Weber*, Art. 400, N. 3; *CHK/Gehrer Cordey/Giger*, OR Art. 400, N. 1; *Fellmann*, Art. 400, N. 14.

¹¹⁰¹ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 400. maddesinde vekilin *her zaman* hesap vermekle yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir (TBK m. 400: "*Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen (...)*") TBK hükmünde 'her zaman' ifadesine açıkça yer verilmemiş olsa da vekilin her zaman hesap verme talebiyle karşılaşabileceği ve bu talebe ilişkin ifayı yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Bkz. *Eren*, Özel Hükümler, s. 735; *Gümüş*, Borçlar Özel II, s. 177.

¹¹⁰² *CHK/Gehrer Cordey/Giger*, OR Art. 400, N. 8; *Eren*, Özel Hükümler, s. 735; *Fellmann*, Art. 400, N. 56; *Gümüş*, Borçlar Özel II, s. 177-178; *Zevkliler/Gökyayla*, s. 653.

Vekilin hesap verme borcu, başkası lehine iş görme kavramının doğal bir sonucudur.¹¹⁰³ Bu nedenle vekilin hesap verme borcunun kapsamına ilişkin bir sınırlamadan bahsetmek kural olarak mümkün değildir.¹¹⁰⁴ Nasıl ki vekil vekalet verenin bir işini görmekle yükümlüyse, vekalet veren de bu işin görülmesi konusunda her türlü bilgi ve belgeye erişim konusunda hak sahibi olmalıdır.

Trust yapısında ise güvenilen ve lehtar arasında bu denli doğrudan ve yalın bir ilişki söz konusu değildir. İki yapı arasındaki ilk fark kuşkusuz güvenilen ve lehtar arasında bir sözleşmesel ilişkinin bulunmamasıdır. Lehtar her ne kadar trust fonu üzerinde bir türev mülkiyet hakkına sahip olsa da, güvenilenin iş vereni ya da sözleşeni değildir. Bu nedenle vekil ve vekalet verenin aksine, lehtar ve güvenilen arasındaki ilişkinin daha dolaylı bir karaktere ve daha farklı bir dinamiğe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Aslında kurucunun zaten söz konusu mal varlığı unsurunu doğrudan lehtara devretmek istemediği için bir trust yapısı kurma yoluna gittiği düşünüldüğünde, trustın idaresiyle görevli olan güvenilenin lehtardan bir derece bağımsız olması, onun talimatlarıyla hareket etmemesi ve doğal olarak birtakım kararlarını ona açıklamakla yükümlü olmamasının kurucunun da iradesine uygun olduğu fark edilecektir. Bu nedenle güvenilenin hesap verme yükümlülüğünün vekile kıyasla daha esnek olması trust yapısının arkasındaki mantığın kavranmasıyla açıklanabilir. Vekalet sözleşmesinde ise sadece iki taraflı ve dolayısıyla daha doğrudan bir ilişki söz konusudur; bu nedenle talimat alma ve hesap verme yükümlülüklerinin kapsamının trusta kıyasla daha geniş olması şaşırtıcı olmamalıdır.

¹¹⁰³ CR CO I-*Werro*, Art. 398, N. 1; Fellmann, Art. 400, N. 13; Gümüş, Borçlar Özel II, s. 176; Yavuz, s. 1207. Aynı yönde bkz. BGE 138 III 755, 762 (“Die Pflicht zur Ablieferung ist - wie die Rechenschaftspflicht - ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags.”)

¹¹⁰⁴ Ancak işin görülmesiyle ilişkili olmayan, tamamen dahili yazışmaların, söz gelimi vekilin kendi hesapları veya hiç gönderilmemiş sözleşme taslakları gibi belgelerin bilgi alma hakkının kapsamının dışında kalacağı kabul edilmektedir. Bkz. CHK/*Gehrer Cordey/Giger*, OR Art. 400, N. 3a. Vekilin hesap verme yükümlülüğünün somut olaydaki iş görmenin niteliğine ve dürüstlük kuralına göre belirleneceği yönünde bkz. Fellmann, Art. 400, N. 25; OFK OR/*Bühler*, OR Art. 400, N. 3.

Bu doğrultuda güvenilenin hesap verme yükümlülüğünün, vekilden ziyade şirket yöneticilerinin hesap verme yükümlülüğüyle kıyaslanması daha isabetli olabilir. Örneğin anonim şirketlerde yönetim kurulunun kural olarak şirketin işleyişi ve finansal durumuyla ilgili hesap verme yükümlülüğü altında olduğu konusunda bir şüphe bulunmamasıyla birlikte pay sahiplerinin bu konuda bilgi alma hakkının belirli bir prosedüre bağlanmış olduğu ve birtakım hususların da bilgi alma hakkının kapsamının dışında bırakıldığı görülmektedir. Bilgi alma hakkı kapsamının dışında bırakılan bu hususlar TTK m. 437/3'te şu şekilde ifade edilmiştir: "*Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir.*" Pay sahiplerinin bilgi alma hakkının kapsamının bu şekilde kısıtlanmasının sebebinin şirket içi menfaatler çatışmasında dengenin sağlanması olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁰⁵ Trust hukukunda lehtarın bilgi alma hakkına da benzer bir bakış açısıyla yaklaşılması mümkündür. Dolayısıyla lehtarın kural olarak trustın idaresi konusunda bilgi alma hakkının mevcut olduğunu, buna karşılık trusttan yararlanan kişiler arasında bir menfaat çatışması riski bulunması durumunda gizlilik ilkesinin devreye girerek bilgi alma hakkını ve dolayısıyla hesap verme yükümlülüğünü sınırladığını söylemek yanlış olmayacaktır.

2.2.3. Güvenilenin Yükümlülüklerini İhlali

2.2.3.1. Genel Açıklamalar

Trust hukukuna şeklini veren ve onu diğer hukuki ilişkilerden ayıran en önemli hususlardan biri, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda devreye giren yaptırımlar sistemidir. Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali İngilizce'de *breach of trust*, yani trust ihlali olarak adlandırılmaktadır.¹¹⁰⁶ Ortada bu şekilde bir ihlal olup

¹¹⁰⁵ Ali Murat Dolu, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 125-126. Benzer yönde bkz. Arslan Kaya, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 254-256; Pulaşlı, C. II, s. 1359-1361.

¹¹⁰⁶ Gardner, s. 244; Panesar, s. 673; Pettit, s. 520; Underhill/Hayton, s. 1146; Webb/Akkouh, s. 291.

olmadığı incelenirken yanıtlanması gereken ilk soru kuşkusuz güvenilenin sözde ihlal edildiği düşünülen bir yükümlülük altında olup olmadığıdır.¹¹⁰⁷ Zira ancak bu soruya olumlu bir yanıt verildiği takdirde bir ihlalinin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesine geçilmesi mümkündür.¹¹⁰⁸

Güvenilenin yükümlülüklerini ihlal edip etmediği hususunu ve buna bağlanan yaptırımları incelemeye geçmeden önce bunun sözleşmenin ihlali ve haksız fiil rejimlerinden ayrı, *sui generis* bir sistem olduğunun altı çizilmelidir. Daha önce de belirtildiği gibi güvenilenin yükümlülüklerinin ihlaline bağlanan yaptırımlar, trust kurumuna tabiri caizse rengini vermekte ve onu diğer hukuki kurumlardan ayırarak özgün kılmaktadır. Bu nedenle hem kurucu hem de güvenilen açısından bir hukuki kurum olarak trusta güvenilmesinin ve uygulamada bu kuruma sıkça başvurulmasının arkasındaki temel sebeplerden birinin güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesine bağlanan sonuçlar olduğunu söylemek mümkündür.

Güvenilenin yükümlülüklerinin ihlali temel olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bu hâllerden ilki güvenilenin yetkisi dışında (*ultra vires*) bir işlem yapması, ikincisi ise yetkisi dahilindeki (*intra vires*) bir işlem yapması, ancak bu işlemi yaparken somut yükümlülüklerini (söz gelimi özen yükümlülüğünü) ihlal etmesidir.¹¹⁰⁹ Bu doğrultuda uygulamada en sık karşılaşılan ihlallerden birinin güvenilenin trust fonunu trustın kurucu belgesine veya hukuka aykırı bir şekilde, yanlış ve amacı dışında kullanması veya zamanı geldiğinde trust fonunu yanlış kişilere dağıtması olduğunu söylemek mümkündür.¹¹¹⁰ Bu hâlde güvenilenin *ultra*

¹¹⁰⁷ **Virgo**, s. 471-472. Benzer yönde bkz. **Charles Rickett**, Understanding Remedies for Breach of Trust (bundan böyle 'Remedies'), Otago Law Review, C. 11, S. 4, 2008, s. 603.

¹¹⁰⁸ **Virgo**, s. 472.

¹¹⁰⁹ **Virgo**, s. 473. Aynı yönde *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, 434 ("Breaches of trust are of many different kinds. A breach of trust may be deliberate or inadvertent; it may consist of an actual misappropriation or misapplication of the trust property or merely of an investment or other dealing which is outside the trustees' powers; it may consist of a failure to carry out a positive obligation of the trustees or merely of a want of skill and care on their part in the management of the trust property (...)")

¹¹¹⁰ **Penner**, s. 314; **Pettit**, s. 400.

vires bir işlem yapması söz konusudur. Örneğin güvenilenin trust fonundaki değerli bir mücevheri veya şirket hisselerini ya da parayı lehtar yerine bir başkasına devretmesi durumunda bir yükümlülük ihlalinin söz edilecektir.¹¹¹¹ Güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinin devreye girdiği tipik bir diğer hâl ise güvenilenin trustın idaresinde gereken özeni göstermeyerek trust fonunu zarara uğratmasıdır.¹¹¹² Bu durumda ise güvenilenin gerekli özeni göstermiş olsaydı bir ihlal olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan *intra vires* bir işleminin mevcut olduğu görülmektedir.

Bazı durumlarda ise ortada bir yükümlülük ihlali bulunmasına karşın güvenilenin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. Zira güvenilenin yükümlülüklerini ihlalden dolayı sorumlu tutulabilmesi için iki şarttan birinin gerçekleşmiş olması gerekir: Ya trust fonu (dolayısıyla lehtar) zarara uğramış olmalı,¹¹¹³ ya da bir zarar söz konusu olmasa bile güvenilen yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle bir menfaat elde etmiş olmalıdır.¹¹¹⁴ Ortada bir zararın veya devredilecek bir menfaatin bulunmaması durumundaysa güvenilenin sorumluluğundan söz etmek mümkün değildir. Örneğin güvenilenin *ultra vires* bir işlem yaparak, söz gelimi trustın kurucu belgesinde açıkça yasaklanan bir yatırım aracını tercih ederek, trustın kurucu belgesine uygun ifa yükümlülüğünü ihlal etmesi ancak bu kararın sonucunda trust fonunun zarara uğramaması durumunda güvenilenin sorumluluğu söz konusu değildir.¹¹¹⁵ Öğretide bu hâller 'makul ihlal' (*judicious breach*) olarak nitelendirilmektedir.¹¹¹⁶

¹¹¹¹ Hatırlanacağı üzere güvenilen trust fonunu oluşturan değerler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu için bunlara ilişkin her türlü tasarruf işlemi yapma yetkisini de haizdir.

¹¹¹² Penner, s. 314. Güvenilenin trust fonunu zarara uğratması aktif bir fiiliyle (örneğin yasaklı yatırım araçlarına yatırım yapması) olabileceği gibi, pasif bir fiiliyle de (örneğin fonun idaresinde gereken özeni göstermesi, yatırımlarını çeşitlendirmemesi vb.) olabilir. Bkz. Pettit, s. 520.

¹¹¹³ Hudson, s. 856, 860; Thomas/Hudson, s. 928. Nedensellik konusuna ilişkin olarak ayrıca bkz. aşağıda s. 351 vd.

¹¹¹⁴ Watt, s. 421.

¹¹¹⁵ Hudson, s. 856; Thomas/Hudson, s. 945.

¹¹¹⁶ Watt, s. 421. Bu bakış açısının Türk sorumluluk hukukundaki bakış açısına paralel olduğunu söylemek mümkündür. Zira sözleşmesel sorumluluğun ve haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için aranan temel şartlardan biri her zaman (maddi ya da manevi) bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Zararın bir şart olarak aranmadığı gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ise, devri

Güvenilenin yükümlülüklerini ihlalden doğan sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hâlidir.¹¹¹⁷ İngiliz hukukunda, Türk hukukunun aksine sözleşmeler hukuku bağlamında da kusursuz sorumluluk prensibinin kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, güvenilenin sorumluluğunun da aynı esasa bağlanması şaşırtıcı olmasa gerektir.¹¹¹⁸ Birden çok güvenilenin bulunması durumunda güvenilenlerin tüm zarardan mütelselsilen sorumlu oldukları kabul edilmektedir.¹¹¹⁹ Bu açıdan bakıldığında lehtarın epey avantajlı bir konumda olduğu açıktır. Lehtarın güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda, bir sözleşme ihlali olasılığında alacaklının konumuna kıyasla çok daha avantajlı olduğu bir diğer nokta ise lehtarın talep haklarının çeşitliliği ve hukuki niteliğine ilişkindir. Bu husus öneminden dolayı aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.¹¹²⁰

talep edilebilecek bir menfaatin elde edilmiş olması aranmaktadır. Bununla birlikte trust ihlali neticesinde bir zarar ortaya çıkmamış olsa bile lehtarın devam eden ihlalin sona erdirilmesini talep etme hakkına sahip olduğu belirtilmelidir. Örneğin güvenilenin caiz olmayan bir yatırım yapması söz konusuysa lehtar zararı mevcut olmadığı için tazminat talep edemese de, bu yatırım araçlarının elden çıkarılmasını ve trustın kurucu belgesine uygun ifanın sağlanmasını talep edebilir. Bkz. **Thomas/Hudson**, s. 928.

¹¹¹⁷ **Oonagh B. Breen**, *Trustee Liability for Breach of Trust in the Common Law World*, ZVglRWiss, C. 117, S. 3 2018, s. 329; **Cincelli**, s. 180; **Hudson**, s. 855; **Penner**, s. 311; **Underhill/Hayton**, s. 23. Ancak bkz. *Trustee Act 1925*, m. 61: "If it appears to the court that a trustee, whether appointed by the court or otherwise, is or may be personally liable for any breach of trust, whether the transaction alleged to be a breach of trust occurred before or after the commencement of this Act, but has acted honestly and reasonably, and ought fairly to be excused for the breach of trust and for omitting to obtain the directions of the court in the matter in which he committed such breach, then the court may relieve him either wholly or partly from personal liability for the same." Bu hükme göre mahkemenin güvenilenin sorumluluğunu kısmen ya da tamamen kaldırma konusunda bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna karşılık Fransız *fiducie*'sinde veya Alman *Treuhand*'ında güvenilenin sorumluluğunun kusur prensibine dayandığının altı çizilmelidir. Bkz. **Braun/Swadling**, s. 583, 588.

¹¹¹⁸ **Penner**, s. 311; **Charles Rickett**, *Compensation for Loss in Equity – Choosing the Right Horse for Each Course* (bundan böyle 'Choosing the Right Horse'), *Restitution and Equity Vol. 1 – Resulting Trusts and Equitable Compensation* (ed. Peter Birks/Francis Rose), LLP Publishing, 2000, s. 177.

¹¹¹⁹ **Breen**, s. 329; **Cincelli**, s. 181; **Hayton**, s. 158; **Pettit**, s. 528-529; **Virgo**, s. 494; **Watt**, s. 422.

¹¹²⁰ Bkz. aşağıda s. 343 vd.

2.2.3.2. Güvenilenin Yükümlülüklerini İhlali Hâlinde

Devreye Giren Yaptırımlar Sistemi

2.2.3.2.1. Yaptırımların Sınıflandırılmasına İlişkin

Açıklamalar

Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali söz konusu olduğunda devreye girecek yaptırımların sistemli bir şekilde sınıflandırılmış ve birbirinden kesin çizgilerle ayrılmış olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle bir *civil law* hukukçusu için *equity* mahkemeleri tarafından geliştirilmiş olan bu çeşitli yaptırımların belirli bir düzene oturtulmasının güç olduğu itiraf edilmelidir. Bununla birlikte söz konusu yaptırımlar incelenirken belirli birkaç çıkış noktasından faydalanmak mümkündür. Bu çıkış noktalarından ilki (ve en gelenekseli), ilgili yaptırımların lehtarın taleplerinin yöneldiği kişiden ve ileri sürülen talebin hukuki niteliğinden hareketle sınıflandırılmasıdır.¹¹²¹ Bu doğrultuda güvenilenin yükümlülüklerini ihlali söz konusu olduğunda lehtarın hem nisbi hem de aynı nitelikte birtakım taleplerinin mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Lehtarın nisbi taleplerinden kasıt, sadece güvenilene karşı ileri sürülebilen ve güvenilenin tüm şahsi mal varlığıyla sorumlu olmasına yol açan talepleridir (*personal remedies*). Lehtarın aynı talepleri ise lehtarın trust fonu üstündeki türev mülkiyet hakkından kaynaklanan, sadece güvenilene değil şartları mevcutsa üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen, konusu belirli bir şey veya onun kaim değeri olan aynı taleplerdir (*proprietary remedies*).

Güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinde devreye giren yaptırımları bir sisteme oturturken faydalanılabilecek bir diğer çıkış noktası ise yaptırımların işlevlerinin dikkate alınmasıdır.¹¹²² Buna göre güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinde devreye girecek yaptırımlar incelenirken, bunların ifaya yönelik, zararın giderilmesine (yani telafiye) yönelik, menfaat devrine veya cezalandırmaya yönelik yaptırımlar olarak

¹¹²¹ Bu ayrımı benimseyen yazarlara örnek olarak bkz. Hudson, s. 856; Panesar, s. 672 vd.; Penner, s. 311 vd.; Rickett, Remedies, s. 603; Virgo, s. 499 vd.; Watt, s. 419 vd.

¹¹²² Rickett, Remedies, s. 603.

tasnif edilmesi mümkündür.¹¹²³ Bir diğer bakış açısı ise güvenilenin yükümlülüklerini ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesine bağlanan yaptırımları asli (*primary*) ve tali (*secondary*) olarak nitelendirmektedir.¹¹²⁴ Asli edim yükümlülükleri güvenilenin görevlerini ve trustın amacını belirleyen, söz gelimi güvenilenin trustın idaresi için gereken özeni göstermesi veya trust fonunu doğru kişilere dağıtması gibi yükümlülükleridir.¹¹²⁵ Tali edim yükümlülüğünden kasıt ise güvenilenin asli edim yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucunda ortaya çıkan durumun düzeltilmesi yükümlülüğüdür.¹¹²⁶ Bu doğrultuda asli yaptırımlar, güvenilenin asli yükümlülüklerinin ifasına ilişkin talebe karşılık gelen, aynen ifa niteliğindeki yaptırımlardır. Tali yaptırımlar ise güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucunda ortaya çıkan geniş anlamda hukuka aykırı durumu telafi etme amacını taşıyan, tazminat ve menfaat devri gibi yaptırımlardır.¹¹²⁷

Güvenilenin yükümlülüklerinin ihlali bakımından yapılan ayırlardan bir diğeri ise, güvenilenin sadakat ve güvene dayalı ilişkiden kaynaklanan *fiduciary* yükümlülüklerini ihlal etmesi ile bunun dışında kalan yükümlülüklerini ihlal etmesi hâli arasındaki ayırmadır.¹¹²⁸ Buna göre güvenilenin sadakat yükümlülüğünün somut görünümüleri olan menfaat çatışması yaratmama ve kendi lehine yarar sağlamama yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda basit (*simpliciter*) ihlalden değil *fiduciary* yükümlülüklerin ihlalden bahsedilmekte ve bu yükümlülüklere bağlanan yaptırımlar (örneğin menfaat devri) devreye

¹¹²³ **Rickett**, Remedies, s. 603. Trust hukukunda cezalandırıcı tazminata yer olmadığı yönünde bkz. **Rickett**, Remedies, s. 617. ABD hukukunda ise bazı mahkemelerin güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda cezalandırıcı tazminata hükmettiği görülmektedir. Örneğin *Gould v. Starr*, 558 S.W.2d 755; *Vale v. Union Bank*, 151 Cal. Rptr. 784 (Ct. App. 1979). Buna ilişkin olarak bkz. **Daniel B. Kelly**, Deterrence and Disgorgement in Trust Fiduciary Law (14 Nisan 2017), <https://ssrn.com/abstract=2952755> (son erişim tarihi 11.03.2019), s. 4-5.

¹¹²⁴ **Virgo**, s. 472; **Webb/Akkouh**, s. 291 vd.

¹¹²⁵ **Webb/Akkouh**, s. 292-293.

¹¹²⁶ **Webb/Akkouh**, s. 292. Bu ayırımın sözleşmesel sorumluluğa özgü bir ayırım olduğu ve trust hukuku bağlamında yanıtıcı olduğu yönünde bkz. **Millett**, Equity's Place, s. 225.

¹¹²⁷ **Webb/Akkouh**, s. 292. **Gardner**, güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda ortaya çıkan her türlü trustı eski hâline döndürme veya tazminat talebinin tali nitelikte olduğunu ileri sürerek bu ayırımı eleştirmektedir. Bkz. **Gardner**, s. 243-244. Eski hâle iade ve hakkaniyet tazminatı kavramlarına ilişkin olarak bkz. aşağıda s. 343 vd.

¹¹²⁸ **Penner**, s. 314; **Virgo**, s. 472-473.

girmektedir.¹¹²⁹ Lehtarın, güvenilenin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda sahip olduğu talepler önceki bölümlerde incelendiği için burada bunlara tekrar değinilmeyecektir.¹¹³⁰ Bu nedenle aşağıda, *simpliciter* bir ihlal söz konusu olduğunda lehtarın ileri sürebileceği talepler, geleneksel sınıflandırmaya paralel olarak, nisbi talepler ve aynı talepler olarak iki başlık altında incelenecektir. Ancak öncesinde lehtarın, şartları mevcutsa hangi talebi ileri süreceği konusunda kural olarak bir serbestisi olduğu belirtilmelidir.¹¹³¹ Örneğin bazı hâllerde lehtarın hem nisbi nitelikteki *equitable* tazminat talebi için hem de aynı talebi için gereken şartların oluşması mümkündür. Örneğin güvenilenin trust fonunun izinsiz bir şekilde üçüncü bir kişiye devretmesi hâlinde hem trust fonu bir zarara uğramış olacağından tazminat talebi gündeme gelecek, hem de şartları mevcutsa söz konusu mal varlığı değerine ilişkin aynı talep (*tracing*) ileri sürülebilir. Dolayısıyla trust ihlali bağlamında söz konusu olan yaptırımlar incelenirken bunların olgusal olarak birbirini dışlayan ve ancak ayırık durumlarda ortaya çıkabilen yaptırımlar olduğunun düşünülmemesi gerektiği ifade edilmelidir.

2.2.3.2.2. Güvenilene Karşı İleri Sürülebilecek Nisbi Talepler

a. Genel Açıklamalar

Lehtarın sahip olduğu nisbi taleplerin incelenmesine geçmeden önce güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi bağlamında ortaya çıkan iki muhtemel durum arasında yapılan ayırımın hatırlatılması, yaptırımlar sisteminin anlaşılması için yol gösterici olacaktır. Daha önce de bahsedildiği üzere trust fonunun zarara uğraması kural olarak iki şekilde söz konusu olabilir. İlk olasılık, güvenilenin trustın kurucu belgesine aykırı izinsiz (*ultra vires*) bir işlem yaparak trust fonunu kısmen ya da tamamen elden çıkarmasıdır (*misappropriation*). Bu olasılıkta trust fonu trustın

¹¹²⁹ Bununla birlikte öğretide ve yargı kararlarında zaman zaman bu ikili terminolojinin göz ardı edildiği ve güvenilenin tüm yükümlülüklerinin ihlalinin bir trust ihlali olarak nitelendirildiğinin görüldüğü ifade edilmelidir. Bkz. Penner, s. 316.

¹¹³⁰ Bkz. yukarıda s. 280 vd.

¹¹³¹ Cincelli, s. 206-207; Hudson, s. 868-869.

kurucu belgesine aykırı bir şekilde üçüncü kişilere devredilmiş olabileceği gibi, trustın kurucu belgesine aykırı yatırımlar yapılmış, örneğin trust fonundaki parayla kurucu belgede yasaklanan bir şirketin hisseleri satın alınmış da olabilir. İkinci olasılık ise trust fonunun bu şekilde izinsiz elden çıkarılması haricindeki bir ihlalin söz konusu olmasıdır. Örneğin trust fonunun basiretsiz bir şekilde yönetilmesi sonucunda zarara uğraması, başka bir deyişle trust fonundan teknik anlamda bir eksilme olmasa da gerçek anlamda bir değer kaybı yaşanması, ikinci olasılığın tipik bir görünümüdür.

Trustın yönetiminde gereken özenin gösterilmemesi, bilgilendirme veya hesap verme yükümlülüğünün ihlal edilmesi gibi hususlar, trust yapısına özel sorunlar değildir. Uygulamada hemen hemen her trust ilişkisinin bir sözleşme ekseninde yürütüldüğü dikkate alındığında, bu gibi ihlallerin aynı zamanda sözleşme ihlali oluşturacağı ve bu sorumluluk rejiminin yaptırımlarının devreye sokulabileceği ortadadır.¹¹³² Trust yapısını bir mal varlığını yönetim sözleşmesinden ayıran *mülkiyet bileşeni*, ihlal ve yaptırımlar sistemi bakımından da trust kurumuna özellik katmaktadır. Bu nedenle, aşağıda yapılacak açıklamalar için özellikle trust fonunun kısmen veya tamamen ancak izinsiz olarak elden çıkarılması şeklinde ortaya çıkan durumun esas odak noktası olarak belirlendiği ifade edilmelidir.

Bu doğrultuda güvenilenin yükümlülüklerini ihlali söz konusu olduğunda karşımıza çıkan ilk yaptırımın trust fonunun eski hâle iadesi (*restitution*) olduğu belirtilmelidir.¹¹³³ *Restitution* aslında bir *common law* kurumu olduğu için Türk hukukunda yaptırımlar sistematiğine tam olarak oturtulması kolay değildir.¹¹³⁴

¹¹³² Cincelli, s. 207.

¹¹³³ Hudson, s. 855, 858; Watt, s. 423.

¹¹³⁴ Benzer yönde bkz. Sanlı, Sözleşme, s. 128-129 ("Kazandırmanın iadesi veya iade talebi (*restitution*) esasen bir Ortak Hukuk kurumudur ve istisnai bazı hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Kara Avrupası Hukukunda, "yaptırım anlamında" bu kurumun tam karşılığı yoktur. Sözleşmeden dönülmesi, sözleşmenin iptal edilmesi veya imkânsızlığın ortaya çıkması gibi hallerde, borçtan kurtulan tarafların karşılıklı olarak yapmış oldukları kazandırmaları talep etmeleri; işlevsel olarak bu kuruma paraleldir. Borca aykırılık hallerine uygulanan yaptırımlar açısından bakıldığında ise, "dönme" yetkisinin sonucu olarak düşünülebilir. (...)") Eski hâle iadenin sonuçlarının

Bununla birlikte (eski hâle) iadenin Türk hukukunda da çeşitli yerlerde karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Örneğin sebepsiz zenginleşmenin ve haksız zilyetliğin tasfiyesinde esas taleplerin sebepsiz zenginleşmenin veya zilyetliğin iadesi olduğu görülmektedir.¹¹³⁵ Sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlikte olduğu gibi, trust yapısında güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinde de asıl amaç, menfaati ihlal edilen kişinin ekonomik ve hukuki durumunun eskiye döndürülmesidir. Ancak bu kurumlar arasındaki temel fark, sebepsiz zenginleşme ve haksız zilyetlik durumlarının aksine, güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinde lehtarın menfaat kümesinden güvenileninkine doğru bir değer kaymasının her zaman söz konusu olmamasıdır.¹¹³⁶ Dolayısıyla burada ‘iade’ kavramının bir şeyi geri verme yönündeki gerçek anlamıyla kullanılmadığı belirtilmelidir.

Lehtarın bazı hâllerde trust fonunun eski hâle iadesinin dışında, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali sonucunda uğradığı zararın giderilmesi için bir tazminat talebinde bulunmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu tazminat talebi, hakkaniyet mahkemelerince hükmedildiği için hakkaniyet tazminatı (*equitable compensation*) olarak anılmakta ve sözleşme ve haksız fiil hukukunda devreye giren tazminat yaptırımından bazı açılardan ayrılmaktadır.¹¹³⁷ Eski hâle iadede yapılacak olan aynen ya da nakden iadenin trust fonuna yapılması söz konusuysen, hakkaniyet tazminatı yaptırımında doğrudan lehtara bir ödeme yapıldığının şimdiden belirtilmesinde yarar vardır. Aşağıda öncelikle eski hâle iade, ardından da

sözleşmeden dönmeye paralel olduğu yönünde ayrıca bkz. **Hudson**, s. 869 (“ (...) *the second form of compensation is said to be ‘restorative’, in that it effects rescission (...)*”)

¹¹³⁵ **Burak Özen**, Haksız Zilyetlikte İade, Beta Yayınevi, 2003, s. 77 vd.; **Rona Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (bundan böyle ‘İfa Engelleri’), 7. bası, Filiz Kitapevi, s. 371 vd.

¹¹³⁶ Benzer yönde bkz. **Panesar**, s. 675.

¹¹³⁷ Bu konuya ilişkin eserlerde veya mahkeme kararlarında, trust ihlali türlerine ilişkin bir ayırım yapılmaksızın ‘*equitable compensation*’ ifadesi kullanıldığında, bununla kastedilenin ne olduğunun her zaman açık olmadığı belirtilmelidir. Bazı yazarlar bununla sadece aşağıda incelenecek olan nisbi talepler şemasındaki ikinci olasılık olan tazminatı kastetmekte, bazıları ise güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda devreye giren iki temel yaptırımı da bu başlık altında toplamaktadır. Bu yönde örneğin **Hudson**, s. 867 vd. Bu ikiliğin yol açtığı kavramsal karmaşaya ilişkin olarak bkz. **James Edelman**, An English Misturning With Equitable Compensation, Equitable Compensation and Disgorgement of Profit (ed. Simone Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, s. 92-95. Bu çalışmada ise hakkaniyet tazminatı (*equitable compensation*) ifadesi sadece ikinci olasılığa, yani tazminata karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır.

hakkaniyet tazminatı yaptırımları ve bunlarla bağlantılı tartışmalı hususlar incelenmeye çalışılacaktır.

b. Eski Hâle İade (*Restitution*)

- Eski Hâle İade Yaptırımı Nedir?

Trust fonunun hukuka aykırı bir şekilde kısmen ya da tamamen elden çıkarılması hâlinde devreye giren birincil yaptırımın bu ihlalin ortadan kaldırılması ve trust fonunun ihlalden önceki hâline iade edilmesi olduğundan yukarıda bahsedildi.¹¹³⁸

¹¹³⁸ **Gardner**, s. 238. Hatırlanacağı üzere trustın düzgün bir şekilde idare edilip edilmediğinin gözetilmesi, trustın lehtarının trustın belgelerine ve muhasebe bilgilerine erişiminin mümkün kılınmasıyla sağlanmaktadır. Bu doğrultuda, özellikle klasik tip aile trustları bakımından, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali ve hesap verme kavramlarının sıklıkla birlikte ele alındığı görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali sonucunda devreye giren ve bu başlığın konusunu oluşturan yaptırımlar şeması bu hâlini henüz almadan önce, güvenilenin sorumluluğunun hesap verme yükümlülüğü üzerinden belirlendiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla güvenilenin yükümlülüklerini ihlali söz konusu olduğunda geleneksel yaptırımın trust hukukuna özgü 'hesabın düzeltilmesi' (*account of administration*) olduğu kabul edilmiştir. Hesabın düzeltilmesi talebi, güvenilenin yukarıda incelenen hesap verme yükümlülüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Lehtarın hesapların incelenmesi sonucunda bir eksiklik ya da aksaklık olduğunu fark etmesi durumunda lehtarın güvenilene karşı ileri süreceği bu talebin iki şekilde karşımıza çıkması mümkündür. Bunlardan ilki, trust fonunun gereği gibi yönetilmemesi nedeniyle zarara uğraması durumunda devreye giren trust hesabının iyileştirilmesi (*surcharge*) talebidir. Buna göre lehtar trustın hesaplarını kontrol ettiğinde bu yönde bir ihlalin bulunduğunu tespit ederse, söz gelimi trust fonundan elde edilmesi gereken bir menfaatin elde edilmediğini veya hesaplara düşülmediğini görürse, lehtarın bir hesabı iyileştirmesini talep etme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Hesabın iyileştirilmesinden kasıt, söz konusu eksikliğin trust hesaplarının alacak (*credit*) kısmına yazılması ve ortaya çıkan hesap açığının güvenilenin şahsi mal varlığından karşılanmasıdır. Hesabın iyileştirilmesi talebi, aşağıda incelenen yaptırımlar şemasındaki üçüncü olasılığa (hakkaniyet tazminatı yaptırımına) denk gelmektedir. Bkz. **Rickett**, *Remedies*, s. 178. Krş. **Millett**, *Proprietary Restitution*, s. 310. Diğer talep ise trust fonunun trustın kurucu belgesine aykırı bir şekilde kısmen ya da tamamen devredilmesi ya da yok edilmesi durumunda trust hesabının sanki bu mal varlığı unsurları trust fonunda mevcutmuş gibi tahrif edilmesine/değiştirilmesine (*falsification*) ilişkindir. Bu durumda lehtarın trust fonunda yer alması gereken fakat mevcut olmayan bir mal varlığı unsurunu tespit etmesi üzerine hesabı tahrif etme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda trust hesaplarında ortaya çıkan açığı düzeltmek ve trust fonunu eski hâline döndürmek yine güvenilenin sorumluluğundadır. Bu doğrultuda hesabın tahrif edilmesi talebinin yine aşağıda incelenecek yaptırımlar şemasındaki ilk iki olasılıktaki yaptırımlara (fonda çıkarılan mal varlığı unsuruyla sınırlı aynen veya nakden tazmin yaptırımı) denk geldiğini söylemek mümkündür. Bkz. **Rickett**, *Remedies*, s. 178. Krş. **Millett**, *Proprietary Restitution*, s. 310. Hesabın düzeltilmesi yaptırımına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Matthew Conaglen**, *Equitable Compensation for Breach of Trust: Off Target* (bundan böyle 'Off Target'), *Melbourne University Law Review*, C. 40, 2016, s. 128-135; **Paul S. Davies**, *Remedies for Breach of Trust* (bundan böyle 'Remedies'), *The Modern Law Review*, C. 78, S. 4, 2015, s. 684 vd.; **Gardner**, s. 247 vd.; **Panesar**, s. 680-681;

Bu doğrultuda güvenilen, söz gelimi yasaklanan bir yatırım aracı satın almışsa bu ihlali düzeltmek için yapması gereken ilk şey bu yatırımı elden çıkarmak ve izin verilen araçlara yatırım yapmaktır.¹¹³⁹ Benzer yönde, trust fonundaki bir mal varlığı unsurunun trustın kurucu belgesine aykırı bir şekilde devredilmiş olması durumunda güvenileninin esas yükümlülüğü bu mal varlığı unsurunun trust fonuna aynen (*in specie*) iadesini sağlamaktır.¹¹⁴⁰

Aynen iadenin kural olması trustların gelişim sürecine bakıldığında şaşırtıcı olmasa gerektir.¹¹⁴¹ Zira geleneksel aile trustlarında genellikle bir taşınmaz ya da örneğin aile yadigarı bir taşınır gibi parça borçlarının trust fonunun konusunu oluşturduğu, bu nedenle menfaatler dengesinin sağlanması için aynen iadenin birincil yaptırım olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.¹¹⁴² Güvenilen, ancak aynen iadenin mümkün olmaması durumunda söz konusu mal varlığı unsurunun objektif parasal karşılığını trust fonuna devrederek (nakden iade) ihlali düzeltilmiş kabul edilmektedir.¹¹⁴³ Kuşkusuz güvenilenin trust fonunu ihlal olmasaydı içinde bulunacağı duruma geri getirmesi ve bunu yaparken (gerekliyse) kendi mal varlığından harcama yapması gerekmektedir.¹¹⁴⁴ Bu bağlamda eski hâle iade yaptırımıyla amaçlananın bir nevi *zamanda geriye gidilmesi* olduğunun ifade edildiği belirtilmelidir.¹¹⁴⁵

Penner, s. 318 vd.; **Webb/Akkouh**, s. 293 vd. Bu başlıkta hesabın düzeltilmesi talebi bağımsız bir şekilde ele alınmamıştır. Bunun yerine güvenilenin yükümlülüklerini ihlali, daha güncel mahkeme kararları ve öğreti vasıtasıyla şekillenen, muhasebeyle ilişkili olmaktan ziyade hukuki yaptırımlar olarak nitelendirilebilecek olan daha teknik bir yaptırımlar şeması üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır.

¹¹³⁹ **Gardner**, s. 238.

¹¹⁴⁰ **Cincelli**, s. 205; **Hudson**, s. 867; **Penner**, s. 318; **Watt**, s. 423.

¹¹⁴¹ **Cincelli**, s. 205.

¹¹⁴² Özellikle söz konusu mal varlığı unsurunun manevi bir değeri varsa ya da maddi değerinin artacağı düşünülüyorsa, bu mal varlığı unsurunun objektif parasal karşılığının yeterince tatmin edici olmayacağı ortadadır. Bu yönde bkz. **Hudson**, s. 866

¹¹⁴³ **Cincelli**, s. 205; **Hudson**, s. 866; **James E. Penner**, *The Beneficiary's Performance Interest in A Trust* (bundan böyle 'Performance Interest'), *Trusts and Modern Wealth Management* (ed. Richard C. Nolan/Kelvin F. K. Low/Tang Hang Wu), CUP, 2018, s. 281; **Thomas/Hudson**, s. 942; **Watt**, s. 423.

¹¹⁴⁴ **Penner**, s. 320-321; **Thomas/Hudson**, s.946; **Watt**, s. 423-424.

¹¹⁴⁵ *Lord Millett* bu faaliyeti açıklarken "saatin durdurulması" (*stopping the clock*) metaforunu kullanmaktadır. Bkz. **Millett**, *Equity's Place*, s. 225.

Dikkat edilirse nakden iade durumunda dikkate alınan bedel, lehtarın uğradığı sübjektif zarar değil; söz konusu mal varlığı unsurunu trust fonuna yeniden kazandırabilmek için harcanması gereken objektif tutar üzerinden hesaplanmaktadır.¹¹⁴⁶ Bu açıdan bakıldığında nakden iadenin aşağıda incelenecek olan hakkaniyet tazminatı yaptırımından farklı bir işleve ve dolayısıyla farklı tutamak noktalarına sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Eski hâle iade yaptırımı bağlamında güvenilenin görevi trust fonunu ihlalden önceki hâline getirmek olduğuna göre, güvenilenin lehtara doğrudan bir ödeme yapması söz konusu değildir. Güvenilenin mümkünse aynen, mümkün değilse nakden yaptığı bu iadenin adresi trust fonudur. Lehtarın menfaati ise bu şekilde ancak dolaylı olarak korunmaktadır. Özellikle kademeli lehtar yapısının söz konusu olduğu trustlarda, henüz trust fonundan somut bir menfaat elde etmeyen ikinci kademedeki lehtarın korunmasının tek yolu, bu süre boyunca trust fonunun usulüne uygun bir şekilde ve eksiltmeden idare edilmesidir.¹¹⁴⁷ Bu nedenle kademeli trust yapılarında lehtarlar arasında eşitliğin sağlanması ve ikinci kademedeki lehtarların trust ihlalinden olumsuz etkilenmelerinin engellenmesi için tek yolun eski hâle iade yaptırımı olduğu görülmektedir.¹¹⁴⁸

Eski hâle iade yaptırımı tazminattan ayrı bir yaptırım olarak düşünüldüğü için tazminat yaptırımına hâkim bazı ilkelerin de eski hâle iade bağlamında sorumluluğun kurulmasında ve kapsamının belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu kıstasların başında yukarıda belirtildiği gibi zarar kavramı gelmektedir. Bunun dışında öğretilerde nedensellik bağının da ancak tazminat yaptırımında devreye gireceği, bu nedenle eski hâle iadede nedensellik

¹¹⁴⁶ Dolayısıyla güvenilenin yükümlülüklerini ihlali neticesinde ortaya çıkan dolaylı zararların eski hâle iade bağlamında ileri sürülmesi mümkün değildir. Bkz. **Penner**, s. 318; **Rickett**, Remedies, s. 177. Sebepsiz zenginleşmede iade yükümlülüğü bakımından aynı yönde bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, s. 371-372.

¹¹⁴⁷ Kademeli trust yapısına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 116 vd.

¹¹⁴⁸ **Pettit**, s. 522.

araştırmasının yapılmaması gerektiğinin ileri sürüldüğü görülmektedir.¹¹⁴⁹ Bununla birlikte ihlal ve ortaya çıkan olumsuz sonuç arasında nedensellik bağının bulunmadığı bir sorumluluk rejiminin düşünülmesinin imkânsız olduğu ortadadır. Zira *Atamer*'in ifade ettiği gibi “*bir davranışın sorumluluk doğurabilmesi için meydana gelen zarar ile arasında bir sebep – sonuç ilişkisinin, bir nedensellik bağının, var olması gereği tartışma konusu yapılamayacak mantıksal bir postüladır*”.¹¹⁵⁰

Bu nedenle burada eski hâle iade kavramı üzerinden ileri sürülen önerinin nedensellik bağının tamamen dışlanması olarak düşünülmemesi gerekir.¹¹⁵¹ Burada yapılan öneri daha ziyade güvenilenin nedensellik bağının başka bir olayla kesildiği yönündeki iddiasının kabul edilmemesidir. Zira bu durumda güvenilenin kendi dışında gerçekleşen tabiri caizse şans eseri bir olay sayesinde sorumluluktan sıyrılması mümkün olabilmektedir ve bu sonuç, geleneksel görüşe göre trust hukuku bağlamında arzu edilen bir sonuç değildir.¹¹⁵² Bununla birlikte nedensellik bağına ilişkin bu bakış açısının birtakım adaletsiz sonuçlara yol açmasının muhtemel olduğu görülmektedir. Nitekim bu yönde güvenilenler aleyhine adaletsiz

¹¹⁴⁹ Bu yönde örneğin bkz. *Charles Mitchell*, *Stewardship of Property and Liability to Account* (bundan böyle ‘Stewardship’), *The Conveyancer and Property Lawyer*, C. 78, 2014, s. 223-224 (“ (...) *there is no need to show a causal link between a breach of duty by the steward and a loss sustained by the principal* (...)”); *Penner*, s. 318 (“*There is no inquiry into ‘causation’ for the loss.*”). Hâkim görüşün bu doğrultuda olduğu yönünde bkz. *Millett*, *Equity’s Place*, s. 217.

¹¹⁵⁰ *Yeşim M. Atamer*, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kavramları* (bundan böyle ‘Normun Koruma Amacı’), *Beta Yayınevi*, 1996, s. 39.

¹¹⁵¹ Benzer yönde bkz. *Target Holdings Ltd. v Redferns and Another* (Court of Appeal) [1994] 1 WLR 1089, 1098. Hâkim *Ralph Gibson J*: “*(The Judge of first instance) did not mean, when he referred to the point that “a defaulting trustee’s liability to restore the trust fund cannot be limited by the application of principles relating to the causation of damage” that no causal connection between the breach and the loss is required. I say that because, in my judgment, the requirement is unquestionably part of the law and it would be astonishing if it were not (...)*”

¹¹⁵² Örneğin bkz. *Target Holdings Ltd. v Redferns and Another*, Court of Appeal, [1994] 1 WLR 1089, 1106. Hâkim *Peter Gibson*: “*Bu sonuç yükümlülüklerini ihlal eden güvenilen bakımından sert ve acımasız gözükebilse de, hakkaniyet hukukunun güvenilenleri, üstlendikleri sadakat ve güvene dayalı yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeleri için her zaman sıkı bir sorumluluk rejimine tâbi tuttuğu unutulmamalıdır.*” (“*If this appears harsh treatment of a defaulting trustee, it has to be acknowledged that equity has always treated a defaulting trustee severely, no doubt (...) in exercise of its jurisdiction to keep persons in a fiduciary capacity up to their duty.*”)

bir durumun söz konusu olduğu bir uyuşmazlık neticesinde, Lordlar Kamarası'nın *Target Holdings Ltd v Redferns* kararıyla güvenilenin yükümlülüklerini ihlali olgusu ve zarar arasındaki nedensellik sorunsalının yeni bir boyut kazandığını söylemek mümkündür.¹¹⁵³

- Eski Hâle İade Yaptırımının Devreye Girmesi İçin Nedensellik Bağının Ortaya Konması Gerekli Midir?: *Target Holdings Ltd v Redferns* Kararı

Lordlar Kamarası'nın *Target v Redferns* kararının önemine değinmeden önce uyuşmazlık konusu olayın anlaşılması yol gösterici olacaktır. İlgili kararda¹¹⁵⁴ *Target Holding* (bundan böyle *Target*), *Crowngate* isimli bir şirkete bir taşınmaz alması için borç vermeyi kabul etmiş, taraflar bunun karşılığında ilgili taşınmaz üzerinde *Target* lehine taşınmaz rehni tesis edileceğini kararlaştırmıştır. *Target* borç vermeyi taahhüt ettiği meblağı, *Redfern* avukatlık şirketine devretmiş ve trustın kurucu belgesinde satın alma ve taşınmaz rehni tesisi işlemi tamamlanmadan söz konusu meblağın ödenmeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Satın alma ve ipotek tesisi işlemlerinin tamamlanmasından sonra güvenilen *Redfern*'in bu parayı satıcıya ödeyeceği kararlaştırılmıştır. *Redfern*, söz konusu meblağı henüz satın alma ve taşınmaz rehni işlemleri tamamlanmadan önce satıcıya devretmiş ve trust belgesine aykırı bu davranışıyla bu yükümlülüğünü ihlal etmiştir. *Crowngate*, vadesi gelmesine rağmen borcunu ödememiş ve akabinde iflas etmiştir. Bunun üzerine *Target*'ın taşınmaz rehni paraya çevirmek istemesi üzerine borçlu *Crowngate*'in söz konusu taşınmazın değerini gerçek değerinin neredeyse dört katı kadar yüksek gösterdiği anlaşılmıştır. Dolayısıyla *Target* alacağına ancak dörtte birini tahsil edebilmiş, geri kalanı içinse güvenilenin (*Redfern*'in) yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmıştır. *Target*, açtığı davayı eski hâle iade talebi

¹¹⁵³ *Target Holdings Ltd v Redferns* [1995] 3 WLR 352, [1996] A.C. 421.

¹¹⁵⁴ Karara konu olan uyuşmazlığa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Steven B. Elliott**, *Compensation Claims Against Trustees* (bundan böyle 'Compensation Claims'), Oxford University DPhil Thesis (yayınlanmamış doktora tezi), 2002, s. 145 vd.; **Penner**, s. 326 vd.; **Julie Ward**, *Equitable Compensation – An Overview, Equitable Compensation and Disgorgement of Profit* (ed. Simone Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, s. 75 vd.; **Webb/Akkouh**, s. 296 vd.

üzerine kurmuş ve trust fonunun ihlalden önceki hâline iadesini, başka bir deyişle trust ihlali sonucunda *Crowngate*'e ödenen tüm meblağın trust fonuna geri verilmesini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi hâkimi *Warner J*, *Target*'ın talebini kısmen kabul etmiş, bunun üzerine her iki taraf da mahkemenin kararına karşı istinaf talebinde bulunmuştur. İstinaf Mahkemesi ise oy çokluğuyla verdiği kararda, ilk derece mahkemesinin kararını davacı *Target* lehine bozmuş ve davacının uğradığını iddia ettiği zararın tamamının ödenmesine karar vermiştir. Daha açık bir ifadeyle İstinaf Mahkemesi'nin kararı sonucunda *Redfern*, *Target*'ın kendisine güvenilen olarak devrettiği meblağın tümünü geri ödemekle yükümlü kılınmıştır. İstinaf Mahkemesi'nin kararında davacı lehine oy kullanan hâkim *Peter Gibson*, mütalaasında şu ifadelerle yer vermiştir:

“Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali trust fonundaki paranın usulüne aykırı bir şekilde devredilmesi ve dolayısıyla trust fonunun bu nedenle o anda zarara uğraması suretiyle gerçekleşmişse, bu durumda daha fazla araştırma yapılmasına gerek yoktur, zira nedensellik bağının mevcut olduğu aşikârdır.”¹¹⁵⁵

Başka bir ifadeyle İstinaf Mahkemesi, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali sonucunda fondaki paranın usulüne aykırı olarak devredilmesi anında bir zararın oluştuğuna kanaat getirmiş ve adeta zamanı tam olarak bu anda dondurarak ihlalden sonra ortaya çıkan olguları ve bu olguların sebep olduğu öne geçen nedensellik gibi sorunları göz ardı etmiştir.¹¹⁵⁶ Lordlar Kamarası ise bu kararı bozarak güvenilenin yükümlülüklerini ihlali ve ortaya çıkan zarar arasından en azından mantıki

¹¹⁵⁵ *Target Holdings Ltd. v Redferns and Another* [1994] 1 WLR 1089, 1102 (“Where the breach consists in the wrongful paying away of trust moneys so that there is an immediate loss, no inquiry is necessary: the causal connection is obvious.”)

¹¹⁵⁶ *Target v Redferns* [1996] AC 421, 437 (“In effect, in the view of the Court of Appeal one 'stops the clock' at the date the moneys are paid away: events which occur between the date of breach and the date of trial are irrelevant in assessing the loss suffered by reason of the breach”)

nedensellik bağının kurulmasının sorumluluğun kurulması için bir zorunluluk olduğunu hükme bağlamıştır.¹¹⁵⁷

Türk hukuku açısından uyuşmazlık konusu olay dikkate alındığında ortada çok açık bir neden sonuç zinciri eksikliğinin bulunduğu ve davalı aleyhine sorumluluğun tesis edilmemesinin hem hukuken isabetli hem de sağduyulu bir sonuç olduğunu söylemek mümkündür. Zira ağırlaştırılmış bir sorumluluk rejiminin söz konusu olduğu haksız zilyetliğin iadesinde dahi, haksız zilyedin haksız zilyetlik söz konusu olmasaydı da aynı zararın ortaya çıkacağı yönündeki iddiasının kabul edildiği görülmektedir.¹¹⁵⁸ Ancak İngiliz hukukundaki duruşun, en azından *Target v Redferns* kararına kadar, bundan farklı olduğu görülmektedir. Bu nedenle bir *civil law* hukukçusu gözüyle bunun basit ve makul bir analiz olduğu düşünülebilse de; İngiliz hukuku özelinde ilgili kararın adeta bir hukuki devrim niteliğinde olduğu ifade edilmelidir.¹¹⁵⁹ Nitekim davacının talebinin ilk derece mahkemesince kısmen ve İstinaf Mahkemesi tarafından tamamen kabul edilmiş olması da bu teknik bakış açısının bir sonucu olarak göze çarpmaktadır.

Lordlar Kamarası'nın bu kararından önce hâkim olan görüşün temel dayanağı, güvenilenlerin tâbi olduğu sorumluluk rejiminin ağırlaştırılmış bir rejim olması gerektiği düşüncesidir.¹¹⁶⁰ Başka bir ifadeyle eski hâle iade yaptırımında

¹¹⁵⁷ Bu kararın öğretide birtakım eleştirilere maruz kaldığı belirtilmelidir. Örneğin bkz. *Millett, Equity's Place*, s. 223-225; *Millett, Proprietary Restitution*, s. 311 vd.; *Penner*, s. 327-329. Karara yöneltilen eleştirilerin bir özeti için bkz. *Ward*, s. 76-78. Kararı destekler yönde bkz. *Webb/Akkouh*, s. 296 vd.

¹¹⁵⁸ *Özen*, s. 195.

¹¹⁵⁹ Benzer yönde bkz. *Thomas/Hudson*, s. 945. Lordlar Kamarası'nın 1995 tarihli bu kararı, en son 2014 yılında Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) tarafından da teyit edilmiştir. İlgili karar için bkz. *AIB Group UK plc v Mark Redler & Co Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503, 1527 (" (...)I consider that it would be a backward step for this court to depart from Lord Browne-Wilkinson's fundamental analysis in *Target Holdings* (...).") *AIB v Redler* kararına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Davies, Remedies*, s. 682 vd.; *Paul S. Davies, Compensatory Remedies for Breach of Trust* (bundan böyle 'Compensatory'), *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, C. 2, S. 1, 2016, s. 68 vd.; *Edelman*, s. 96-98; *Ward*, s. 81-84.

¹¹⁶⁰ Benzer yönde bkz. *Conaglen, Off Target*, s. 139; *Hudson*, s. 857. Ayrıca bkz. *Joshua Getzler, Equitable Compensation and The Regulation of Fiduciary Relationships* (bundan böyle 'Equitable Compensation'), *Restitution and Equity Vol. 1 – Resulting Trusts and Equitable Compensation* (ed. Peter Birks/Francis Rose), LLP Publishing, 2000, s. 240 vd. Krş. *Rickett, Choosing the Right Horse*, s. 176-177.

nedensellik bağının aranmaması gerektiği yönündeki görüşün ancak güvenilenin yükümlülüklerini ihlali kavramının arkasında yatan ve sözleşme ile haksız fiil hukukuna hâkim olanlardan ayrılan hukuk politikası tercihleriyle açıklanması mümkündür.¹¹⁶¹ Hatırlanacağı üzere güvenilen, başkasının menfaatini gözeten ve bu nedenle önemli yükümlülükler ve bunlara bağlanan yaptırımlara maruz kalan,¹¹⁶² kendisinden vicdanıyla ve kendisine duyulan güvene uygun bir şekilde hareket etmesi beklenen biri konumundadır.¹¹⁶³ Bu yönüyle de güvenilenin her zaman ilk başta kendi menfaatlerini gözeten sözleşme tarafından ayrıldığı kabul edilmektedir.¹¹⁶⁴

Bununla birlikte, sorumluluğun tesisi için şart teorisi (*but for test*) üzerinden kurulan nedensellik bağının dahi dışlanması anlamlandırılması güç bir fikir olduğu itiraf edilmelidir.¹¹⁶⁵ Bu doğrultuda Lordlar Kamarası da isabetli olarak *equity* mahkemelerinin güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda tazminata hükmedebilmeleri için de sözleşme ve haksız fiil hukukunda olduğu gibi, zarar ve

¹¹⁶¹ Bkz. **Rickett**, Remedies, s. 176. (“*The obligation breached here has very particular characteristics – of both policy and legal doctrine – that require the compensatory response to be rather strict and inflexible (...)*” Ayrıca bkz. **Millett**, Equity’s Place, s. 216. Nitekim aynı nedenden dolayı, aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere, sözleşmenin ihlalinde borçlunun elinde olan birtakım sorumluluğu sınırları hukuki araçların da güvenilene kesin bir şekilde sunulmamış olması şaşırtıcı olmasa gerektir. Bkz. aşağıda s. 343 vd.

¹¹⁶² Hatırlanacağı üzere özellikle *fiduciary* yükümlülükler söz konusu olduğunda menfaat devri yaptırımının öngörülmesinin temel sebebi de tam olarak güvenilenin bulunduğu konumu suistimal etmesi yönünde bir güdüsü varsa bunun yok edilmesi ve bu şekilde trust kurumuna olan güvenin sağlanması olduğu düşünülmektedir. Buna ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 257 vd.

¹¹⁶³ **Hudson**, s. 871.

¹¹⁶⁴ Benzer yönde bkz. **Katy Barnett**, Equitable Compensation and Remoteness: Not So Remote From the Common Law After All, University of Western Australia Law Review, C. 38, S. 1, 2014, s. 48-49.

¹¹⁶⁵ Şart teorisi (veya mantiki nedensellik kavramı) uyarınca bir neden gerçekleşmemiş olsaydı söz konusu sonuç meydana gelmeyecektiye, bu durumda neden sonuç ilişkisi kurulmuş kabul edilir. Bu doğrultuda, bir olgunun istisnai ve olağanüstü nitelikte bir sonuca yol açması, mantiki nedensellik ilişkisinin kurulması bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Bkz. **Atamer**, Normun Koruma Amacı, s. 40; **Fikret Eren**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi (bundan böyle ‘İlliyet’), Sevinç Matbaası, 1975, s. 21 vd.; **Kerem Cem Sanlı**, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi (bundan böyle ‘Haksız Fiil’), Arıkan Yayınevi, 2007, s. 266; **Haluk Tandoğan**, Türk Mesuliyet Hukuku (bundan böyle ‘Mesuliyet’), 1961, s. 75; **Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, 1993, s. 573. Zarar ve ihlal arasında nedensellik bağı aranmaması gerektiği yönünde bkz. **Elliott**, Compensation Claims, s. 158 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Webb/Akkouh**, s. 296.

ihlal arasında mutlaka bir neden sonuç ilişkisi bulunması gerektiğini ifade etmiş ve bu doğrultuda güvenilenlerin, ihlal söz konusu olmasaydı dahi aynı zararın ortaya çıkacağı yönündeki savunmalarının (başka bir ifadeyle *novus actus intervenies* iddiasının) hukuken geçerli olabileceğine hükmetmiştir.¹¹⁶⁶

c. Hakkaniyet Tazminatı (*Equitable Compensation*)

• Hakkaniyet Tazminat Yaptırımını Nedir?

Hakkaniyet tazminatı kavramını açıklamaya geçmeden önce, bunun trust hukukuna görece yeni girmiş ve henüz gelişimini tamamlamamış tartışmalı bir kavram olduğu ifade edilmelidir.¹¹⁶⁷ Esasen mülkiyet bileşenini haiz olmayan söz gelimi avukatlık veya finans danışmanlığı gibi güven ve sadakate dayalı ilişkiler bağlamında gelişen hakkaniyet tazminatı kavramının, yukarıda incelenen *Target v Redferns* kararı neticesinde güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda devreye giren yaptırımlar arasında görülmeye başlandığı söylemek mümkündür.¹¹⁶⁸

Hakkaniyet tazminatı yaptırımının eski hâle iadedden ayrıldığı birçok nokta vardır. Bunların başında hakkaniyet tazminatında eski hâle iadenin aksine zarar kıstasının esas alınmasıdır.¹¹⁶⁹ Hatırlanacağı üzere nakden iadenin kapsamı belirlenirken,

¹¹⁶⁶ *Target v Redferns* [1996] A. C. 421, 434 (“(...) there does have to be some causal connection between the breach of trust and the loss to the trust estate for which compensation is recoverable, viz. the fact that the loss would not have occurred but for the breach (...)”)

¹¹⁶⁷ **Burrows**, s. 10; **Elliott**, *Compensation Claims*, s. 62-63; **Charles Rickett**, *Equitable Compensation: Towards a Blueprint?* (bundan böyle ‘Blueprint’), *Sydney Law Review*, C. 25, 2003, s. 31. Bu noktada nakden iade yaptırımının bazı yazarlarca “ikame edici tazminat” (*substitutive compensation*) olarak da anıldığı belirtilmelidir. Buna karşılık aynı yazarlarca trust fonunun uğradığı zararı konu alan hakkaniyet tazminatı ise “düzeltici tazminat” (*reparative compensation*) olarak nitelendirilmektedir. Bu ayırım ilk olarak *Steven Elliott* tarafından “*Compensation Claims Against Trustees*” konulu doktora tezinde yapılmıştır. Bkz. **Elliott**, *Compensation Claims*, s. 50-51. Bu ayırımı kullanan diğer yazarlar için bkz. **Conaglen**, *Off Target*, s. 150; **Simone Degeling/Jason Ne Varuhas**, *Equity’s Personal Monetary Remedies, Equitable Compensation and Disgorgement of Profit* (ed. Simone Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, s. 8; **Hudson**, s. 869; **Ward**, s. 73-75. Benzer bir ayırım için bkz. **Penner**, *Performance Interest*, s. 281.

¹¹⁶⁸ **Elliott**, *Compensation Claims*, s. 62-63. Hakkaniyet tazminatı (*equitable compensation*) ifadesinin ilk kez kullanıldığı karar için bkz. *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932, 952.

¹¹⁶⁹ **Thomas/Hudson**, s. 942.

trust fonundan usulsüzce çıkarılan mal varlığı unsurunun dava tarihindeki¹¹⁷⁰ objektif değeri dikkate alınmakta, bunun dışında uğranılan başkaca herhangi bir zararın eski hâle iade talebinin kapsamına girmediği kabul edilmektedir. Buna karşılık hakkaniyet tazminatının odak noktası güvenilenin yükümlülüklerini ihlali neticesinde uğranılan zarar olmaktadır. Bu doğrultuda hakkaniyet tazminatına ilişkin talebin kapsamına hem doğrudan hem de dolaylı zararların (*consequential loss*) girdiği ifade edilmelidir.¹¹⁷¹ Ayrıca hangi zararların tazmin edilebilir olduğu

¹¹⁷⁰ **Thomas/Hudson**, s. 953-954. Özellikle dalgalı piyasalarda zararın hangi tarih esas alınarak hesaplanacağı sorusunun yanıtı önem taşımaktadır. Bu durumda birkaç ihtimalin söz konusu olduğu görülmektedir. İlk ihtimal, zararın ortaya çıktığı andaki bedelin dikkate alınmasıdır. İkinci ihtimal ise dava/hüküm tarihindeki bedelin esas alınmasıdır. Bir diğer seçenek ise zararın ortaya çıkması ve dava/hüküm tarihi arasındaki en yüksek ara noktadaki bedel üzerinden bir hesaplama (*highest intermediate approach*) yapılmasıdır. *Jaffray v Marshall* [1993] 1 WLR 1285 davasında bu son yaklaşım benimsenmiştir. Buna karşılık Lordlar Kamarası *Target v Redferns* kararıyla bu yaklaşımı reddetmiş ve dava tarihindeki bedelin tazminatın kapsamının belirlenmesinde esas alınması gerektiğini hükme bağlamıştır.

¹¹⁷¹ **Cincelli**, s. 206. Bu noktada burada bahsi geçen dolaylı zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde düşünülmelidir. Özetle, dolaylı zarar olarak tercüme ettiğimiz ve *common law* sistemlerinin bir parçası olan *consequential loss* kavramı, bir sözleşme ihlali ya da haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zararlardan öngörülebilir olmayanları ifade etmek için kullanılan bir ifadedir. Bu konudaki ilke kararı olan *Hadley v Baxendale* kararında, dolaylı zararların sözleşmenin kurulması sırasında taraflar tarafından bir sözleşme ihlalinin olağan sonucu (*probable result*) olarak nitelendirilemeyen zararlar olduğu ifade edilmiştir. Buna karşılık hayatın olağan akışına göre belirli bir sözleşme ihlalinin takip eden tipik zararlar 'genel zararlar' (*general damages*) olarak adlandırılmakta ve tamamen tazmin edilebilmektedir. Bu konuda örneğin bkz. **Melvin A. Eisenberg**, *The Principle of Hadley v Baxendale*, *California Law Review*, C. 80, 1992, s. 563 vd. Kısacası *common law* sisteminde doğrudan/genel ve dolaylı zararların öngörülebilirlik kıstası ile birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda yapılan doğrudan ve dolaylı zarar ayırımının bu şablona her zaman uymadığı belirtilmelidir. Aynı yönde bkz. **Sanlı**, *Sözleşme*, s. 115, dn. 349. TBK'nın genel hükümlerinde doğrudan ve dolaylı zarar ayırımına rastlamak mümkün değildir. Ne sözleşmeye aykırılıkta tazminat yükümlülüğünün düzenlendiği TBK m. 112 hükmünde ("*... alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*"), ne de haksız fiil failinin sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 49 hükmünde ("*... bu zararı gidermekle yükümlüdür.*") bu şekilde bir ayrıma yer verilmiştir. Buna karşılık 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde tıpkı *common law* sistemlerinde olduğu gibi zararın sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olup olmadığını temel alan bir sistem benimsendiği görülmektedir. Eski Federal Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "*Les dommages et intérêts dus par le débiteur comprennent en tout cas le préjudice qui a pu être prévu, au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution imparfaite de ce contrat.*" Bu hüküm ve bu hükmün getirdiği öngörülebilirlik kıstası ile doğrudan/dolaylı zarar ayırımı, 1911 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu'na ve bunu takiben 818 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunlarına alınmıştır. Bununla birlikte benzer bir terminolojinin (doğrudan zararlar ve diğer zararlar), satım sözleşmesine ilişkin TBK m. 217 ve TBK m. 229 hükümlerinde korunduğu görülmektedir. Satım sözleşmesindeki ilgili hükümlerin TBK'nın geri kalanından kopuk olması, bu hükümlerin yorumlanmasına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Söz konusu tarihsel gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

belirlenirken, ihlal ve zarar arasında mantıki nedensellik bağının bulunmasının yeterli kabul edildiği, uygun nedensellik bağıyla benzer işleve sahip sorumluluğu sınırlandırıcı hukuki araçların, örneğin zararın uzaklığı öğretisinin, kural olarak hakkaniyet tazminatı bağlamında dikkate alınmadığı ifade edilmelidir. Aşağıda zararın uzaklığı öğretisi ve bunun hakkaniyet tazminatı talebi karşısındaki durumu ayrıca incelenecektir; ancak şimdiden hakkaniyet tazminatına ilişkin talebin kapsamının kural olarak nedensellik zinciri içindeki her türlü zararı kapsayacak derecede geniş olduğu belirtilmelidir.¹¹⁷²

Uygulamada hakkaniyet tazminatının önemi özellikle sona ermiş trust yapılarında kendini göstermektedir. Güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinin trustın bir şekilde sona ermesinden sonra ortaya çıkması durumunda lehtarın trust fonunun eski hâline

Doğan Kara, İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı, GSÜHFD 2018/1, s. 486-492; **Çiğdem Kırca**, Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar Ayrımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 434-438. Bu doğrultuda ileri sürülen görüşlerden biri, Türk-İsviçre hukukunda doğrudan ve dolaylı zarar kavramının olumsuz – olumlu zarar kavramlarına karşılık geldiği yönündedir. Nitekim TBK Tasarısı'nın gerekçesinde de (Tasarı m. 216), doğrudan zarar ile kastedilenin olumsuz zarar, dolaylı zarar ile kastedilenin ise olumlu zarar olarak algılanması gerektiği ifade edilmiştir.) Bir diğer görüşe göre ise tarihsel yorum metodu kabul edilerek, doğrudan – dolaylı zarar ayrımı, nedensellik bağının sıklığına ve öngörülebilirliğe ilişkin bir ayırım olarak düşünülmelidir. Bu görüşte bkz. **Kara**, s. 552. Bu görüşün benimsenmesi durumunda Türk hukukundaki dolaylı zarar kavramı ile *common law* sistemlerindeki *consequential loss* kavramlarının örtüşmesi mümkündür. Haksız fiil hukukunda ise doğrudan – dolaylı zarar ayrımına başka bir anlam yüklendiği görülmektedir. Buna göre hukuka aykırı fiili takip eden sonuçlardan, nedensellik zincirinin ilk halkasında bulunanlar doğrudan zarar, bunu takip eden halkalarda yer alanlar ise dolaylı zarardır. Başka bir deyişle doğrudan zarar, nedensellik sürecinde araya ek bir unsurun daha girmediği zararlar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 42; **Tandoğan**, Mesuliyet s. 70; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu**, s. 565. Haksız fiil hukukunda kabul edilen bu nedenselliğin sıklığına ilişkin bakış açısının, sözleşme hukukunda da benimsenmesinin isabetli olacağı yönünde bkz. **Kadir Berk Kapancı**, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 60-61. Sonuç olarak haksız fiil hukuku bağlamında da dolaylı zarar ve *consequential loss* kavramlarının her zaman örtüşmeyebileceği ifade edilmelidir. Aynı yönde bkz. **Sanlı**, Sözleşme, s. 115, dn. 349. Güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinde eski hâle iade durumunda hükmedilecek bedelin kapsamına sadece trust fonundan usulsüzce çıkarılan mal varlığı unsurunun objektif değeri girdiği için, burada kullanılan 'dolaylı zararlar' ifadesinin hem Türk haksız fiil hukukundaki anlamıyla dolaylı zarar kavramına, hem de *common law*'da atipik, tesadüfi ve uzak zararları tanımlamak amacıyla kullanılan dolaylı zarar (*consequential loss*) kavramına denk geldiğini söylemek mümkündür.

¹¹⁷² **Barnett**, s. 7; **Elliott**, Remoteness, s. 590-591. Benzer yönde bkz. **Getzler**, Equitable Compensation, s. 249.

iadesini talep etmesinin mantıklı olmadığı ortadadır. Bu durumda lehtar, hakkaniyet tazminatı yoluyla güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi neticesinde trust fonunun uğramış olduğu zararın doğrudan kendisine ödenmesini talep edebilmektedir.¹¹⁷³ Bunun dışında klasik aile trustlarının aksine kademeli bir yapıya sahip olmayan, hatta tek bir lehtar için kurulmuş olmanın yanı sıra tek bir iş için kurulan ve ticaret hayatında sıkça karşılaşılan basit trust yapıları bakımından da eski hâle iade yerine hakkaniyet tazminatının daha isabetli olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁷⁴ Son olarak, trust fonunun izinsiz bir şekilde kısmen veya tamamen devredilmesi dışında bir ihlal söz konusu olduğunda devreye girebilecek tek yaptırımın hakkaniyet tazminatı olduğu, zira eski hâle iadenin doğası gereği ancak ilk olasılığa uygun olduğunun altı çizilmelidir.

Eski hâle iade ve hakkaniyet tazminatının seçimlik (alternatif) değil, birikimli (kümülatif) olduğu ifade edilmelidir.¹¹⁷⁵ Dolayısıyla lehtar, trust fonunun izinsiz bir şekilde kısmen ya da tamamen devri hâlinde bu mal varlığı unsurunun trust fonuna iadesini talep edebileceği gibi, uğramış olduğu bir zarar varsa bunun tazminini de

¹¹⁷³ **Cincelli**, s. 206; **Gardner**, s. 241; **Pettit**, s. 522-523; **Thomas/Hudson**, s. 952. Aynı yönde bkz. *Target Holdings Ltd v Redfems* [1995] 3 WLR 352, [1996] AC 421, 434.

¹¹⁷⁴ *Target v Redfems* kararına konu olan uyumsuzlukta da ticaret hayatında kullanılan bir basit trust yapısının mevcut olduğu hatırlatılmalıdır. İlgili kararda Lord *Browne-Wilkinson*, ticaret hayatında kullanılan bu basit trust yapıları ile geleneksel aile trustlarına uygulanacak kuralların yeniden düşünülmesi gerektiğini ifade etmiş ve ilki bakımından hakkaniyet tazminatı yaptırımının uygun yaptırım olduğunun sinyalini vermiştir. Bkz. *Target v Redfems* [1996] AC 421, 435. Aynı yönde bkz. *AIB v Redler* [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503, 1544. Ayrıca bkz. **Conaglen**, Off Target, s. 127, 153; **Hayton**, Unique Rules, s. 305; **Rickett**, Blueprint, s. 42-43; **Watt**, s. 426. Bu ayrımın eleştirisi için bkz. **Millett**, Equity's Place, s. 224-225; **Ward**, s. 86-87.

¹¹⁷⁵ **Breen**, s. 333; **Elliott**, Compensation Claims, s. 200-203. Krş. **Cincelli**, s. 206-207; **Hudson**, s. 869. Örneğin trust fonunda yer alan (A) şirketi hisselerinin trust belgesine aykırı bir şekilde Mart ayında 10.000 TL karşılığında satıldığını düşünelim. Nisan ayında şirkette kâr dağıtımı olmuş olsun. Temmuz ayında ise aynı sayıdaki hissenin değeri 15.000 TL'ye karşılık gelsin. Bu durumda Ağustos ayında lehtarın eski hâle iadeyi talep etmesi durumunda güvenilenin, aradaki 5.000 TL'lik farkı kendi mal varlığından karşılayarak (A) şirketindeki hisseleri satın alıp trust fonuna devretmesi gerekmektedir. Bu, eski hâle iade yaptırımının bir sonucudur. Aradaki aylarda yapılmış kâr dağıtımı ise ihlale bağlı bir zarardır ve bunun eski hâle iade bağlamında talebi mümkün değildir; bunun için lehtarın ayrıca bir hakkaniyet tazminatı talebinde bulunması gerekmektedir. Benzer bir örnek için bkz. **Penner**, s. 318-319.

talep edebilecektir. Kuşkusuz iki talebin birikimli olarak ileri sürülebilmesinin tam tazmin ilkesiyle sınırlı olduğu belirtilmelidir.¹¹⁷⁶

- Hakkaniyet Tazminatının Kapsamı Nasıl Belirlenir?: Zararın Uzaklığı Kavramı Üzerinden Sorumluluğun Sınırlandırılması Meselesi

Hakkaniyet tazminatı bakımından yapılan en hararetli ve güncel tartışmalardan biri, güvenilenin sorumluluğunun sözleşme ve haksız fiil hukukunda olduğu gibi tesadüfi, istisnai, olağanüstü veya uzak olarak nitelendirilebilecek zararlar karşısında sınırlandırılmasına ilişkindir. Bilindiği üzere sözleşme ve haksız fiil hukukunda borçlunun tazminat sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, borçlu kusurlu dahi olsa, sorumluluğun öngörülemez ve sınırsız bir şekilde genişlememesi için birtakım hukuki araçlardan yararlanır.¹¹⁷⁷ Türk hukukunda hem sorumluluğun kurulması hem de sorumluluğun sınırlandırılması bakımından uygulanan hâkim teori uygun nedensellik bağı teorisi dir.¹¹⁷⁸ Buna göre bir olgu ile sonuç arasında nedensellik bağının kurulabilmesi için, bu olgunun ortaya çıkan sonucun *uygun nedeni* olması gerekmektedir.¹¹⁷⁹ Bundan kasıt, söz konusu olgunun olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre ilgili sonucu doğurmaya elverişli olmasıdır.¹¹⁸⁰ İngiliz hukukunda ise bu amacın gerçekleştirilmesi için sözleşme

¹¹⁷⁶ Breen, s. 333; Elliott, Compensation Claims, s. 201.

¹¹⁷⁷ Sorumluluğun kapsamının belirsiz olmasının adaletsiz sonuçlara yol açabileceği yönünde bkz. Atamer, Normun Koruma Amacı, s. 40-41; John Cartwright, Remoteness of Damage in Contract and Tort: A Reconsideration, Cambridge Law Journal, C. 55, S. 3, 1996, s. 488. Sorumluluğun kapsamının belirsiz olmasının ekonomik açıdan etkin bir sonuç olmadığı yönünde bkz. Sanlı, Haksız Fiil, s. 273; Sanlı, Sözleşme, s. 541. Buna karşılık sebepsiz zenginleşme hukukunda uygun nedenselliğin değil, mantıki nedensellik bağının arandığı belirtilmelidir. Bunun nedeninin uygun nedensellik kuramının sebepsiz zenginleşmenin doğasıyla bağdaşmaması olduğu ifade edilmektedir. Bkz. M. Turgut Öz, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme (bundan böyle 'Sebepsiz Zenginleşme'), Kazancı Yayınları, 1990, s. 46.

¹¹⁷⁸ Atamer, Normun Koruma Amacı, s. 41; Eren, İlliyyet, s. 54; Oğuzman/Öz, C. II, s. 45; Sanlı, Haksız Fiil, s. 284; Tekinay/Akman/Burcuoğlu, s. 573.

¹¹⁷⁹ Uygun sebep kavramına ilişkin farklı tanımlamalar için bkz. Atamer, Normun Koruma Amacı, s. 42-44.

¹¹⁸⁰ Eren, İlliyyet, s. 52; Oğuzman/Öz, C. II, s. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu, s. 573.

hukukunda öngörülebilirlik (*foreseeability*),¹¹⁸¹ haksız fiil hukukunda ise zararın uzaklığı (*remoteness*) kavramlarından yararlanılmaktadır.¹¹⁸² Buna karşılık sorumluluğun bu kavramlar üzerinden sınırlandırılması fikrine güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda, yukarıda incelenen hukuk politikası tercihleri sebebiyle aynı ağırlığın verilmediği görülmektedir.¹¹⁸³

¹¹⁸¹ Bu konudaki ilke kararı için bkz. *Hadley v Baxendale* [1854] EWHC J70. Türk hukukunda miktarı tam olarak ispat edilemeyen (spekülatif) zararlar açısından benzer bir kıstasın (TBK m. 114/2 vasıtasıyla uygulanacak olan) TBK m. 50/2'de yer aldığı belirtilmelidir. Bu yönde bkz. Sanlı, *Sözleşme*, s. 541, dn. 1758. Bununla birlikte ortaya çıkmış, miktarı ispat edilebilen fakat öngörülebilir olmayan zararlar bakımından ilk bakışta bir dışlama yapılmadığı düşünülebilir. (Nitekim bu yönde bkz. *Tandoğan*, *Mesuliyet*, s. 430.) Zira Kanun'da bu yönde açık bir hüküm yoktur. Ancak haksız fiil hukukunda olduğu gibi sözleşmesel sorumlulukta da uygulanan uygun nedensellik bağı teorisi dikkate alındığında bu önermenin tam anlamıyla doğru olmadığı görülecektir. Bununla birlikte uygun nedensellik ve öngörülebilirlik kavramlarının ikisinin de aynı işleve hizmet ettiği, ancak öngörülebilirliğin ve uygunluğun tespit edilmesi bakımından farklı zaman dilimlerini esas aldığı belirtilmektedir. CISG m. 74'te de yer alan ve bu şekilde Türk iç hukukunun da bir parçası hâline gelen öngörülebilirlik, sözleşmenin kurulması anını esas almakta, buna karşılık uygun nedensellik bağı teorisi doğası gereği sözleşmenin ihlalini veya haksız fiilin gerçekleştiği zamanı temel almaktadır. Bkz. *Atamer*, CISG, s. 448; *Tuba Birinci Uzun*, CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlanması, DEÜHFD, C. 16, S. 1, 2014, s. 184.

¹¹⁸² *Thomas/Hudson*, s. 954. Sözleşme hukukunda uygulanan öngörülebilirlik kıstasının, haksız fiilde devreye giren zararın uzaklığı kavramına kıyasla daha yüksek bir eşik getirdiği kabul edilmektedir. Bkz. *Cartwright*, özellikle s. 492 vd. Ayrıca bkz. *Koufos v. C. Czarnikow, Ltd. (The Heron II)*, [1969] 1 AC 350. Zararın uzaklığı kavramına ve bu kavramın *ratio*'suna ilişkin olarak bkz. *Barnett*, s. 51 vd. Kuşkusuz kasten verilen zararlar açısından zararın uzaklığı ilkesi devreye girmemektedir. Bu durumda zarar veren, doğrudan ve dolaylı tüm zararları tazminle yükümlüdür. Bkz. *Elliott*, *Remoteness*, s. 589. Krş. *Burrows*, s. 10; *Cartwright*, s. 508-510. Haksız fiil hukukunda (uygun nedensellik bağının yanı sıra) hukuka aykırılık unsuru ile bağlantılı salt ekonomik zararların tazmin edilmezliği ilkesinin de benzer bir işleve sahip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. *Penner*, *Performance Interest*, s. 284. Öngörülebilirlik (*foreseeability*), kısaca sözleşme taraflarının sözleşmenin kurulması sırasında, borçlarını ihlal etmeleri durumunda ortaya çıkabilecek zararları öngörebilmesi anlamına gelmektedir. Haksız fiil hukukunda sorumluluğun sınırlandırılması için kullanılan zararın uzaklığı (*remoteness*) kavramı ise, tıpkı uygun illiyet bağı teorisinde olduğu gibi, haksız fiil failinin bu fiili sonucunda ortaya çıkan atipik, olağanüstü, sürpriz zararlardan sorumlu tutulmaması fikrini esas almaktadır. Bu nedenle bu kıstas bakımından esas alınan ihlalin gerçekleştiği zaman dilimi olduğunu söylemek mümkündür. Çalışmanın bu kısmında zararın öngörülebilirliği yerine zararın uzaklığı kavramından hareket edilmesinin sebebi şudur: Özellikle uzun süreli trust yapılarında güvenilenin değişmesi olası bir durumdur. Bu ihtimalde trustın kuruluşu aşamasında trust ihlalinin sonuçlarının öngörülebilir olup olmadığının değerlendirilmesi anlamsızdır. Öte yandan her trust yapısında paralel bir sözleşmenin de bulunmadığı hatırlanmalıdır. Bu nedenle haksız fiilde sorumluluğun sınırlandırılması hususunda kullanılan ve ihlal anını esas alan *remoteness* kavramının güvenilenin yükümlülüklerini ihlali hususunun doğasına daha uygun olduğunu söylemek mümkündür. Güvenilenin yükümlülüklerinin ihlali durumunda öngörülebilirliğin ihlal anının esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. *Davies*, *Compensatory*, s. 104.

¹¹⁸³ Örneğin bkz. *Getzler*, *Equitable Compensation*, s. 244. ("The but for causal test (...) amounts to a policy decision: that breach of fiduciary obligations ought to be treated with especial severity in order to pursue a policy of deterrence, that is the prophylactic defense of guarded relationships.")

Common law'da sözleşme ve haksız fiil tazminatı bağlamında kullanılan bu hukuki araçlara hakkaniyet hukukunda, özellikle güvenilenin yükümlülüklerini ihlali söz konusu olduğunda yer olmadığını hâkim *Street J*, 1966 tarihli *Re Dawson* kararında şu sözlerle ifade etmiştir: “[Güvenilenin yükümlülüğünün] özelliklerinden biri ise *common law*'da zararın uzaklığına ilişkin kurallarla sınırlı olmamasıdır.”¹¹⁸⁴ Bu bakış açısının, *Re Dawson* kararından otuz yıl sonra verilen ve yukarıda incelenen *Target v Redferns* kararında da genel hatlarıyla sürdürüldüğünü söylemek mümkündür.¹¹⁸⁵ Lordlar Kamarası'nın bu kararında güvenilenin yükümlülüklerini ihlali neticesinde ortaya çıkan zararın hayatın olağan akışına uygun olmayan, atipik ve tesadüfi nitelikte olduğuna ilişkin iddiaların kabul edilmeyeceği; başka bir deyişle sorumluluğun kapsamını sınırlandırıcı zararın öngörülebilirliği ve uzaklığı gibi hukuki araçların *equitable* tazminat sistemi açısından uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁸⁶

Bu doğrultuda Türk hukukundaki vekaletsiz iş görme durumunda devreye giren sorumluluk rejimine paralel bir hukuki düzenin mevcut olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. TBK m. 527/2 bu açıdan önem arz etmektedir. İlgili hükme göre “İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse

¹¹⁸⁴ *Re Dawson* [1966] 2 NSW 211, 214. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Elliott*, *Compensation Claims*, s. 165-167. Hâkim *Street J*'in ilgili pasajına *Target v Holdings* kararında da yer verilmiştir. Bkz. *Target Holdings Ltd v Redferns* [1996] A. C. 421, 424. Bununla birlikte *Elliott*, *Re Dawson* kararının trust fonunun usulsüz bir şekilde elden çıkarılması hâline ilişkin olduğunu, bu durumlarda zaten zarar kavramı esas alınmadığı için zararın uzaklığının da önemsiz olduğunu, bu nedenle ilgili karara hakkaniyet tazminatının kapsamının belirlenmesi hususunda yapılan göndermelerin isabetsiz olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Elliott*, *Remoteness*, s. 591.

¹¹⁸⁵ Bu yaklaşımın *AIB v Redler* kararında da sürdürüldüğü görülmektedir. Bkz. *AIB v Redler* [2014] UKSC 58, [2015] AC 1503, 1544. (“*The foreseeability of loss is generally irrelevant (...)*”)

¹¹⁸⁶ Kararın ilgili bölümü için bkz. *Target v Redferns* [1996] AC 421, 434 (“*Thus the common law rules of remoteness of damage and causation do not apply. (...)*” Öğretide aynı yönde bkz. *Hayton*, *Unique Rules*, s. 296-297; *Hudson*, s. 870-871; *Lewin on Trusts*, s. 1563; *Mitchell*, *Stewardship*, s. 224; *Panesar*, s. 682. Kuşkusuz ne *Re Dawson* ne de *Target v Redferns* kararları trust ihlalinde uzak, atipik, dolaylı zararların tazminatı kapsamında olduğuna ilişkin ilk kararlardır. Daha eski kararlara örnek olarak bkz. *Caffrey v Darby* [1801] 6 Ves 488; *Fyler v Fyler* (1841) 3 Beav 550.

sorumluluktan kurtulur.” İlgili hüküm uyarınca yasaklamaya rağmen vekaletsiz iş görenin de beklenmeyen zararlardan sorumlu olduğu genişletilmiş veya ağırlaştırılmış bir sorumluluk rejimine tâbi tutulduğu görülmektedir.¹¹⁸⁷ Bu yönde kanun koyucunun, yasaklamaya rağmen vekaletsiz iş görenin sorumluluğunun kapsamını belirlerken uygun nedensellik teorisini bir kenara bırakarak onu mantiki nedensellik zinciri çerçevesinde ortaya çıkan tüm zararlardan sorumlu tutma yönünde bir irade ortaya koyduğunu söylemek mümkündür.¹¹⁸⁸

Türk hukukunda borçlunun beklenmedik hâlden sorumlu tutulduğu bir diğer hâl ise borçlu temerrüdüdür (TBK m. 119).¹¹⁸⁹ Bunun dışında örneğin kullanım ödünç sözleşmesinde (TBK m. 380/3)¹¹⁹⁰ ve saklama sözleşmesinde (TBK m. 563/2)¹¹⁹¹ de aynı yönde düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu doğrultuda söz konusu dört hâlde ortaya çıkan zararın, her ne kadar dolaylı veya uzak olduğu ileri sürülebilse de, alacaklının üstünde kalması fikrinin reddedildiği söylenebilir. Bir yasaklamaya rağmen vekaletsiz iş gören kişi, temerrüde düşen borçlu, ödünç konusunu sözleşmeye aykırı bir şekilde kullanan ödünç alan veya saklanana izinsiz bir şekilde kullanan saklayanın ortak yönü, hepsinin ilgili mal varlığı unsurunun başına henüz bir şey gelmeden önce hukuk düzenince yasaklanan veya kınanan bir davranışta bulunmuş olmalarıdır. Bu açıdan bakıldığında ortaya çıkan atipik ve tesadüfi, Kanun’un deyişiyle ‘beklenmedik’ zararların bu kişi üzerinde bırakılmasının mantığını anlamak mümkündür. Kanımca bu mantık, tıpkı yükümlülüklerini ihlal eden güvenilenin ağırlaştırılmış bir sorumluluğa tâbi

¹¹⁸⁷ Baş Süzel, s. 76; BSK OR I/Weber, Art. 420, N. 7; Hofstetter, s. 263.

¹¹⁸⁸ Borçlu temerrüdü bağlamında aynı yönde bkz. BSK OR I/Wiegand, Art. 103, N. 10; Rolf H. Weber, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband: Die Folgen Der Nichterfüllung Art. 97-109 OR, Verlag Stämpfli, 2000, Art. 103, N. 56.

¹¹⁸⁹ TBK m. 119/1: “Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur.”

¹¹⁹⁰ TBK m. 380/3: “Ödünç alan, bu hükümlere aykırı davrandığı durumlarda, beklenmedik hâllerden doğan zararlardan da sorumludur.”

¹¹⁹¹ TBK m. 563: “Saklayan, saklatanın izni olmadıkça saklanana kullanamaz. Bu yasağa aykırı davranırsa, saklatana uygun bir kullanım bedeli ödemekle yükümlü olduğu gibi, kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat etmedikçe, beklenmedik hâlden doğacak zararlardan da sorumlu olur.”

tutulmasında olduğu gibi, caydırıcılıktır.¹¹⁹² Son olarak belirtmek gerekir ki tıpkı güvenilenin sorumluluğunda olduğu gibi, borçlunun da bu genişletilmiş sorumluluk rejiminden sıyrılması, ancak (mantiki) nedensellik bağının kesildiğini ortaya koymasıyla mümkün olmaktadır.¹¹⁹³

Bununla birlikte güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda uzak/dolaylı zararlardan dahi sorumlu olması fikrinin öğretide tartışmasız bir şekilde kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. Zararın uzaklığı ilkesinin kabul edilip edilmemesi hususunun aslında daha büyük ölçekli bir tartışmanın bir alt başlığı olduğu söylenebilir. Bu tartışma ise güvenilen kavramına ve güvenilenin yükümlülüklerinin doğasına dair benimsenen bakış açısına ilişkindir.¹¹⁹⁴ Bu doğrultuda ileri sürülebilecek görüşlerin bir ucunda güvenilenin, görevini sadakat ve güvene dayalı ilişkiye yakışacak şekilde ve bir *fiduciary* sıfatıyla yürütmesi ve bu nedenle sıkı yükümlülüklerle ve ağır bir sorumluluk rejimine tâbi olması fikri yer almaktadır. Diğer uçta ise, günümüzdeki trust ilişkilerini dikkate alarak trust ilişkisini sözleşmeye ve güvenilenin tâbi olduğu yükümlülükleri de sözleşme tarafıninkine benzeştiren (dolayısıyla tazminatın kapsamının öngörülebilir/yakın zararlarla sınırlı olmasını savunan) bir bakış açısı bulunmaktadır.¹¹⁹⁵ Bunlardan

¹¹⁹² Bu yönde bkz. *Bank of New Zealand v New Zealand Guardian Trust Co Ltd* [1999] 1 NZLR 213, 245; *Target v Redferns* [1994] 1 WLR 1089, 1106. Bu yöndeki hükümlerin arkasındaki bir diğer sebebin somut olayda taraflar arası adaletin sağlanması olduğu da söylenebilir. Bkz. *Barnett*, s. 52-53. TBK m. 119 bağlamında benzer yönde bkz. *Serozan*, İfa Engelleri, s. 228. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme bakımından mantiki nedensellik bağının mı yoksa uygun nedensellik bağının mı benimsenmesi gerektiğine ilişkin tartışma için bkz. *Baş Süzel*, s. 63 vd.

¹¹⁹³ *Baş Süzel*, s. 77; *Tandoğan*, Borçlar Özel, s. 682. TBK m. 119 bağlamında aynı yönde bkz. *BSK OR I/Wiegand*, Art. 103, N. 1; *Serozan*, İfa Engelleri, s. 228.

¹¹⁹⁴ Benzer yönde bkz. *Davies*, Compensatory, s. 106.

¹¹⁹⁵ Bu yönde örneğin bkz. *Barnett*, özellikle s. 69-71; *Hayton*, Unique Rules, s. 299-300. Trust ilişkisini açıkça sözleşmeye benzeştirmemekle birlikte, *common law* kuralları çerçevesinde sözleşme ihlali ve haksız fiil tazminatına ilişkin kuralların *equitable* tazminat bakımından da uygulanması gerektiği yönünde bkz. *Burrows*, s. 11-12. Ayrıca bkz. *Bristol and West Building Society v Mothew* [1998] Ch 1, 17 (Hâkim Millett LJ: "Although the remedy which equity makes available for breach of the equitable duty of skill and care is equitable compensation rather than damages, this is merely the product of history and in this context is in my opinion a distinction without a difference. Equitable compensation for breach of the duty of skill and care resembles common law damages in that it is awarded by way of compensation to the plaintiff for his loss. There is no reason in principle why the common law rules of causation, remoteness of damage and

bağımsız bir diğer görüş ise trust hukukunda güvenilenin kusurunun derecesinin, yani kast veya ihmalinin, sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde önem taşıması gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁹⁶

Lordlar Kamarası'nın *Target v Redferns* kararıyla bu belirsizliğe ayrı bir boyutun daha eklendiği söylenebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere bu kararda tazminatın sınırlandırılması hususunda ikili bir ayrıma gidilmesi ve ticaret hayatında kullanılan basit trustlar ile geleneksel aile trustlarına uygulanacak kuralların yeniden düşünülmesi fikrinin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu doğrultuda güvenilenin tâbi olduğu bu ağırlaştırılmış sorumluluğun genellikle uzun bir süre devam eden aile trustı yapısına uygun olduğu kabul edilebilse de, günümüzde ticaret hayatında yaygın bir şekilde kullanılan ve hemen hemen her zaman bir sözleşme çerçevesinde kurulup yönetilen *Barnett*'in deyişiyle "bir kerelik kullanım trustları" açısından aynı sonuca varmanın mümkün olmadığını sinyali verilmiştir.¹¹⁹⁷ Dolayısıyla bu kararı takiben, en azından ticaret hayatında kullanılan ve uzun süreye yayılmayıp genellikle tek bir işin tamamlanması için kurulan basit trustlar bakımından, trust ihlalinde sorumluluğun kapsamının zararın uzaklığı prensibi üzerinden

measure of damages should not be applied by analogy in such a case. It should not be confused with equitable compensation for breach of fiduciary duty, which may be awarded in lieu of rescission or specific restitution." ve *Thanakharn Kasikorn Thai Chamkat (Mahachon) v Akai Holdings Ltd* [2010] HKCFA 64, (2010) HKCFAR 479, N. 155. (Lord Neuberger: "I should add that, even if the principles so far discussed had suggested that Akai was entitled to equitable compensation in an amount greater than it should recover by way of common law damages, I would have been very sympathetic to the notion that the equitable remedy would have to be refashioned so as to equate the amount of such compensation with the common law damages.") Bu bakış açısının eleştirisi için bkz. *Davies*, *Compensatory*, s. 103-104; *Getzler*, *Equitable Compensation*, s. 257. ("The result of the new English developments restraining equitable compensation and relaxing the liability of trustees for breach is the relentless contractualisation of trust law (...)")

¹¹⁹⁶ *Barnett*, s. 56-57; *Elliott*, *Remoteness*, s. 595. Ayrıca bkz. *Hayton*, *Unique Rules*, s. 292.

¹¹⁹⁷ *Barnett*, s. 73. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir (*Target v Redferns* [1996] A. C. 421, 435) : "In the modern world the trust has become a valuable device in commercial and financial dealings. The fundamental principles of equity apply as much to such trusts as they do to the traditional trusts in relation to which those principles were originally formulated. But in my judgment it is important, if the trust is not to be rendered commercially useless, to distinguish between the basic principles of trust law and those specialist rules developed in relation to traditional trusts which are applicable only to such trusts and the rationale of which has no application to trusts of quite a different kind." Bu ifadenin eleştirisi için bkz. *Millett*, *Equity's Place*, s. 224.

sınırlandırılmasının da ileri sürülen tartışmalı fikirlere eklendiğini söylemek mümkündür.¹¹⁹⁸

Bu bilgiler ışığında güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda kuralın, tıpkı Türk hukukunun yukarıda incelenen hükümlerinde olduğu gibi, ortaya çıkan tüm zararlardan/beklenmedik hâlden sorumluluk yönünde olduğunu, fakat özellikle son yıllarda bu katı kuralın yumuşatılmasına yönelik fikirlerin ileri sürüldüğünü söylemek mümkündür. Sonuç olarak *öngörülebilirlik* ve *zararın uzaklığı* gibi esasen sözleşme ve haksız fiil sorumluluk sistemlerine ait kavramların *equity* mahkemelerince güvenilenin yükümlülüklerini ihlali bağlamında da kabul edilip edilmemesi gerektiği sorusunun yanıtının günümüzde hâlâ belirsiz olduğu ifade edilmelidir.¹¹⁹⁹

d. Ara Sonuç

Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda söz konusu olan ve güvenilene yöneltebilecek nisbi taleplere ilişkin bu açıklamalar ışığında kanımca şu çıkarımların yapılması mümkündür:

- İngiliz hukukunda güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi hâlinde lehtarın temel olarak iki talep dayanağına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki eski hâle iade talebi, ikincisi ise hakkaniyet tazminatı talebidir. Hakkaniyet tazminatının, geleneksel yaptırım olan eski hâle iade talebine kıyasla çok daha yeni bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Bunun temel sebebinin zaman içinde trust yapısında ve uygulamasında meydana gelen değişimler olduğunu söylemek mümkündür. Trustların ticaret hayatında kullanılmaya başlanmasıyla, geleneksel aile trustlarına kıyasla çok daha kısa süreli, bazen tek iş için dahi kurulabilen, lehtar yapısı çok daha statik ve basit trust yapılarıyla daha sık karşılaşmaya başlanmıştır.

¹¹⁹⁸ Bu yönde örneğin bkz. **Hayton**, *Unique Rules*, s. 305-306. Krş. **Davies**, *Remedies*, s. 688; **Webb/Akkouh**, s. 298-299.

¹¹⁹⁹ Aynı görüşte bkz. **Elliott**, *Remoteness*, s. 597.

Bu durumda güvenilenin yükümlülüklerini ihlali hâlinde ileri sürülebilecek taleplerin trustın sona ermesinden sonra söz konusu olması, eskiye kıyasla çok daha sık karşılaşılan bir ihtimal olmuş, bu durum ise trust fonunun eski hâle döndürülmesi ve lehtarın dolaylı olarak tazmin edilmesi yerine doğrudan tazminat talebinin ileri sürülmesini yani hakkaniyet tazminatının yaptırımlar şemasına taşımıştır.¹²⁰⁰

- Eski hâle iade kavramı üzerinden ileri sürülen aynen ve nakden iade talebine uygulanacak kurallar, hakkaniyet tazminatında uygulanan kurallardan birkaç noktada ayrılmaktadır. Bunlar arasındaki en önemli farklılardan biri, iade/tazminat borcunun kapsamına ve özellikle de dolaylı zararların tazmin edilebilirliğine ilişkindir. Bir diğer önemli husus ise, eski hâle iade talebinin ileri sürülmesinde nedensellik bağının kesilip kesilmediği iddiasının kabul edilebilir olup olmadığıdır.
- İngiliz hukukunda, en azından *Target v Redferns* kararına kadar, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali hâlinde lehtarın elinin güvenilene kıyasla asimetrik bir şekilde kuvvetli olduğunu söylemek mümkündür. Hatta bu nedenle, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali için lehtarın elindeki bir 'sihirli iksir' (*magic formula*) metaforunun dahi kullanıldığı görülmektedir.¹²⁰¹ Bu doğrultuda eski hâle iade kavramı vasıtasıyla, lehtarın herhangi bir zarara uğramamış olsa dahi ihlalin düzeltilmesini talep edebileceği, güvenilenin bunun gerçekleşmesi için yapacağı masraf dikkate

¹²⁰⁰ Hatta bazı yazarlarca bugünkü düzende, özellikle *Target v Redferns* kararını takiben, hesabın düzeltilmesi yaptırımının yerini hakkaniyet tazminatı kavramının aldığı ve trust ihlali durumunda devreye girecek tipik yaptırımın böylece değiştiği ileri sürülmektedir. Benzer yönde bkz. **Davies**, *Compensatory*, s. 66-67; **Elliott**, *Compensation Claims*, s. 62-63. Hesabın düzeltilmesi kavramının yerine hakkaniyet tazminatı kavramının kullanılmasına yönelik eleştiri için bkz. **Lusina Ho**, *Causation in the Restoration of a Misapplied Trust Fund, An English Misturning With Equitable Compensation* (bundan böyle 'Causation'), *Equitable Compensation and Disgorgement of Profit* (ed. Simone Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, s. 160 vd.; **Millett**, *Equity's Place*, s. 224-227. Hesabın düzeltilmesi kavramının yerini hakkaniyet tazminatı ifadesinin almasının arkasında yatan tarihsel gelişmelere ilişkin olarak ayrıca bkz. **Edelman**, s. 92. Hesabın düzeltilmesi yaptırımına ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Conaglen**, *Off Target*, s. 128-135; **Davies**, *Remedies*, s. 684 vd.; **Gardner**, s. 247 vd.; **Panesar**, s. 680-681; **Penner**, s. 318 vd.; **Webb/Akkouh**, s. 293 vd. Kararın eleştirisi için bkz. **Penner**, *Performance Interest*, s. 294-297.

¹²⁰¹ **Millett**, *Equity's Place*, s. 217.

alınmaksızın kabul edilmiştir. Bununla birlikte 1996 tarihli *Target v Redferns* kararıyla, eski hâle iade kavramı üzerinden ileri sürülen nakden tazminat talebinin kabul edilebilmesi için, sonuç olarak ortaya çıkan zarar ve ihlal arasından en azından mantıki nedensellik bağının bulunması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda, ilgili karardan itibaren güvenilenlerin eğer güvenilen yükümlülüklerini ihlal etmemiş olsaydı da aynı sonucun oluşacağı yönündeki, nedensellik bağının kesilmesine ilişkin iddiaları hukuken geçerli kabul edilmektedir. Türk hukuku bağlamında düşünüldüğünde, söz konusu karardan önce hâkim olan bakış açısının öncelikle TMK m. 2/2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı karşısında kabul edilebilir olmadığı görülmektedir. Zira lehtarın sadece birtakım teknik ayrıntılara ve tanımlamalara dayanarak eski hâle iade konusunda ısrarcı olması dürüstlük kuralının gereklerine uygun değildir.¹²⁰²

- Trust fonunun eski hâle iadesi talep edildiğinde bu nakden iadenin kapsamına ancak hukuka aykırı bir şekilde trust fonundan çıkarılan mal varlığı unsurunun dava anındaki objektif parasal değerinin girdiği, buna karşılık kaçırılan fırsat, yoksun kalınan kâr vb. herhangi bir dolaylı zararın bu şekilde talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık, lehtarın uğradığı zararın doğrudan giderilmesini talep ettiği hakkaniyet tazminatı yaptırımında güvenilenin yükümlülüklerini ihlali ile nedensellik bağı içinde bulunan her türlü zararın tazmin edilmesi kural olarak mümkündür. Dolayısıyla hakkaniyet tazminatı yaptırımında, sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğunda devreye giren tazminat yaptırımı için uygulanan (zararın öngörülebilirliği veya uzaklığı gibi) sorumluluğu sınırlandırıcı hukuki araçların uygulanabilir olmadığı kabul edilmektedir. Ancak öğretide, özellikle bir sözleşmesel ilişki çerçevesinde kurulan ve

¹²⁰² *Equity* mahkemelerinin hükmettiği yaptırımlar sözleşme veya haksız fiile kıyasla daha davacı-dostu olduğu için, söz gelimi sözleşme ve trust ihlali arasında bir yarışma varsa, davacıların her zaman *equity* mahkemelerinde dava açma yoluna gittiği düşünülmektedir. Ancak öğretide *equity* mahkemelerinin bu tür fırsatçı davranışlara yer vermesinin önüne geçilmesi gerektiğinin ifade edildiği de belirtilmelidir. Bu yönde örneğin bkz. Getzler, *Equitable Compensation*, s. 247.

ticaret hayatında kullanılan trustlar açısından bu sonucun yerindeliğinin sorgulandığının altı çizilmelidir.

- Bu bilgiler ışığında trust ihlalinde devreye giren nisbi yaptırımların şu şekilde şematize edilmesi mümkündür:

Şema 2: Güvenilenin Yükümlülüklerini İhlalinde Nisbi Talepler

İhlal: Trust fonunun trustın kurucu belgesine/hukuka aykırı bir şekilde elden çıkarılması/devredilmesi/yok edilmesi (*misappropriation*)

İhlal: Trust fonunun özensiz yönetim sonucunda zarara uğratılması

I. Eski Hâle İade (*Restitution*)

A. Aynen İade

Kapsam: Trust fonundan hukuka aykırı olarak çıkarılan mal varlığı unsurunun aynen veya misli şekilde tazmini

B. Nakden İade

Kapsam: Trust fonundan hukuka aykırı olarak çıkarılan mal varlığı unsurunun dava tarihindeki objektif parasal karşılığı

(Dolaylı zararlar kapsam dışındadır.)

II. Hakkaniyet Tazminatı (*Equitable Compensation*)

Kapsam: İhlal gerçekleşmemiş olsaydı içinde bulunulacak olan ekonomik durumun yeniden tesis edilmesi için gereken meblağ

(Dolaylı zararlar kapsam dahilindedir.)

2.2.3.2.3. Herkese Karşı İleri Sürülebilecek Aynı Talepler

a. Genel Açıklamalar

Hatırlanacağı üzere güvenilenin yükümlülüklerini ihlali kavramı temel olarak iki durumda karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki trust fonunun trustın kurucu belgesine ve hukuka aykırı bir şekilde elden çıkarılması, diğeryse trust fonunun hukuka aykırı bir şekilde devri söz konusu olmasa bile özenli ve basiretli bir şekilde yönetilmemesi sonucunda bir zarara uğramasıdır. Bununla birlikte, bu başlığın konusu olan ve kural olarak güvenilen dahil herkese karşı ileri sürülebilen aynı taleplerinin ancak ilk durumda ortaya çıktığı belirtilmelidir. Başka bir deyişle lehtar, ancak üzerinde türev mülkiyet hakkını haiz olduğu trust fonundan bir mal varlığı unsuru hukuka aykırı bir şekilde güvenilenin şahsi mal varlığına veya üçüncü bir kişiye devredildiğinde, aşağıda incelenecek olan aynı hakkını ileri sürebilmektedir.

Trust fonunun hukuka aykırı bir şekilde elden çıkarılması durumunda lehtarın taleplerinin bu başlıkta incelenecek olan aynı taleplerle sınırlı olmadığı, bu hâlde de lehtarın güvenilene karşı yukarıda incelenen nisbi taleplerini ileri sürme hakkına sahip olduğunun altı çizilmelidir. Başka bir deyişle lehtar, eğer şartları varsa, nisbi veya aynı taleplerinden hangisini ileri süreceğine karar verme hakkına sahiptir. Lehtarın bu seçimi yaparken dikkate alabileceği çeşitli hususlar söz konusu olabilir. Bu doğrultuda bazı hâllerde aynı taleplerin, bazı hâllerdeyse nisbi taleplerin diğerine kıyasla daha avantajlı olduğunu söylemek mümkündür.

Kuşkusuz aynı taleplerin nisbi talepler karşısındaki en önemli avantajı, bu talebin şartları mevcutsa güvenilen dışındaki üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir olmasıdır.¹²⁰³ Başka bir ifadeyle söz konusu talebin muhatap çevresi nisbi taleplere kıyasla daha geniştir. Ancak lehtarın aynı bir talep ileri sürebilmesi için üzerinde

¹²⁰³ *Millett*, *Proprietary Restitution*, s. 318; *Virgo*, s. 539. Aynı taleplerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için söz konusu üçüncü kişinin bu şeyi iyi niyetli ve ivazlı bir şekilde edinmemiş olması gerekmektedir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 407.

türev mülkiyet hakkı bulunduğunu ileri sürdüğü şeyin ne olduğunu,¹²⁰⁴ nerede ve kimde bulunduğunu tespit etmesi gerekmektedir.¹²⁰⁵ Bunun ise her zaman kolay bir faaliyet olmayabileceği açıktır.

Aynı taleplerin nisbi talepler karşısındaki ikinci önemli avantajı ise davalının iflası durumunda kendini göstermektedir. Güvenilenin aciz hâlinde bulunması veya iflası durumunda, lehtarın güvenilene karşı (gerek eski hâle iade gerekse *equitable* tazminat adı altında) belirli bir paranın kendisine ödenmesine ilişkin ileri sürdüğü talebin tamamen başarıya ulaşmasının içinde bir risk barındırdığı ortadadır. Öte yandan lehtar, şartları varsa aynı talebini ileri sürmesi durumunda davalının finansal durumundan aynı derecede etkilenmemektedir. Zira bu durumda söz konusu mal varlığı unsurunun davalının şahsi mal varlığında değil, trustın özel mal varlığında yer aldığı kabul edildiğinden bu mal varlığı unsuru iflas masasına girmemektedir. Dolayısıyla özellikle davalının iflası ya da aczi durumunda, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali karşısında aynı talebini ileri sürmeye karar veren lehtarın imtiyazlı bir konumda olduğunu söylemek mümkündür.¹²⁰⁶

Lehtarın sahip olduğu ve aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan aynı haklar, onun trust fonu üzerindeki türev mülkiyet hakkından kaynaklanan ve trust kurumunu lehtar açısından diğer tüm hukuki ilişkilere kıyasla çok daha korunaklı bir hâle getiren haklardır. Çalışmanın bu kısmına kadar yapılan açıklamalardan, hakkaniyet hukukunun lehtarını korumayı ve onun menfaatlerini gözetmeyi birincil hedef kabul eden, hatta *Hudson*'ın deyişiyle "lehtarını pamuklara sarmalayan" bir kurallar bütünü olduğu çıkarımını yapmak mümkündür.¹²⁰⁷ İşte lehtarın güvenilenin yükümlülüklerini ihlali hâlinde sahip olduğu aynı talepler, bu koruyucu ve gözetici

¹²⁰⁴ Zira sadece trust fonundan hukuka aykırı bir şekilde çıkarılan ilk mal varlığı unsurunun değil, bunun ikame değerlerinin de aynı talebin konusunu teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 385 vd.

¹²⁰⁵ *Millett*, *Proprietary Restitution*, s. 318.

¹²⁰⁶ *Hudson*, *Understanding*, s. 166; *Millett*, *Proprietary Restitution*, s. 318; *Virgo*, s. 538-539. Türk hukuku bağlamında cebri icrada istihkak talebine ilişkin olarak benzer yönde bkz. İİK md. 96, 99, 228.

¹²⁰⁷ *Hudson*, *Understanding*, s. 165 (" (...) *the law of trusts will always try to come to the aid of the beneficiary: in effect, wrapping the beneficiary in cotton wool.*")

yapıyı adeta bir üst seviyeye çıkarmakta ve söz konusu bu koruma çemberinin sınırlarını üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde genişletmektedir.

b. İngiliz Hukukunda “Ayni Talep” Nedir?

Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali hâlinde lehtarın sahip olduğu ayni talepleri incelemeye geçmeden önce *ayni talepler* ifadesine ilişkin hem terminolojik hem de kavramsal bir çekincenin ortaya konulması gerekmektedir. Hakkaniyet hukukunda güvenilenin yükümlülüklerini ihlali bağlamında devreye giren ayni taleplerin (*proprietary remedies*), *civil law* sistemleri eşya hukukundaki ayni taleplerden hem teorik hem de uygulama açısından birçok yönden farklılaştığını gösterdiğini söylemek mümkündür.¹²⁰⁸ Bu nedenle güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda lehtarın *ayni talepleri* ifadesine temkinli yaklaşılması gerekmektedir.

Ayni talep ifadesinden kastedilenin ne olduğunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle bu talebin türediği ayni hak kavramının irdelenmesi gerekmektedir. Türk eşya hukuku bağlamında kişiye eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen hak olarak tanımlanan¹²⁰⁹ ayni hak, hak sahibine sağladığı yetkilere göre mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar olarak; hak sahibinin belirlenişine göre ise kişiye bağlı ayni haklar ve eşyaya bağlı ayni haklar olarak ikiye ayrılmaktadır.¹²¹⁰ Ayni hakları nisbi haklardan ayıran belki de en önemli özelliğin bu hakların sahibine sağladıkları mutlak, geniş ve çok yönlü koruma olduğunu söylemek mümkündür. Ayni hakların korunması bağlamında akla ilk gelen ayni talepler, yani istihkak (*vindicatio*) ve el atmanın önlenmesi (*negatoria*) talepleridir (TMK m. 683/2). Ancak ayni hakların sağladığı korumanın söz konusu ayni taleplerle sınırlı olmadığı ifade edilmelidir. Zira ayni haklar, ayni taleplerin

¹²⁰⁸ George Gretton, Proprietary Issues (bundan böyle ‘Proprietary’), Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective (ed. David Johnston/Reinhard Zimmermann), CUP, 2002, s. 571-572.

¹²⁰⁹ Ayni hakkın tanımına ilişkin klasik teorinin ve Kantçı görüşleri esas alan şahsiyetçi teorinin temellerine ve gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek, Eşya, s. 2-8; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 2-4; Sirmen, s. 2 vd.; S. Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku, C. I, 4. bası, Beta Yayıncılık, 1984, s. 6 vd.

¹²¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 23-25; Sirmen, s. 32-36.

dışında haksız fiil kuralları, sebepsiz zenginleşme kuralları ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurallarıyla da koruma altına alınmıştır.¹²¹¹

Türk hukukunda aynı talep ile aynı hakkın (*ius in rem*) birbirinden ayrılması mümkün olmayan bir ikili olduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle bir kimse ancak aynı hakka sahipse aynı talepleri (istihkak ve el atmanın önlenmesi taleplerini) ileri sürebilir; dolayısıyla aynı taleplerin aynı haktan türeyen, onun korumasını sağlayan ve ancak onunla birlikte varlığını sürdürebilen, ondan bağımsız devri mümkün olmayan talepler olarak tanımlanması mümkündür.¹²¹² Aynı talebin yöneltildiği kişinin şahsi mal varlığıyla sorumluluğu söz konusu değildir; zira üzerinde aynı hak sahibi olunan şey zaten bu talebi ileri süren kişinin mal varlığında bulunmaktadır.¹²¹³ Dolayısıyla aynı talebin ileri sürülebilmesi için, bu kişinin söz konusu şey üzerindeki aynı hakkını (emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle edinim, yolsuz tescile güven, karışma, işleme vb. bir şekilde) kaybetmemiş olması gerekmektedir. Türk eşya hukukunda aynı hakkın 'tekelci' yapısı dikkate alındığında,¹²¹⁴ aynı hak ve aynı taleplerin gri bölgesi bulunmayan, ya hep ya hiçi, net bir ilişki içinde olduğu söylenebilir.

Buna karşılık İngiliz hukukunda aynı talep ve aynı hak kavramlarının ve bunlar arasındaki ilişkinin yukarıda incelenenden farklı olduğu görülmektedir.¹²¹⁵ Bu

¹²¹¹ Serozan, Eşya, s. 14, 18.

¹²¹² Serozan, Eşya, s. 27-28;

¹²¹³ Serozan, Eşya, s. 27.

¹²¹⁴ Supino, s. 123. Aynı hakların prototipi olan mülkiyet hakkının sağladığı eşya üzerindeki doğrudan ve tam egemenliğin sahip olduğu 'tekelci' nitelikten kasıt, bu yetkinin tek bir kişide toplanması ve ancak onun tarafından kullanılmasının kural olmasıdır. Kuşkusuz bu kuralın birtakım istisnaları mevcuttur. Birlikte mülkiyet ve sınırlı aynı hak kavramları bunun örnekleridir. Bkz. Serozan, Eşya, s. 17. Bunların dışında Kanun'un izin vermediği bir aynı hak kategorisinin yaratılması ise eşya hukukunun sınırlı sayıdalık (*numerus clausus*) ilkesi nedeniyle mümkün kabul edilmemektedir. Numerus clausus ilkesine ilişkin olarak ayrıca bkz. aşağıda s. 585 vd.

¹²¹⁵ İngiliz eşya hukukuna ilişkin karşılaştırmalı bir değerlendirme için bkz. Matthews, Compatibility, s. 315 vd.; Justin Thorens, Les Traits Caractéristiques de la Property Law Anglo-Américaine, Stämpfli Verlag, 1986, s. 20 vd. Ayrıca bkz. Daniel Clarry, Fiduciary Ownership and Trust in Comparative Perspective (bundan böyle 'Fiduciary'), International and Comparative Law Quarterly, C. 63, S. 4, 2014, s. 903 vd.; Sief Van Erp, Comparative Property Law, The Oxford Handbook of Comparative Law (ed. Mathias Reinmann/Reinhard Zimmermann), OUP, 2. bası, 2019, ss. 1031 vd.

farklılığın temelinde, *common law* sistemleri ve Roma hukukunu takip eden *civil law* sistemleri arasında eşya hukuku bağlamında karşımıza çıkan kavramsal ayrılıkların yattığını söylemek mümkündür. Bu ayrılıkların belki de en önemlisi mülkiyet kavramından ne anlaşıldığına ilişkindir. Bilindiği üzere Türk hukukunda mülkiyet hakkının (ve diğer sınırlı ayni hakların) konusu ancak bir eşya olabilir. Eşya ise cismani, sınırları belirli ve üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurulmaya elverişli şeyler olarak tanımlanmaktadır.¹²¹⁶ Buna karşılık eşya olarak nitelendirilemeyen, örneğin fikri haklar veya kira sözleşmesinden doğan alacak hakları üzerinde bir mülkiyetten bahsedilmesi mümkün değildir.¹²¹⁷ Özetle ayni hak kural olarak ancak dünya üzerinde bir yer kaplayan, maddi, elle tutulup gözle görülebilen şeyler üzerinde söz konusu olabilir.¹²¹⁸ Bu doğrultuda ayni hakkın unsurlarının eşya, eşya üzerinde dolaysız egemenlik (*dominium*) ve herkese karşı ileri sürülebilirlik olduğu kabul edilmektedir.¹²¹⁹

Buna karşılık bir şey üzerinde tam ve dolaysız hâkimiyetin (*dominium*) kurulması fikri,¹²²⁰ Roma hukuku ve bunu benimseyen sistemlerin aksine, hiçbir şeyin tam olarak bireylere ait olamayacağı düşüncesi üzerine kurulu feodal sistemlerde,

¹²¹⁶ Sirmen, s. 5. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 646, 647.

¹²¹⁷ *Gaius*'un günümüze kadar gelen ve bir nevi özel hukukun çekirdeğini oluşturan cismani şeyler (*res corporales*) ve gayricismani şeyler (*res incorporales*) sınıflandırmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Antonio Gambaro, Property Rights in Comparative Perspective: Why Property Is So Ancient and Durable?, Tulane European and Civil Law Forum, C. 26, 2011, s. 215-220; Gretton, Ownership, s. 804 vd. *Gaius*'un bu ayrımı, Roma hukukunu takip eden sistemlerde, örneğin Almanya, İsviçre ve Türk hukuklarında, hâkimiyet esasına dayalı tekелci (*unitary*) mülkiyet anlayışının mülkiyete dair kabul edilebilir tek bakış açısı olmasının ve özel hukukun temelinde yer alan ayni hak – nisbi hak ayrımının da temelini teşkil ettiğini söylemek mümkündür.

¹²¹⁸ Bu noktada Roma hukukunda mülkiyetin bir hak (*ius*) olarak değil, söz konusu şeyin (*res*) ta kendisi olarak düşünüldüğünün belirtilmesinde yarar vardır. Bkz. Gretton, Ownership, s. 806.

¹²¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 4; Sirmen, s. 5; Underhill/Hayton, s. 1434.

¹²²⁰ Bu noktada ayni hakların tanımlanmasına ilişkin klasik görüşün ayni hakkı sadece şahıs ve şey arasındaki doğrudan ilişki, yani dolaysız hâkimiyet (*dominium*) üzerinden tanımladığı anımsanmalıdır. Ancak klasik görüşe getirilen eleştiriler sonunda ayni hakkın herkese karşı ileri sürülebilirlik fikri üzerinden yeniden tanımlandığı, bu şekilde şahısçı görüşün geliştiği söylenebilir. Bugün Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüş ise bu iki bakış açısını birleştiren ve ayni hakkı hem şey ile kişi arasında kurulan doğrudan ilişki, hem de bunun herkese karşı ileri sürülebilirliği üzerinden açıklayan birleştirici görüştür. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 2-4; Sirmen, s. 2-4. Türk hukukunda klasik görüşte bkz. Tekinay, s. 9. Dolayısıyla kişi ve eşya üzerindeki doğrudan hâkimiyetin hâlâ ayni hakkın bir unsuru olarak kabul edildiği ifade edilmelidir.

örneğin İngiliz hukukunda, hayal edilmesi ve kabul edilmesi aynı derecede kolay bir önerme değildir.¹²²¹ Bu nedenle *common law* sistemlerinde mülkiyet kavramı kişinin söz konusu şeye sahip olmasından ziyade, o şey üzerindeki haklara sahip olması fikri üzerinden gelişmiştir.¹²²² Bu doğrultuda bu sistemlerde mülkiyetin bir haklar bütünü (*bundle of rights*) olduğu fikrinin ileri sürüldüğü görülmektedir.¹²²³ Nitekim bu nedenden dolayı *common law* sistemlerinde malik için “*title owner*” kavramı kullanılmaktadır.¹²²⁴ *Common law* sistemlerinde mülkiyet kavramına

¹²²¹ **Michele Graziadei**, The Structure of Property Ownership and the Common Law/Civil Law Divide (bundan böyle ‘Property’), Comparative Property Law – Global Perspectives (ed. Michele Graziadei/Lionel Smith), Edward Elgar Publishing, 2017, s. 76, 84; **Francesco Parisi**, Entropy in Property, American Journal of Comparative Law, C. 50, S. 3, 2002, s. 603 (“*This conception of absolute property contrasted dramatically with the concept of feudal property as a bundle of rights and duties (...)*”) Benzer yönde bkz. **Matthews**, Compatibility, s. 315; **Christoph Karl Sliwka**, Herausgabeansprüche als Teil des zivilrechtlichen Eigentumsrechts?, Logos Verlag Berlin, 2012, s. 217-218. Nitekim *civil law* sistemlerinde, özellikle Fransa’da gerçekleşen kodifikasyon hareketlerinde Roma hukukundan gelen bu *dominium* anlayışının devam ettirilmesinin sebeplerinden birinin, feodal düzene duyulan tepki ve bireycilik düşüncesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Yun Chien Chang/Henry E. Smith**, Structure and Style in Comparative Property Law, Harvard Public Law Working Paper No. 14-03, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2373377> (son erişim tarihi 22.03.2019), s. 20-21; **Parisi**, s. 601-602. Ayrıca bkz. **Akkermans**, s. 6. Feodal yapının mülkiyet kavramının gelişimi üzerindeki etkilerine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme bkz. **Parisi**, s. 599 vd.

¹²²² **Clarry**, Fiduciary, s. 904; **Matthews**, Compatibility, s. 315; **Saatcioğlu**, s. 51-52; **Sliwka**, s. 216-217.

¹²²³ **Clarry**, Fiduciary, s. 904; **Gambara**, s. 220-223; **Gretton**, Ownership, s. 830; **Matthews**, Compatibility, s. 315; **Sliwka**, s. 216. Ayrıca bkz. **James E. Penner**, The Bundle of Rights Picture of Property (bundan böyle ‘Bundle of Rights’), UCLA, C. 43, 1996, s. 712 (“*The currently prevailing understanding of property in what might be called mainstream Anglo-American legal philosophy is that property is best understood as a “bundle of rights.”*”). *Bundle of rights* teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Jane B. Baron**, Rescuing the Bundle of Rights Metaphor in Property Law, University of Cincinnati Law Review, C. 82, s. 1, 2014, s. 58 vd. Bu teorisinin eleştirisi için bkz. **Chang/Smith**, s. 25-26; **Penner**, Bundle of Rights, s. 712 vd.; **Henry E. Smith**, Property as the Law of Things (bundan böyle ‘Property’), Harvard Law Review, C. 125, 2012, s. 1694 vd. Ayrıca bkz. **Hans Bernd Schäfer/Claus Ott**, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer Gabler, 5. Bası, 2012, s. 69-70.

¹²²⁴ **Saatcioğlu**, s. 51-53. *Owner* ifadesinin *common law*’da, mülkiyet hakkı sahibinden daha geniş bir anlamda, şey üzerindeki her türlü menfaati (*interest*) ifade edecek kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. **Chang/Smith**, s. 11. İngiliz eşya hukukunda *title holding* ve *ownership* kavramlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Akkermans**, s. 373-376, 411. *Common law* ve *civil law* eşya hukukları arasındaki bir diğer önemli fark ise zilyetlik olgusuna yüklenen önemde kendini göstermektedir. *Common law* sistemlerinde zilyetlik başlı başına bir hak olarak düşünülmekte, bundan daha üstün bir hakka sahip olduğunu ileri süren biri söz konusu olduğunda ise hakların göreceliliği (*relativity of rights*) tartışması yapılmaktadır. Buna karşılık *civil law* sistemlerinde zilyetlik ve mülkiyet temelde birbirinden ayrı kavramlar olarak düşünülmektedir. Bu durum, TMK’nın sistematiğine bakıldığında da kolaylıkla görülebilir. Zira TMK’nın Eşya Hukuku kitabında zilyetlik ve tapu sicili

bakış açısının, yani mülkiyetin bir şey üzerindeki doğrudan hâkimiyet olarak değil, bir haklar bütünü olarak görülmesinin en önemli sonuçlarından birinin trust kurumunun ortaya çıkması ve gelişmesi olduğu ifade edilmektedir.¹²²⁵ Zira ancak mülkiyetin kişi ve şey arasındaki doğrudan ilişki üzerine kurulu ve tekelci yapıya sahip olmadığı bir kurguda trust yapısındaki parçalanmış mülkiyetin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere Türk hukukunda aynı haklar en başta istihkak ve el atmanın önlenmesi olarak isimlendirilen aynı taleplerle korunmaktadır. İstihkak talebi, malikin sahibi olduğu şeyi haksız yere elinde bulunduran kişiden çekip alması anlamına gelmektedir. Bu talep eşya hukukuna özgü, aynı haktan türeyen bir talep olup borçlar hukukunda karşımıza çıkan aynen ifa ve tazminat taleplerinden ayrılmaktadır. *Common law*'da ise mülkiyet hakkının ihlal edilmesi durumunda devreye giren bir istihkak talebi söz konusu değildir.¹²²⁶ Bunun yerine mülkiyet hakkı da haksız fiil (*tort of conversion*) kuralları çerçevesinde korunmakta ve bu nedenle ancak tazminat yaptırımını ile ilişkilendirilebilmektedir.¹²²⁷

hususunu, mülkiyet ve sınırlı aynı haklardan sonra ayrı bir kısımda düzenlenmiştir. *Common law* ve *civil law* sistemlerinde zilyetlik ve mülkiyet ilişkisine ilişkin karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. **James Gordley/Ugo Mattei**, Protecting Possession, *American Journal of Comparative Law*, C. 44, 1996, s. 293 vd.

¹²²⁵ **Chang/Smith**, s. 11-12; **Clarry**, Fiduciary, s. 904.

¹²²⁶ **Akkermans**, s. 374; **Peter Birks**, Personal Property: Proprietary Rights and Remedies (bundan böyle 'Personal Property'), *Kings College Law Journal*, C. 11, 2000, s. 4; **David Johnston/Reinhard Zimmermann**, Unjustified Enrichment: Surveying the Landscape, Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective (ed. David Johnston/Reinhard Zimmermann), CUP, 2002, s. 13; **Sliwka**, s. 215.

¹²²⁷ **Akkermans**, s. 374; **Birks**, Personal Property, s. 6; **Charles Rickett**, Old and New In The Law of Tracing (bundan böyle 'Tracing'), *Equity In Commercial Law* (ed. Simone Degeling/James Edelman), Lawbook Co., 2005, s. 124-125; **Sliwka**, s. 219; **Lionel Smith**, Property, Subsidiarity and Unjust Enrichment (bundan böyle 'Property'), Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective (ed. David Johnston/Reinhard Zimmermann), CUP, 2002, s. 589. Bu nedenden dolayı *common law* sisteminde aynı talep (*proprietary remedy*) kavramına yer olmadığı dahi ifade edilmektedir. Bununla birlikte **Birks**, *constructive trust* sayesinde hakkaniyet hukukunda istihkak benzeri bir aynı hakkın yaratıldığını savunmaktadır. Her ne kadar *common law*'da "Bu kitap benim, onu bana geri ver." ifadesiyle basite indirgenebilecek bir *vindicatio* talebi bulunmasa da, *constructive trust* yapısı sayesinde malikin "Bu kitap benim, ve sen bu kitabı benim lehime *constructive trust* bünyesinde elinde tutuyorsun." iddiasına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Birks**, Personal Property, s. 4.

Bu nedenle *common law* sistemlerinde, bir *civil law* hukukçusunun anladığı şekilde bir aynı talepten söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla *civil law* sistemlerinde anlaşıldığı şekliyle aynı hak ve aynı talep kavramlarının, *common law*'da anlaşıldığı şekilde aynı taleplere (*proprietary rights*) denk gelmediğinin altı bir kere daha çizilmelidir.¹²²⁸ *Common law*'da aynı talep ifadesi, örneğin aynen ifa yaptırımında olduğu gibi, talep muhatabının belirli bir şeyi vermekle yükümlü olduğu durumlara denk gelecek şekilde kullanılmaktadır.¹²²⁹ Bu doğrultuda Türk hukukunda tipik birer nisbi hak olarak nitelendirilecek olan söz gelimi aynen ifa, aynen tazmin veya sebepsiz zenginleşmenin aynen iadesi gibi kavramların tümünün *common law* bakımından birer aynı talep olarak niteledirildiğini söylemek mümkündür.¹²³⁰

¹²²⁸ Gretton, Proprietary, s. 571.

¹²²⁹ Gretton, Proprietary, s. 572.

¹²³⁰ Lord Millett'in bir makalesinden alıntılanan şu pasaj bu anlayış farklılığını gözler önüne sermektedir: "Bu olay üç taraflı bir hukuki ilişkiye dayanmaktadır. (A), (B)'nin maliki olduğu şeyin devrine ilişkin tasarruf yetkisine sahiptir ve bu yetkisini hukuka aykırı şekilde kullanarak mülkiyeti (*legal title*) (C)'ye devreder. Bu durumda (B) söz konusu şeyi geri almak için dava açacaktır. *Civil law* terminolojisine göre (B) istihkak talebini ileri sürecektir. Alman hukukunda bu talep sebepsiz zenginleşme hukukunun değil, eşya hukukunun konusunu teşkil etmektedir." ("This is the three-party case, in which A has power to deal with B's property and wrongfully transfers legal title to the property to C. In such a case B sues to recover his own property; in civil law terms, he vindicates his title. German law locates such cases in the law of property, not unjust enrichment.") Bkz. Peter Millett, The Law of Restitution: Taking Stock, Amicus Curiae, C. 14, 1999, s. 4. Açıkça görüldüğü üzere Lord Millett, (B)'nin mülkiyetin (C)'ye devredilmiş olmasına rağmen istihkak talebini ileri sürebileceğini ifade etmiştir. Bunun hukuken doğru olmadığı açıktır; zira istihkak talebinin ileri sürülebilmesi için hiç kuşkusuz mülkiyetin kaybedilmemiş olması gerekir. Eğer mülkiyet hakkı bir şekilde kaybedilmişse, sebepsiz zenginleşme kurallarının ancak o zaman devreye girmesi mümkündür. Lord Millett'in ilgili pasajının aynı yönde eleştirisi için bkz. Gretton, Proprietary, s. 572. Bununla birlikte kanımca burada Lord Millett'in 'istihkak talebi' ifadesiyle kastettiğinin aslında *constructive trust* yapısı sayesinde ortaya çıkan türev mülkiyet hakkı olduğunu söylemek mümkündür. *Common law*'da, *civil law* sistemlerinin aksine, sebepsiz zenginleşme talebi ve aynı talep bir arada bulunması mümkün olmayan, birbirini dışlayıcı kavramlar olarak düşünülmemektedir. Lord Millett'in alıntılanan pasajında olduğu gibi (A)'nin mülkiyet hakkının (B) tarafından üçüncü kişi (C)'ye devredilmesi durumunda kural olarak bu üçüncü kişinin mülkiyet hakkını kazandığı konusunda bir şüphe yoktur. Ancak bu kişinin (iyi niyetli ve ivazlı kazanımlar hariç olmak üzere) bu mülkiyet hakkını bir *constructive trust* yapısı bünyesinde elinde bulundurduğu, bu sayede (A)'nın söz konusu şey üzerinde bir türev mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Başka bir deyişle bir *constructive trusttan* doğan türev mülkiyet hakkı, istihkak hakkına benzetilmektedir. Aynı yönde bir benzetmenin, ancak bu sefer daha açık ifadelerle, Profesör Birks tarafından da yapılmış olduğu hatırlatılmalıdır. Benzer yönde bkz. Gretton, Proprietary, s. 585; Smith, Property, s. 619.

Bu bilgiler ışığında *common law* sistemlerinde hem aynı hakka hem de aynı talebe ilişkin bakış açısının genel olarak *civil law* sistemlerinden ve bunların içinde yer alan Türk hukukundan farklı olduğu sonucuna varmak mümkündür. Bu farklılığın bir diğer önemli sonucu ise kendini İngiliz hukukunda anlaşıldığı şekliyle aynı talebin kapsamı bağlamında göstermektedir. Kısaca özetlemek gerekirse kural, bir şey üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kimsenin, daha sonra bu şeyden izinsiz olarak elde edilen ürünler ve/veya bu şeyin yerine geçen ikame değerler üzerinde de mülkiyet hakkına sahip olduğunun kabul edilmesidir. Başka bir deyişle bu hâllerde ne aynı hakkın ne de aynı talebin kapsamının asıl şeyle sınırlı olduğu düşünülmektedir.

Bu bakış açısını yine eşya hukukuna bakışın felsefi temelleriyle anlamlandırmak mümkün olabilir. Üzerinde mülkiyet hakkına sahip olunan bir şeye ilişkin iki türlü düşünsel yaklaşımın benimsenmesi mümkündür. İlki, *civil law* hukukçularının aşına olduğu, bu şeyi ferdileştirerek onu gerçekten sınırları belli, somut, gerçek bir 'şey' olarak görmektir. İkinci ihtimal ise üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olunan şeyi bir 'değer' olarak kabul etmek ve bu şeyi de ancak içinde barındırdığı değer bir kılıfı olarak düşünmektir.¹²³¹ İlk bakış açısı kabul edildiğinde, ki Türk eşya hukukunda benimsenen bakış açısı budur, mülkiyet hakkı ancak söz konusu 'şey' ile ilişkili olarak kurulabilir ve bu şeyin yok olması veya devredilmesi durumunda ise sona erer.¹²³² Buna karşılık mülkiyet hakkının bir 'değer' üzerinde kabul edildiği varsayımında, ki trust fonu kavramı bunun en tipik örneğidir,¹²³³ bu değerden türeyen her türlü başka değer üzerinde de mülkiyet hakkının devam ettiği sonucuna varmak mümkün olmaktadır. Türk hukuku açısından bakıldığında bu ikinci bakış açısının anlamlandırılmasının kolay olmadığı kabul edilmelidir. Bu bakış açısının bu çalışmanın konusu açısından en iyi örneği, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali

¹²³¹ Bernard Rudden, Things as Thing and Things as Wealth, Oxford Journal of Legal Studies, C. 14, 1994, s. 83.

¹²³² Kuşkusuz Kanun'da bunun birtakım istisnaları mevcuttur. Bunların başında ise TMK m. 684'de düzenlenen bütünleyici parçalar ve TMK m. 685'de düzenlenen doğal ürünler gelmektedir.

¹²³³ Rudden, s. 87.

durumunda devreye giren *tracing* prosedürüdür.¹²³⁴ Trustın işleyişi için öneminden dolayı aşağıda bu husus ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

c. *Tracing*

Türkçe'ye 'izini sürme' olarak çevrilebilecek *tracing, common law*'a özgü bir kurum olup özetle bir kişinin sahip olduğu aynı talebin asıl şeyin yerine geçen kaim değerler üzerinde de ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir. İngiliz hukukunda *tracing* prosedürüne hem *common law* kuralları uyarınca hem de *equity* hukukunda yer verildiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte bu iki hukuk sisteminde *tracing*'in kapsamının farklı olduğu belirtilmelidir. Bu farkları incelemeden önce *tracing* talebinin temelini oluşturan ve Türk hukukunun da bir parçası olan aynı ikame prensibinden bahsedilmesi yol gösterici olacaktır.

- Aynı İkame İlkesi

Aynı ikame (*dingliche Surrogation, subrogation réelle*) ilkesi, bir kimsenin belirli bir şeye ilişkin olarak ileri sürebileceği aynı talepleri, bu şeyin yerine geçen ve belirlenebilir kaim değerler üzerinde de ileri sürebilmesi anlamına gelmektedir ("Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei").¹²³⁵ Böylece asıl şey üzerindeki aynı hakkın dolaysız bir şekilde ve kendiliğinden bu şeyin yerine geçen şey üzerinde varlığını sürdürdüğü kabul edilmektedir.¹²³⁶ Bu nedenle Serozan/Engin aynı ikameyi *büyülü ve dolaysız bir hak kazanma tekniği* olarak nitelendirmektedir.¹²³⁷

¹²³⁴ Benzer yönde bkz. Graziadei, Property, s. 93 ("Finally in all common law countries proprietary claims have evolved to recover an asset substituted for the original property, or its proceeds. (...) Such remedies show the possibility of thinking of property as wealth (...)")

¹²³⁵ Nüşin Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Sevinç Matbaası, 1968, s. 69, 72; Dimitrios Devetzi, Die Dingliche Surrogation als Rechtsprinzip, V&R Unipress, 2018, s. 37; Andreas Girsberger, Die Dingliche Surrogation, Verlag Sauerländer Aarau, 1956, s. 16; A. J. Oakley, Proprietary Claims and Their Priority in Insolvency (bundan böyle 'Insolvency'), Cambridge Law Journal, C. 54, S. 2, 1995, s. 379; Sirmen, s. 340.

¹²³⁶ Cincelli, s. 507; Devetzi, s. 37; Serozan, Eşya, s. 92.

¹²³⁷ Serozan/Engin, s. 107.

Aynı ikame ilkesi ve aşağıda incelenecek olan *tracing* birbirine büyük ölçüde denk gelen kavramlardır.¹²³⁸ Bununla birlikte *tracing*'in aynı ikame ilkesini temel alan bir süreç ya da bir faaliyet olarak tanımlanması daha isabetli olacaktır. Zira *tracing*'den kasıt, trust fonunda yer alan ve izinsiz bir şekilde trust fonundan çıkan mal varlığı unsurunu ikame eden değer ne olduğunun ve kimin elinde bulunduğu belirlenmesi faaliyetidir.¹²³⁹ Bazı yazarlar sadece asıl şeyin yerine geçen kaim değer değil, asıl şeyin ta kendisinin tespit edilmesinin de *tracing* faaliyetinin bir boyutu olduğunu ileri sürmektedir. Bununla birlikte kanımca da isabetli olan daha yaygın görüş, bu iki durumunun birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹²⁴⁰ Buna göre asıl şeyin kimin elinde olduğunun tespit edilmesi *tracing* olarak değil, *following* olarak nitelendirilmelidir.¹²⁴¹ Aşağıda inceleneceği üzere, trust fonundan izinsiz şekilde çıkarılan şeyi iyi niyetle ve ivazlı olarak devralan kişinin bu kazanımı korunacağı için bu durumda lehtarın tek seçeneği, bu şeyin kaim değerinin peşine düşmek olmaktadır. Ancak böyle bir durum söz konusu değilse, lehtarın türev mülkiyet hakkını asıl şeyi elinde bulunduran üçüncü kişilere karşı ileri sürmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.¹²⁴² Bu durumda söz konusu üçüncü kişinin kim olduğunun tespit edilmesi Türkçe'ye takip etme olarak çevrilebilecek *following* faaliyeti olarak nitelendirilmektedir. Özetle ikisi arasındaki temel fark, tespit edilmek istenen şeyin

¹²³⁸ Cincelli, s. 212; Gretton, Proprietary, s. 577; Lionel Smith, The Law of Tracing (bundan böyle 'Tracing'), Clarendon Press, 1997, s. 11-12.

¹²³⁹ *Boscawen v Bajwa* [1996] 1 WLR 328, 334 ("Tracing properly so-called, however, is neither a claim nor a remedy but a process. (...) It is the process by which the plaintiff traces what has happened to his property, identifies the persons who have handled or received it, and justifies his claim that the money which they handled or received (and, if necessary, which they still retain) can properly be regarded as representing his property.") Benzer yönde bkz. Cincelli, s. 212; Smith, Tracing, s. 6, 11-12.

¹²⁴⁰ Bu yönde örneğin bkz. Cincelli, s. 210-211; Panesar, s. 710; Smith, Tracing, s. 6-8; Virgo, s. 551; Webb/Akkouh, s. 316. Ayrıca bkz. *Foskett v McKeown* (2001) 1 AC 102, 127 (Lord Millett: "The process of ascertaining what happened to the plaintiffs' money involves both tracing and following. These are both exercises in locating assets which are or may be taken to represent an asset belonging to the plaintiffs and to which they assert ownership. The processes of following and tracing are, however, distinct. Following is the process of following the same asset as it moves from hand to hand. Tracing is the process of identifying a new asset as the substitute for the old.")

¹²⁴¹ Cincelli, s. 210-211; Hudson, s. 894; Lewin on Trusts, s. 1656; Pettit, s. 550; Smith, Tracing, s. 6-8; Underhill/Hayton, s. 1191; Virgo, s. 551; Webb/Akkouh, s. 316.

¹²⁴² Penner, s. 351.

usulsüzce elden çıkarılan asıl şey mi yoksa kaim değer mi olduğu noktasında toplanmaktadır.¹²⁴³ Hem *tracing* hem de *following*'in birer hukuki ilke veya başlı başına bir hak değil, bir süreç veya bir faaliyet olduğunun altı çizilmelidir.¹²⁴⁴ Ancak asıl şeyin kimin elinde olduğunun (*following*) veya bunun yerine geçen kaim değer ne olduğunun (*tracing*) tespit edilmesi sonucunda mülkiyet hakkı ihlal edilen kişinin elindeki hakları ileri sürmesi mümkün olmaktadır. Bu doğrultuda her iki faaliyetin de aynı hakların ileri sürülebilmesi için bir ön şart olarak nitelendirilmesi mümkündür.¹²⁴⁵

Smith'in de belirttiği üzere bir hukuk sisteminin aynı hakların korunması bakımından sadece asıl şeye odaklanması, dolayısıyla kaim değer izinin sürülmesi ve üzerinde aynı hak iddia edilmesi fikrine yanaşmaması pekâlâ mümkündür.¹²⁴⁶ Diğer bir ifadeyle bir hukuk sisteminin *following* esasını üzerine kurulu olması ve *tracing*'e yer vermemesi ya da bunu istisnai bir faaliyet olarak

¹²⁴³ *Smith*, *Tracing*, s. 8.

¹²⁴⁴ *Hudson*, s. 894-895; *Moffat*, s. 668; *Smith*, *Tracing*, s. 10-13. Ayrıca bkz. *Boscawen v Bajwa* [1996] 1 WLR 328, 334 ("Tracing properly so-called, however, is neither a claim nor a remedy but a process.")

¹²⁴⁵ Bu noktada geriye etkili *tracing* (*backwards tracing*) sorunsalından kısaca bahsedilmesi yerinde olacaktır. Geriye etkili *tracing*, güvenilenin, mülkiyetini güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinden önce elde ettiği bir şeyin bedelini, daha sonra bu ihlal sonucunda kendi mal varlığına geçirdiği değer ile ödemesi durumunda bu şeyin bir kaim değer olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Bu konuda *Smith*'in verdiği örnek şu şekildedir: Güvenilen, bedelini daha sonra ödemek üzere bir araba satın almıştır. Daha sonra güvenilen, trust fonunda yer alan hisse senetlerini trustın kurucu belgesine aykırı bir şekilde satıp, bunların karşılığında almış olduğu parayla arabasının borcunu ödemiştir. Kısacası güvenilen, trust ihlali sonucunda kendi mal varlığına giren para ile mevcut bir borcunu ifa etmiştir. Bu durumda bu arabanın bir kaim değer olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği uzun yıllardır *tracing* faaliyetine ilişkin en temel tartışmalardan birinin konusu olmuştur. Bir göre göre *tracing*, yani asıl şeyin yerine geçen kaim değeri tespit etme faaliyeti, ancak ileriye yönelik bir araştırmayı mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla güvenilenin trust ihlali öncesinde mal varlığında yer alan bir unsurun (her ne kadar bu şeyin bedeli daha sonra ödenmiş olsa da) kaim değer olarak nitelendirilmesi mümkün olmamalıdır. Bu yönde bkz. *Matthew Conaglen*, *Difficulties With Tracing Backwards*, LQR, C. 127, 2011, özellikle s. 446 vd. Buna karşılık öğretilde aksi görüşün de savunulduğu görülmektedir. Aksi görüşte örneğin bkz. *Smith*, *Tracing*, s. 146 vd. Son olarak 2015 yılında Kraliyet Danışma Meclisi Hukuk Komitesi tarafından verilen bir kararda geriye etkili *tracing*'in prensip olarak mümkün olduğunun açıkça kabul edildiği görülmektedir. Bkz. *The Federal Republic of Brazil & Anor v Durant International Corporation & Anor (Jersey)* [2015] UKPC 35, N. 40. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *James Penner*, 'Sort Of Backwards Tracing, Equity, Trusts and Commerce' (ed. Paul S. Davies/James Penner), Hart Publishing, 2017, s. 123 vd.; *Virgo*, s. 567-572.

¹²⁴⁶ *Smith*, *Tracing*, s. 15, 17.

öngörmesi anlaşılabilir bir hukuk politikası tercihidir. Bu hukuk politikası tercihi de esasen mülkiyet kavramına bakış açısıyla doğrudan ilgilidir. Zira *tracing*, ancak mülkiyet kavramının şey ile kurulan ilişkiden ziyade şeyde içkin değer olarak anlaşılması durumunda anlam kazanmaktadır.¹²⁴⁷ Bu nedenle, yukarıda açıklandığı üzerine mülkiyet hukukunun şey ile kurulan ilişki ve *dominium* kavramı üzerine kurulu olduğu *civil law* sistemlerinde aynı ikame ilkesinin temel bir ilke olup olmadığının tartışmalı (ve genel görüşün olumsuz yönde) olduğunu söylemek mümkündür.¹²⁴⁸

Bununla birlikte *civil law* sistemlerinde de, *common law*'a kıyasla çok daha sınırlı olmak üzere, bazı hâllerde aynı ikame ilkesinin uygulama bulduğu görülmektedir.¹²⁴⁹ Bu hâllerin başında belirli özel mal varlıkları (*Sondervermögen*) gelmektedir.¹²⁵⁰ Her kişinin tek bir mal varlığı olması ve buna bağlı olarak kişinin borçlarından tüm mal varlığıyla sorumlu olması ilkelerinin bir istisnasını teşkil eden¹²⁵¹ özel mal varlığı kavramı, bir kimsenin mal varlığında yer alan ancak farklı bir hukuki rejime tâbi olduğu kabul edilen ve bu kişinin mal varlığında yer alan diğer unsurlardan bağımsız bir şekilde belirli hukuki işlemlerin konusunu oluşturabilen sınırlandırılmış bir haklar bütünü olarak tanımlanmaktadır.¹²⁵² Tüzel kişiliği haiz olmamakla birlikte sahip oldukları bu özerk statü nedeniyle özel mal varlıklarının bazı yazarlar tarafından *quasi*-tüzel kişilik olarak nitelendirildiği

¹²⁴⁷ Smith, *Tracing*, s. 15. Ayrıca bkz. Véronique Ranouil, *La Subrogation Réelle en Droit Civil Français*, Paris Librairie Générale de Droit en de Jurisprudence, 1985, s. 25.

¹²⁴⁸ Devetzis, s. 21; Girsberger, s. 78-79. Aynı ikame ilkesinin aslında Kara Avrupası sistemlerine yabancı olduğu yönünde bkz. Ayiter, s. 90.

¹²⁴⁹ Smith, *Tracing*, s. 18.

¹²⁵⁰ Cem Akbryık, *Miras Sebebiyle İstihkak Davası (bundan böyle 'İstihkak')*, Der Yayınları, 2003, s. 241-242; Devetzis, s. 151; Martin Eggel, *Studie zur Surrogation im schweizerischen Recht*, Stämpfli Verlag, 2013, s. 45-49; Gretton, *Proprietary*, s. 577; Serozan/Engin, s. 107; Supino, s. 127. Nitekim bu nedenle aynı ikame ilkesinin hukuki tümlük (*universitas juris*) ile maddi tümlük (*universitas facti*) kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi için bir kilit nokta olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Akbryık, *İstihkak*, s. 242; Ayiter, s. 72; Girsberger, s. 24 vd. Hukuki ve maddi tümlük kavramlarına ilişkin olarak bkz. Ayiter, s. 11 vd.

¹²⁵¹ Cincelli, s. 510-511; Reichard, s. 109; Tekinay, s. 4. Mal varlığının tekliği ilkesi olarak anılan bu ilkeye ilişkin ayrıca bkz. aşağıda s. 596 vd.

¹²⁵² Ayiter, s. 29. Özel mal varlığı (hususî mamelek) kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, s. 29-35.

belirtilmelidir.¹²⁵³ Bu doğrultuda özel mal varlığı kavramından bahsedilebilmesi için üç şartın birlikte var olması gerektiği ifade edilmelidir: Öncelikle kişinin mal varlığının belirli bir kısmı ayrılmış, diğer bir ifadeyle somutlaştırılmış olmalı, söz konusu bu kısım özel bir hukuki statüye tâbi kılınmış olmalı ve işbu statü Kanun tarafından verilmiş olmalıdır.¹²⁵⁴ Özel mal varlığı kavramının Türk özel hukukunun çeşitli yerlerinde karşımıza çıktığı görülmektedir. Örneğin miras hukukunda üç farklı hâlde özel mal varlığı kavramıyla karşılaşıldığı görülmektedir.¹²⁵⁵ Bunlardan ilki miras ortaklığı durumudur. Bu durumda ortaklığın konusunu oluşturan terekenin, ortakların mal varlığından bağımsız, ayrı bir mal varlığı oluşturduğu kabul edilmektedir.¹²⁵⁶ Tek mirasçının bulunduğu ihtimalde, başka bir ifadeyle terekenin bir miras ortaklığının konusunu teşkil etmeksizin doğrudan söz konusu mirasçıya külli bir şekilde intikal ettiği ihtimalde, mirasın reddi süresi (üç ay) boyunca da terekenin bir özel mal varlığı olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹²⁵⁷ Son olarak, art mirasçılık durumunda da terekenin ön mirasçının elinde bulunduğu süre boyunca bir özel mal varlığı oluşturduğu ifade edilmektedir.¹²⁵⁸ Bunun dışında söz gelimi sermaye piyasası hukukunda yatırım

¹²⁵³ Eggel, s. 49; Gretton, Without Equity, s. 616-617.

¹²⁵⁴ Okay Durman, İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 9; Reichard, s. 115; Supino, s. 127. Bu doğrultuda inançlı temlik hâlinde sözleşme konusunun bir özel mal varlığı teşkil ettiğinin kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira sözleşmenin konusu mal varlığı unsuru tam anlamıyla inanılan kişinin mal varlığına dahil olmakta, bu kişinin iflası durumunda da iflas masasına girmektedir. Nitekim inançlı işlem ve trust yapıları arasındaki en önemli farklardan birinin de bu olduğu ifade edilmelidir. Alman hukukunda mevcut olan trust-benzeri *Treuhand* yapısında ise söz konusu mal varlığının bir özel mal varlığı oluşturduğu anımsanacaktır. Krş. Durman, s. 9. Durman, inançlı temlik durumunda inanılanın mal varlığına giren unsurların bir özel mal varlığı oluşturduğunu ifade ettikten sonra, bunun genellikle bir ya da birkaç parça mal varlığını konu aldığını, diğer örneklerin aksine bir yığın ya da bütünü konu almadığını gerekçe göstererek bu hâlde 'inançlı temlik konusu malın bir özel mal varlığı oluşturduğunun tam olarak iddia edilemeyeceğini' ifade etmiştir.

¹²⁵⁵ Serozan/Engin, s. 107.

¹²⁵⁶ Nüşin Ayiter/Ahmet Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınları, 1991, s. 258; Serozan/Engin, s. 106-107.

¹²⁵⁷ Serozan/Engin, s. 107.

¹²⁵⁸ Ayiter, s. 33; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 3. bası, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1992, s. 134; Serozan/Engin, s. 107.

fonlarının mal varlığının,¹²⁵⁹ iflas durumunda iflas masasının¹²⁶⁰ ve tartışmalı olmakla birlikte bir görüşe göre ticari işletmenin¹²⁶¹ de bir özel mal varlığı oluşturduğu kabul edilmektedir.

Bu yönde Türk-İsviçre hukukunda aynı ikame ilkesinin, Kanun'da genel bir ilke olarak açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, miras sebebiyle istihkak davası bağlamında uygulanması gerektiğinin ileri sürüldüğü görülmektedir.¹²⁶² Bunun yanında ön mirasçının elinde tuttuğu özel mal varlığı için de aynı ikame ilkesinin devreye gireceği ifade edilmektedir.¹²⁶³ Bu bağlamda aynı ikame ilkesiyle amaçlananın söz konusu özel mal varlığının değerinin eksilmeden korunabilmesi olduğunu söylemek mümkündür.¹²⁶⁴ Dolayısıyla aynı ikame ilkesi, özellikle trustta veya terekede olduğu gibi, mal varlığının başka biri tarafından yönetildiği veya elde tutulduğu kurgularda önem kazanmaktadır.¹²⁶⁵ Çünkü *Ayiter*'in ifadesiyle "bir

¹²⁵⁹ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 33, dn. 5; Durman, s. 17-21; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 180.

¹²⁶⁰ Ayiter, s. 33; Durman, s. 11-13; Tekinay, s. 4.

¹²⁶¹ Durman, s. 10; Eggel, s. 114; Tekinay, s. 4. Aksi görüşte bkz. Arkan, s. 33-34; Ayiter, s. 44; Ali Bozer/Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015, s. 12-13; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 180-181.

¹²⁶² Akbıyık, Vasiyet, s. 63-64; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 258; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 661. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akbıyık, İstihkak, s. 236 vd. Aksi yönde bkz. Ayiter, s. 81-83. İsviçre hukuku bağlamında aynı yönde bkz. Paul Henri Steinauer, Le Droit des Successions, Stämpfli Editions, 2006, s. 535; BSK ZGB – II/Forni/Piatti, Art. 599, N. 2-5; Peter Tuor/Vito Picononi, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1964, Art. 599, N. 14 vd.; PraxKomm Erbrecht/Abi, Art. 599 ZGB, N. 6-9. Bunun yanı sıra evlilik mal rejiminde ve çocuk mallarında da aynı ikame ilkesiyle karşılaşıldığı yönünde bkz. Serozan/Engin, s. 108. Alman Hukukunda aynı ikame ilkesinin açıkça düzenlendiği birtakım hükümlerin mevcut olduğu belirtilmelidir. Örneğin bkz. BGB § 1646, §2019, § 2111, § 2041. Alman hukukunda aynı ikame ilkesinin somut görünümüne ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Devetzis, s. 115 vd. Bununla birlikte *fiduziarische Treuhand* bağlamında aynı ikame ilkesinin kabul edildiği bir mahkeme kararının bulunmadığı belirtilmelidir. Buna ilişkin olarak bkz. Kötz, Germany, s. 185. Fransız hukukunda aynı ikame ilkesine ilişkin güncel bir değerlendirme için bkz. Sliwka, s. 136-141.

¹²⁶³ Cincelli, s. 509; Serozan/Engin, s. 107; Tuor/Picononi, Art. 599, N. 15.

¹²⁶⁴ Akbıyık, İstihkak, s. 244; Ayiter, s. 69; Devetzis, s. 30.

¹²⁶⁵ Ayiter, s. 75.

*mamalek kütlesi ile ilgili iktisapların, diğer mamelek kütlesi tarafından yutulmaması gerekir”.*¹²⁶⁶

Ancak aynı ikame ilkesinin sadece özel mal varlıkları bağlamında uygulama bulunduğu düşünülmemelidir. Zira başka hâllerde de, söz gelimi sınırlı aynı hakların korunması bakımından da, aynı ikame ilkesinin devreye girdiği görülebilmektedir.¹²⁶⁷ Nitekim aynı ikamenin kabul edildiği kuralların çeşitliliğinin, aynı ikamenin ortak bir temele oturtulması ve bir ilke olarak kabul edimesini güçleştirdiğini söylemek mümkündür.¹²⁶⁸ Sınırlı aynı haklar bakımından aynı ikamenin kabul edildiği hükümlere, intifa hakkına ilişkin TMK m. 798/2 ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 7 örnek gösterilebilir.¹²⁶⁹

Bu noktada aynı ikame ilkesinin, sorumluluk hukukunda karşımıza çıkan kaim değer (*Surrogat*) sorunsalından ayırt edilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir.¹²⁷⁰ Zira bu durumda ancak bir nisbi hakkın konusunun değişmesi söz konusu olup aynı etki söz konusu değildir.¹²⁷¹ Buna karşılık aynı ikame ilkesinde, mülkiyet hakkının kendiliğinden ve dolaysız bir şekilde başka bir eşyaya geçmesi söz konusudur.¹²⁷² Başka bir ifadeyle ikamenin aynı etkiyle donatılması sayesinde, zilyetliğin devri veya tescil söz konusu olmaksızın, alışılmışın dışında bir aynı hak iktisabı mümkün olmaktadır.¹²⁷³ Kanımca tam da bu nedenden dolayı aynı ikame ilkesini *bir* “hukuki büyü” olarak tarif etmek mümkündür.

¹²⁶⁶ Ayiter, s. 79. Benzer yönde bkz. Eggel, s. 48-49.

¹²⁶⁷ Bunun dışında örneğin TMK m. 770’de düzenlendiği gibi kaybolmuş eşyanın bulunması durumunda da aynı ikame ilkesine yer verildiği görülür. Bkz. Serozan, Eşya, s. 320.

¹²⁶⁸ Benzer yönde bkz. Eggel, s. 29; Girsberger, s. 13.

¹²⁶⁹ Buna karşılık taşınır rehni hakkında aynı ikamenin öngörülmesi olmadığı ifade edilmelidir. Bkz. Serozan, Eşya, s. 355. Türk hukukunda rehin hakkı bakımından da aynı ikamenin benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. Aslı Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 381. Krş. Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 5. bası, 2017, s. 242.

¹²⁷⁰ Devetzi, s. 64. Ayrıca bkz. Eggel, s. 109-110.

¹²⁷¹ Devetzi, s. 64-65; Girsberger, s. 80.

¹²⁷² Devetzi, s. 37; Serozan, Eşya, s. 92.

¹²⁷³ Akbıyık, İstihkak, s. 250; Serozan, Eşya, s. 309.

Bununla birlikte *common law* sistemlerinin aksine Türk-İsviçre hukukunda aynı ikame ilkesinin genel bir prensip olduğu kabul edilmemektedir.¹²⁷⁴ Zira aynı ikame istisnai nitelikte bir hukuki kurgu olarak düşünülmektedir. Bu nedenle Kanun'da açıkça düzenlenmediği durumlarda aynı ikame ilkesinin kıyas yoluyla uygulanması hususunda da en iyimser ihtimalle temkinli davranılması gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁷⁵ Bununla birlikte, yukarıda bahsedilen açık hükümler göz önünde bulundurulduğunda, aynı ikamenin başlı başına Türk hukuk sistemine yabancı veya aykırı bir kurgu olduğunu iddia etmek de mümkün gözükmemektedir.¹²⁷⁶ Ayrıca, mirasçıların istihkak davası bağlamında da aynı ikame ilkesinin genel olarak kabul edilmesinin, ileride Türk hukukunda trust yapısının benimsenmesi ihtimali bakımından öneminin büyük olduğu ifade edilmelidir. Bunun nedeni, her iki yapı için de aynı ikame ilkesinin öngörülmesinin arkasındaki sebeplerin, mantığının ve işleyişin aynı olmasıdır.¹²⁷⁷ Dolayısıyla trust yapısının Türk hukuk sistemine uygunluğu tartışması bağlamında, aynı ikamenin Türk hukukunun bir parçası olmadığına bir karşı iddia olarak sunulmasının isabetli olmadığı şimdiden ifade edilmelidir.¹²⁷⁸

Common law'a dönecek olursa, aynı ikamenin trust hukukunun da temelinde yer alan, genel bir hukuki ilke olarak düşünüldüğü görülmektedir.¹²⁷⁹ Hâkim *Ellenborough LJ*, 1815 yılında verilen *Taylor v Plumer* kararında aynı ikame ilkesini şu sözlerle açıklamıştır:

¹²⁷⁴ Ayiter, s. 90; Cincelli, s. 507; Girsberger, s. 86.

¹²⁷⁵ Serozan, Eşya, s. 92. Benzer yönde bkz. Ayiter, s. 90-91; Eggel, s. 16. Aynı ikamenin ancak Kanun'da açıkça öngörüldüğü hâllerde uygulanabileceği yönünde bkz. Girsberger, s. 83; Sirmen, s. 340; Supino, s. 127. Aynı ikamenin İsviçre özel hukukuna hâkim temel ilkelerle olan ilişkisine dair bir değerlendirme için bkz. Eggel, s. 112-113.

¹²⁷⁶ İsviçre hukuku bağlamında benzer yönde bkz. Cincelli, s. 507.

¹²⁷⁷ Cincelli, s. 508-509.

¹²⁷⁸ İsviçre hukuku bağlamında aynı görüşte olan *Cincelli*, trust kurumunun iç hukukta kabul edilmesi durumunda, aynı ikame ilkesinin mirasçıların istihkak davasında olduğu gibi kıyas yoluyla uygulanabileceğini, ancak kuşkusuz pozitif bir aynı ikame düzenlemesinin daha yerinde olacağını ifade etmektedir. Bkz. Cincelli, s. 510.

¹²⁷⁹ Cincelli, s. 507.

“Asıl şeyden elde edilen ürünler veya onun yerine geçen kaim değerlerin, bu şeyler belirlenebilir oldukları müddetçe, söz konusu asıl şeyin doğasından kaynaklandığı, ondan doğduğu kabul edilmelidir. Ancak asıl şeyin paraya çevrilmesi ve karışması durumunda veya aynı cinsten ürünlerle karışarak belirliliğini kaybetmesi durumunda bu şeyin izini sürme hakkı da sona ermektedir.”¹²⁸⁰

Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere *tracing* faaliyeti sonucunda bir aynı hakkın ileri sürülebilmesi için, tespit edilen kaim değer tabiri caizse ‘temiz’ (*clean substitution*) olması gerekmektedir. Buna karşılık kaim değer karışma, birleşme yoluyla belirliliğini kaybetmesi söz konusuysa *common law* kuralları çerçevesinde *tracing* faaliyetinin sürdürülmesi mümkün değildir. Buna karşılık *equity* hukukunun belirli şartlar altında lehtar açısından çok daha esnek bir *tracing* usulüne izin verdiği görülmektedir. Aşağıda *tracing*, bu iki hukuk kuralları bütünü özelinde ayrı ayrı incelenecektir.¹²⁸¹

Ancak bu incelemeye geçmeden önce, aynı ikame ilkesinin ve *tracing* faaliyetinin lehtar açısından öneminin üzerinde durulması yerinde olacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere lehtarın iyi niyetli ve ivazlı üçüncü kişi alıcı (*bona fide purchaser*) söz konusu olmadığı müddetçe üzerinde türev mülkiyet hakkına sahip olduğu ve usulsüzce trust fonundan çıkarılan şeye ilişkin aynı taleplerini ileri sürmesi mümkündür. Peki lehtarın bu hakkı mevcutken, bu şeyin yerine geçen kaim değeri

¹²⁸⁰ *Taylor v Plumer* 1815) 3 M&S 562, 575 (“ (...) the product of or substitute for the original thing still follows the nature of the thing itself, as long as it can be ascertained to be such, and the right only ceases when the means of ascertainment fail, which is the case when the subject is turned into money, and mixed and confounded in a general mass of the same description.”)

¹²⁸¹ *Common law* ve *equity* kuralları uyarınca yürütülecek olan *tracing* faaliyetinin farklı kurallara tâbi olmasının eleştirilere maruz kaldığı ve güncel bir tartışmanın konusunu oluşturduğu belirtilmelidir. Bu tartışmanın temelinde, çalışmanın en başında kısaca incelenen *fusion* fikri yer almaktadır. Eldeki çalışmaya ilişkin konu sınırlaması nedeniyle bu görüşlere ayrıntılı olarak yer verilmemiş, aşağıda *tracing* kuralları *de lege lata* perspektifinden incelenmiştir. Söz konusu tartışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Peter Birks**, *The Necessity of a Unitary Law of Tracing*, *Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode* (ed. Ross Cranston), Clarendon Press, 1997, s. 239 vd.; **Moffat**, s. 660 vd.; **Panesar**, s. 711 vd.; **Smith**, *Tracing*, s. 120 vd.; **Webb/Akkouh**, s. 318 vd.

tespit ederek onu aynı talebinin konusu yapmayı tercih etmesinin arkasındaki sebep ne olabilir?

Bu soru karşısında aynı ikameye ilişkin olarak akla gelebilecek en azından iki çok önemli avantajın bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu avantajlardan ilki kendisini trust fonunda yer alan bir mal varlığı unsurunu trustın kurucu belgesine aykırı olarak trust fonundan çıkararak güvenilenin iflas etmesi durumunda göstermektedir.¹²⁸² Lehtarın, talep muhatabının elinde bulunan, asıl şeyden farklı fakat ondan kaynaklandığı tespit edilebilen belirli bir şey üzerinde aynı talebe sahip olması onu kuşkusuz çok daha avantajlı bir konuma getirmektedir. Zira bu durumda söz konusu şeyin iflas masasından ayrılması mümkündür.¹²⁸³ Buna karşılık aynı ikame prensibinin kabul edilmediği durumda lehtarın elindeki tek talep sebepsiz zenginleşme talebidir. Bu ise lehtarın, müflis güvenilenin diğer alacaklılarıyla birlikte sıraya girmesi ve bu nedenle hak kaybına uğrama riskiyle karşı karşıya olması demektir.¹²⁸⁴ Dolayısıyla lehtarın, güvenilenin iflası riskine karşı tam anlamıyla korunması, ancak aynı ikame ilkesinin kabulüyle mümkün olabilmektedir.

Aynı ikame ilkesinin ikinci önemli avantajıysa iade borçlusunun sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi bir zenginleşmenin eksildiği savunmasına sahip olmamasıdır (TBK m. 79/1).¹²⁸⁵ Ayrıca kaim değer asıl şeyden yüksek olması da

¹²⁸² Akbıyık, İstihkak, s. 251; Ayiter, s. 70; Smith, Tracing, s. 24-25; Virgo, s. 538-539.

¹²⁸³ Akbıyık, İstihkak, s. 251; Ayiter, s. 70; Oakley, Insolvency, s. 379-380. Bu durumun müflisin diğer alacaklıları bakımından adaletsiz sonuçlara yol açması olasıdır. Ancak müflisle sözleşme ilişkisine giren ve bunun karşılığında bir teminat almayan alacaklıların (*unsecured creditors*) sözleşmenin diğer tarafının iflas etmesi riskini göze aldıkları, bu nedenle korunmaya değer bir menfaatlerinin bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Gretton, Proprietary, s. 586-587; Oakley, s. 380. Ayrıca bkz. *Space Investments Ltd v Canadian Imperial Bank of Commerce Trust Co (Bahamas) Ltd* [1986] 3 All ER 75, 76-77 (Hâkim Tempelman: "Where an insolvent bank goes into liquidation that equitable charge secures for the beneficiaries and the trust priority over (...) the claims of all other unsecured creditors. This priority is conferred because the customers or other unsecured creditors voluntarily accept the risk that the trustee bank might become insolvent and unable to discharge its obligations in full.")

¹²⁸⁴ Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 17-18.

¹²⁸⁵ İade borcunun elde kalanla sınırlanması kuralına ilişkin olarak bkz. Öz, Sebepsiz Zenginleşme, s. 149 vd.; Serozan, İfa Engelleri, s. 377 vd. Bu noktada trust hukuku bakımından önemli bir

lehtarın kaim değer üzerinde aynı talebini ileri sürmesi için önemli bir gerekçe olabilmektedir.¹²⁸⁶ Örneğin güvenilenin trust fonunda yer alan taşınır mal varlığı unsurunu kendi mal varlığına geçirdikten sonra sattığı ve bununla (A) şirketinden hisse aldığı varsayımında, bu süreçte (A) şirketi hisselerinin artmış olması, lehtar açısından asıl şeyi değil, kaim değeri talep etmek için önemli bir motivasyon teşkil edecektir. Sebepsiz zenginleşmede ise lehtarın talep edebileceği miktarının üst sınırı, tartışmalı olmakla birlikte, fakirleşme olgusuyla çizilmektedir.¹²⁸⁷ Buna

çekincenin ortaya konması gerekmektedir. Sebepsiz zenginleşmede zenginleşmenin eksildiği savunmasının tam karşılığı olmasa da, *common law* sebepsiz zenginleşme hukukunda da sebepsiz zenginleşen kişinin elinde önemli bir savunma imkânının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu savunma *change of position* olarak adlandırılmaktadır. İyi niyetle zenginleşmesi sonucunda ekonomik durumunda önemli değişiklikler meydana gelen kişinin zenginleşmesini iade etmesinin adil olmadığı düşünülürse, bu kişinin *change of position* savunmasını ileri sürebileceği kabul edilmektedir. *Change of position* savunması sebepsiz zenginleşme hukukunun bir parçasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hudson**, s. 935-943. Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda devreye girecek olan *tracing* faaliyetinin ise eşya hukukunun mu yoksa sebepsiz zenginleşme hukukunun mu bir parçası olduğu öğretide çok tartışmalı konulardan biridir. Bir görüşe göre *tracing* faaliyeti sonucunda tespit edilen kaim değer üzerinde *constructive trust* vasıtasıyla bir hak iddia edilmesi, sebepsiz zenginleşmenin geri çevrilmesi olarak düşünülmelidir. Bu yönde örneğin bkz. **Peter Birks**, Property, Unjust Enrichment and Tracing (bundan böyle 'Tracing'), Current Legal Problems, C. 54, S. 1, 2001, s. 245 vd.; **Andrew Burrows**, Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment (bundan böyle 'Unjust Enrichment'), LQR, C. 117, 2001, s. 423 vd. Eğer *tracing* faaliyetinin sebepsiz zenginleşmenin iadesini amaçlayan bir hukuki kurum olduğu görüşü kabul edilirse, zenginleşmenin eksildiği (*change of position*) iddiasının başarıya ulaşması mümkündür. Bununla birlikte *civil law* sistemleriyle uyumlu diğer görüşe göre ise kaim değer üzerinde aynı hak ileri sürülebilmesi, *tracing*'in eşya hukukunun bir parçası olduğu sonucuna varmamızı sağlamalıdır. Bu bakış açısı benimsenirse *tracing* faaliyeti bağlamında zenginleşmenin azalması gibi bir iddianın öne sürülmesi mümkün olmayacaktır. *Tracing*'in sebepsiz zenginleşme hukukunun değil, eşya hukukunun bir parçası olduğu yönünde bkz. **Hudson**, s. 950-951; **Rickett**, Tracing, s. 138; **Virgo**, s. 542. Nitekim mahkeme kararlarının da bu ikinci görüşü destekler yönde olduğu görülmektedir. Örneğin *Foskett v McKeown* (2001) 1 AC 102, 129.

¹²⁸⁶ **Smith**, Tracing, s. 26-27; **Virgo**, s. 539. Nitekim bu husus, *tracing* faaliyetini 'asıl şeyin içinde gizli olan değerın takip edilmesi' olarak açıklayan görüşün en fazla eleştiri topladığı noktalardan biridir. Mülkiyetin şey ile kurulan ilişkiden ziyade, bu şeyin içinde bulundurduğu değer üzerinde bir hak olduğu fikri, *tracing* faaliyetinin de bu değerın takip edilmesi olarak anlamlandırılmasına yol açmıştır. Ancak burada olduğu gibi, kaim değerın değerinin asıl şeyin değerinden yüksek olmasına rağmen talep edilebilir olması, bu argümanın zayıf noktasını teşkil etmektedir. Bu tartışmaya ilişkin bir çalışma için bkz. **Tatiana Cutts**, Tracing, Value and Transactions, Modern Law Review, C. 79, S. 3, 2016, s. 381 vd. **Cutts** ile aynı görüşte bkz. **Underhill/Hayton**, s. 1192.

¹²⁸⁷ Fakirleşme kıstasının tartışmalı olduğu kabul edilmekle birlikte, bunun yerine uygulanması gerektiği objektif zenginleşme kuralının da aynı şekilde iade talebinin kapsamını sınırlandırıcı bir işleve sahip olacağı ifade edilmelidir. Her iki durumda da, kaim ürünün değerinin asıl şeyden fazla olması ihtimalinde, iade borçlusunu açısından zarar azaltıcı bir kural öngörülmektedir. Buna ilişkin olarak bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, s. 374-377. Fakirleşme koşulunun aranıp aranmayacağı tartışmasına ilişkin olarak bkz. **Öz**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 36-45. Buna karşılık aynı talep söz

karşılık aynı ikame prensibi sayesinde aynı hakkın devam ettiği kurguda bu tür bir sınırlamaya yer yoktur.

Son olarak belirtmek gerekir ki kişinin rızası dışında elinden çıkarılan şeyin yerine her zaman bir başka aynı hakkın geçmesi zorunlu değildir. Kaim değer bir alacak hakkı da olabilir.¹²⁸⁸ Örneğin trust fonunda yer alan arabanın satılıp, paranın da ayrı bir banka hesabına konulması ihtimalinde durum böyledir. Kuşkusuz bu hâllerde de mülkiyet hakkı ihlal edilen kimsenin korunması gerekmektedir.¹²⁸⁹ Bu durumun aslında bazı dillerde kişisel ikame (*subrogation personnelle, personal subrogation*) olarak da anılan kanuni halefiyetten başka bir şey olmadığı ve yine mal varlığının eksiltilmesinin önlenmesi amacına hizmet ettiği ifade edilmelidir.¹²⁹⁰

- *Common Law* Kurallarına Göre Tracing

Yukarıda bahsedildiği üzere aynı ikameyi, *civil law* sistemlerinin aksine bir genel hukuk ilkesi olarak kabul eden *common law* sistemlerinde *tracing* faaliyetinin devreye girmesi için özel bir kanun hükmü ya da bir özel mal varlığı kurgusu olması zorunlu değildir. Dolayısıyla üzerinde aynı hak sahibi olduğu şey rızası dışında elinden çıkarılan malikin *tracing* kurallarını harekete geçirebilmesinin istisna değil, kural olduğunu söylemek mümkündür.

Kuşkusuz *common law* kurallarına göre *tracing* yapılabilmesi için, ilgili kişinin *common law* kurallarına göre aynı hak sahibi olması gerekmektedir.¹²⁹¹ Örneğin lehtarın sahip olduğu ve *equity* mahkemeleri önünde kabul gören türev mülkiyet hakkı, *common law* kuralları uyarınca yapılacak *tracing* için yeterli değildir.¹²⁹²

konusu olduğunda ne objektif zenginleşme ne de fakirleşme kıstasına benzer bir sınırlamaya yer verilmektedir.

¹²⁸⁸ Smith, Tracing, s. 143.

¹²⁸⁹ Smith, Tracing, s. 143. Nitekim bu nedenden dolayı aynı ikame deyiminin yanıltıcı olduğu, bunun yerine 'dolaysız ikame' teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı savunulmaktadır. Bkz. Serozan/Engin, s. 609.

¹²⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eggel, s. 153-155.

¹²⁹¹ Panesar, s. 713; Oakley, Insolvency, s. 378; Virgo, s. 556.

¹²⁹² Cincelli, s. 214.

Bununla birlikte trust fonundaki bir mal varlığı unsurunun güvenilenin rızası dışında elden çıkarılması durumunda, güvenilenin bu mal varlığı unsurunun kendisi (*following*) veya yerine geçen kaim değer üzerinde (*common law tracing*) aynı hakkını ileri sürmesi mümkündür. Zira hatırlanacağı üzere güvenilenin trust fonu üzerindeki hakkı *common law* mertebesinde tanınan bir asli mülkiyet hakkıdır.

Common law kuralları uyarınca yapılacak olan *tracing* faaliyetinin belki de en can alıcı noktası, kaim değer belirlenebilir ve temiz (*clean substitution*) olmaması ihtimalinde karşımıza çıkmaktadır.¹²⁹³ Yukarıda alıntılanan Hâkim *Ellenborough LJ* in *Taylor v Plumer* kararındaki pasajında da açıkça belirtildiği üzere, asıl şeyin yerine geçen kaim değer birleşme veya karışma sonucunda ayırt edilebilirliğini kaybetmesi, bu kaim değer üzerindeki aynı talebin de ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır.¹²⁹⁴

Common law'un bu bakış açısının Türk hukukuyla paralel olduğunu söylemek mümkündür. Zira Türk hukukunda da karışma/birleşme durumu, aynı ikame ilkesine bir istisna teşkil etmektedir.¹²⁹⁵ Örneğin bir özel mal varlığı olan terekede yer alan hisse senetlerinin satılması durumunda bunların karşılığında elde edilen paranın artık aynı ikame ilkesi doğrultusunda mirasçıların mülkiyetinde ait olduğunu söylemek kural olarak mümkün değildir.¹²⁹⁶ Bunun sebebi, hâkim görüşe göre paranın ayırt edilemez ve ferdileştirilemez bir şekilde başkasının zilyetliğine geçmesi durumunda karışma nedeniyle mülkiyet hakkının kaybedildiği, bu nedenle ancak sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadenin istenebileceği kabul edilmesidir.¹²⁹⁷

¹²⁹³ *Virgo*, s. 557; *Hudson*, *Equity and Trusts*, s. 894; *Moffat*, s. 672.

¹²⁹⁴ *Cincelli*, s. 213-214; *Hudson*, s. 897; *Oakley*, *Insolvency*, s. 378.-379; *Panesar*, s. 711, 713; *Pettit*, s. 553; *Virgo*, s. 557. Krş. *Smith*, *Tracing*, s. 163 vd.

¹²⁹⁵ *Serozan/Engin*, s. 608.

¹²⁹⁶ *Serozan/Engin*, s. 608. Fransız hukuku bağlamında aynı yönde bkz. *Ranouil*, s. 25.

¹²⁹⁷ Belirtmek gerekir ki hâkim olduğu söylenebilecek görüşe göre TMK m. 776'da düzenlenen karışma (ve birleşme), taşınırın karışması sonucunda yeni bir şeyin oluşması hâlini düzenlemektedir. Bu nedenle paranın karışması bakımından TMK m. 776'nın ancak kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. Paranın başkasının parasıyla karışması hâlinde belirliliği

Common law kuralları doğrultusunda özellikle karışmış ürün (*mixed product/substitution*) olarak ifade edilen değerler üzerinde aynı talebin ileri sürülememesi, uygulamada hakkaniyet hukuku kurallarına daha sık başvurulması sonucunu doğurmuştur.¹²⁹⁸ Kuşkusuz bir kimsenin hakkaniyet hukuku kuralları doğrultusunda *tracing* faaliyetini yürütebilmesi için, hakkaniyet hukuku tarafından korunan bir menfaate, örneğin bir türev mülkiyet hakkına sahip olması gerekmektedir. Aşağıda özellikle güvenilenin yükümlülüklerini ihlali bakımından büyük önem taşıyan hakkaniyet hukuku kuralları uyarınca *tracing* usulü incelenecektir.

- Hakkaniyet Hukuku Kurallarına Göre *Tracing*

Hakkaniyet hukuku kurallarına göre *tracing* yapılabilmesi için aranan şartları ve bunun sonuçlarını incelemeye geçmeden önce, bunun *common law* kurallarına göre yapılan *tracing* faaliyetine kıyasla talep sahibi açısından birçok açıdan daha avantajlı olduğu belirtilmelidir.¹²⁹⁹ Bu avantajların en önemlisi, *common law* kurallarına göre daha esnek bir karaktere sahip *equity* kurallarına göre yapılan *tracing* açısından, kaim değer başka şeylerle karışmasının en azından ilk bakışta bir sorun teşkil etmemesidir.¹³⁰⁰

Kaim değer karışması hususunu incelemeyen önce, hakkaniyet kuralları uyarınca *tracing*'in ön şartının hakkaniyet hukuku bağlamında bir aynı hakka (*equitable title*) sahip olmak olduğu ifade edilmelidir.¹³⁰¹ Diğer ön şart ise talep sahibinin üzerinde *equitable* bir aynı hakka sahip olduğu şeyin, bir güven ve sadakate dayalı

kaybolacağı için, eşya hukukunda belirlilik prensibi doğrultusunda, aynı hakkın da kaybolduğunun kabul edilmesi gerekir. Bkz. Serozan, Eşya, s. 327; Sirmen, s. 559. Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 757-758; Water, s. 227. Krş. Haluk Burcuoğlu, Paranın Başkasının Parası İle Karışması Üstüne Bir Deneme, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, özellikle s. 93 vd.

¹²⁹⁸ Virgo, s. 558.

¹²⁹⁹ Hudson, s. 900.

¹³⁰⁰ Cincelli, s. 215; Oakley, Insolvency, s. 380; Panesar, s. 715.

¹³⁰¹ Cincelli, s. 215; Hudson, s. 900; Oakley, Insolvency, s. 381.

ilişkinin ihlali sonucunda elden çıkarılmış olmasıdır.¹³⁰² Bu çalışmanın odak noktası olan iradi trust yapısı bakımından her iki şartın da kolaylıkla sağlandığı, böylece güvenilenin yükümlülüklerini ihlali söz konusu olduğunda türev mülkiyet hakkını haiz lehtarın hakkaniyet hukuku kurallarına göre *tracing* faaliyetini yürütmesinin mümkün olduğu ortadadır.¹³⁰³ Nitekim bu durum, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda lehtarın tâbi olduğu eşsiz ve kapsamlı korumanın da önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

Kaim değer belirlenebilir (ya da İngiliz öğretisinin deyişiyle ‘temiz’) olduğu ihtimal, *tracing* faaliyeti açısından kuşkusuz en az sorun teşkil eden ihtimaldir.¹³⁰⁴ Bu durumda lehtarın kaim değer üzerinde *equitable* mülkiyet hakkını (bir *constructive trust* vasıtasıyla) ileri sürmesi pekâlâ mümkündür. Bunun tek istisnası ise, aşağıda ayrıca incelenecek olan iyi niyetli ve ivazlı alıcı kuralıdır.

Bununla birlikte karışmış ürünlerde durum daha farklıdır. Zira bu durumda kaim değer ancak bir kısmı ihlal edilen aynı haktan kaynaklanan değere denk gelmektedir.¹³⁰⁵ Kuşkusuz kaim değer belirli bir miktar para olması, bu durumun en sık karşılaşılan ve bu nedenle de en önemli örneğidir. Burada sorulması gereken soru şudur: Güvenilenin, trust fonunda yer alan bir mal varlığı unsurunu satarak elde ettiği karşılığı şahsi banka hesabına aktarması durumunda lehtarın elinde nasıl bir imkân vardır? Türk hukukuna bakıldığında, hâkim görüşe göre para güvenilenin şahsi mal varlığıyla karışacağı için lehtarın ancak bir sebepsiz zenginleşme hakkına sahip olduğu görülmektedir.¹³⁰⁶ Sebepsiz zenginleşme talebinin ise lehtarı, güvenilenin iflas riskine karşı korumadığı ortadadır. Her zaman lehtarın menfaatini korumayı amaç edinen *equity* hukukunda, karışmış ürünlerde lehtarın *tracing* hakkı

¹³⁰² **Oakley**, *Insolvency*, s. 383; **Panesar**, s. 716; **Virgo**, s. 599-600. *Common law* kuralları uyarınca yürütülecek olan *tracing*'in güçlüğü dikkate alınarak, *tracing* söz konusu olduğunda güven ve sadakate dayalı ilişki kavramının mahkemelerce daha geniş yorumlandığı yönünde bkz. **Panesar**, s. 716-717. Bu eleştirilere ilişkin olarak ayrıca bkz. **Cincelli**, s. 215-216; **Pettit**, s. 556-557.

¹³⁰³ **Oakley**, *Insolvency*, s. 384; **Panesar**, s. 716.

¹³⁰⁴ **Panesar**, s. 718; **Smith**, *Tracing*, s. 133; **Underhill/Hayton**, s. 1198.

¹³⁰⁵ **Smith**, *Tracing*, s. 161.

¹³⁰⁶ Bu durumda aynı ikame ilkesinin uygulama bulamayacağı yönünde bkz. **Eggel**, s. 124-125.

bakımından da bu politikaya bir istisna getirilmediği ifade edilmelidir. Bu amaçla hakkaniyet hukuku, yükümlülüklerini ihlal eden güvenilen aleyhine aşağıda incelenecek olan birtakım karineler geliştirmiştir.

Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali sonucunda trust fonundan çıkarılan mal varlığı unsuruna karşılık gelen kaim değer, ki bu genellikle belirli bir miktar para olmaktadır, şahsi mal varlığıyla karışması olasıdır. Bu durumda hakkaniyet hukukunda lehtar lehine iki önemli karinenin geliştirildiği söylenebilir. Bunlardan ilki 'ilk giren ilk çıkar' karinesi, diğeri ise 'son giren ilk çıkar' karinesidir. Bu ifadelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, aşağıda incelenecek olan bu iki karine birbirini dışlayan, yani seçimlik hukuki kurgular öngörmektedir. Bu durumda lehtarın hangisini dilerse o kuralı devreye sokmakta özgür olduğu kabul edilmektedir.¹³⁰⁷ Lehtara tanınan bu ayrıcalığın bazı yazarlarca kendine uygun olanı seçme imtiyazı (*cherry-picking*) olarak anıldığı hatırlanacaktır.¹³⁰⁸ Ancak şimdiden belirtmek gerekir ki bu karinelerin aksinin güvenilen tarafından kanıtlanması mümkündür. Başka bir deyişle güvenilen söz gelimi hesabındaki paranın belirli bir bölümünün lehtara ait olduğunu kanıtlayabilirse, bu karinelerin devreye girmesini engelleyebilir.¹³⁰⁹ Ancak bunun çok zor bir olasılık olduğu itiraf edilmelidir.

- '*İlk Giren İlk Çıkar*' Kuralı (*First in First Out Rule- FIFO*)

Genellikle muhasebe yönetiminde kullanılan *ilk giren ilk çıkar* kuralı uyarınca belirli bir fondan, stoktan, banka hesabından yapılan harcamaların, bu fona, stoğa ya da hesaba ilk giren şeyden yapıldığı varsayılmaktadır.¹³¹⁰ Basit bir örnek ile kuralı açıklamaya çalışalım. Güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinden önce şahsi banka hesabında 20.000 TL bulunduğunu ve Mart ayında trust fonunda yer alan birtakım hisse senetlerini satarak elde ettiği karşılık olan 10.000 TL'yi bu hesaba yatırdığını düşünelim. Güvenilen, bundan bir ay sonra kızının okul taksidi olan

¹³⁰⁷ Hayton, *European Dimension*, s. 63; Hudson, s. 906-907; Penner, s. 354; Virgo, s. 562.

¹³⁰⁸ Hayton, *Unique Rules*, s. 280; Underhill/Hayton, s. 1200.

¹³⁰⁹ Virgo, s. 562.

¹³¹⁰ Bu kuralın uygulandığı bir karar için bkz. *Re Hallett's Estate* (1880) 13 Ch D 69.

vadesi gelmiş 15.000 TL'yi okulun banka hesabına göndermiş ve bundan on gün sonra da iflas etmiş olsun. Güvenilenin tek mal varlığı banka hesabındaki 15.000 TL olmasına rağmen, söz konusu trustın lehtar dışında başka alacaklılarının da olduğunu ve toplam borcunun 40.000 TL'yi bulduğunu düşünelim. Bu durumda lehtar *ilk giren ilk çıkar* kuralı sayesinde banka hesabında kalan 15.000 TL'nin 10.000 TL'sinin güvenilenin trust ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlali sonucunda elde edilen kaim değer olduğunu ve bu nedenle kendisine ait olduğunu ileri sürerek, diğer alacaklılarla birlikte sıraya girmekten kurtulabilmektedir.¹³¹¹

- '*Son Giren İlk Çıkar*' Kuralı (*Last in First Out Rule - LIFO*)

Yine muhasebe yönetiminde kullanılan bir diğer kural olan son giren ilk çıkar kuralında ise, mal varlığı unsurlarının fona, stoğa veya banka hesabına giriş sırası ve çıkış sırasının ters olduğu varsayılmaktadır.¹³¹² Benzer bir örnek üzerinden kuralın anlaşılması daha kolay olacaktır. Güvenilenin trust ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlalinden önce şahsi banka hesabında 20.000 TL bulunduğunu ve Mart ayında trust fonunda yer alan birtakım hisse senetlerini satarak elde ettiği karşılık olan 10.000 TL'yi bu hesaba yatırdığını düşünelim. Güvenilen, bundan bir ay sonra kendisine 12.000 TL değerinde bir araba satın almış, daha sonra ise hesabından kızının okul taksidi olan vadesi gelmiş 15.000 TL'yi okulun banka hesabına göndermiş olsun. Güvenilenin bundan bir ay sonra iflas ettiği ve tek mal varlığının banka hesabındaki 3.000 TL olduğu kurguda tüm

¹³¹¹ Bu kurala ilişkin olarak bkz. **Hudson**, s. 905-906; **Penner**, s. 352-354; **Pettit**, s. 558-559; **Underhill/Hayton**, s. 1199-1203; **Virgo**, s. 562. Bununla birlikte bu açıklamalar doğrultusunda *tracing* faaliyeti ile güvenilenin şahsi mal varlığına sınırsız bir el atmanın mümkün olduğu yanılıgısına kapılmamalıdır. Az önceki kurguyu şu şekilde değiştirelim: Güvenilenin yükümlülüklerini ihlalinden önce şahsi banka hesabında 20.000 TL bulunduğunu ve Mart ayında trust fonunda yer alan birtakım hisse senetlerini satarak elde ettiği karşılık olan 10.000 TL'yi bu hesaba yatırdığını düşünelim. Daha sonra güvenilen ev taksidi için 25.000 TL'lik bir ödeme yapmış olsun. Bu durumda, ilk giren ilk çıkar kuralı doğrultusunda lehtarın güvenilenin hesabında kalan 5.000 TL'nin kendisine ait olduğunu ileri sürmesinin mümkün olduğu ortadadır. Ancak, güvenilenin bu tarihten sonra aynı banka hesabına örneğin 10.000 TL koyması ihtimalinde, lehtarın artık bu meblağ üzerinde herhangi bir iddia ileri süremeyeceği kabul edilmektedir. Bu kural en düşük ara nokta yaklaşımı (*lower intermediate balance rule*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Hudson**, s. 918-919; **Smith**, *Tracing*, s. 201-203; **Virgo**, s. 566-567.

¹³¹² Bu kuralın uygulandığı bir karar için bkz. *Re Oatway* [1903] Ch 356.

alacaklıların alacaklarına kavuşamayacağı ortadadır. Bu noktada *equity* kuralları lehtara, banka hesabından çıkan ilk meblağın trust ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali sonucunda elde edilen kaim değer olduğunu iddia etme şansını vermektedir. Böylece lehtarın, hesaptan çıkan 12.000 TL'nin 10.000 TL'sinin kendisine ait olduğunu ve bu parayla alınan arabayı kaim değer olarak gösterebileceğini ve oransal bir aynı talebinin mevcut olduğunu ileri sürebileceği kabul edilmiştir.¹³¹³

Hakkaniyet hukukunda paranın karışmasının *tracing* için başlı başına bir engel olarak görülmemesi ve lehtarın ispat faaliyetine ilişkin seçimlik karinelerle donatılmış olmasının lehtar açısından ne kadar avantajlı bir durum olduğu ortadadır. Özellikle kaim değer kavramının günümüz ekonomik düzeninde olayların büyük bir çoğunluğunda para olarak karşımıza çıkacağı düşünüldüğünde, karışmanın bir sorun teşkil etmesinin hem aynı ikame ilkesinin hem de *tracing*'in kısmen de olsa içini boşaltacağını ve bu kurumların işlevselliğini büyük ölçüde azaltacağını söylemek mümkündür. Dolayısıyla hakkaniyet hukukunda benimsenen bu lehtar-dostu yaklaşımın ilgi çekici olduğu ifade edilmelidir. Benzer bir yaklaşımın Türk hukukunda kabul edilmesi ise ancak paranın karışması durumunda da TMK m. 776'nın devreye girmesiyle paylı mülkiyetin söz konusu olması ile mümkün gözükmektedir.¹³¹⁴ Öğretideki görüşler incelendiğinde ise bunun en azından şimdilik uzak bir ihtimal olduğunu söylemek mümkündür.¹³¹⁵

d. İyi Niyetli Üçüncü Kişilerin Korunması

Hatırlanacağı üzere lehtar, dilerse güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle elden çıkardığı trust fonunu elinde bulunduran üçüncü kişiye karşı *following* talebini, dilerse güvenilene karşı bu mal varlığı unsurları karşılığında elde ettiği kaim değerın kendisine devrine ilişkin yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelenen

¹³¹³ Bu kurala ilişkin olarak bkz. Hudson, s. 906-907; Pettit, s. 559; Underhill/Hayton, s. 1199-1200; Virgo, s. 562-563.

¹³¹⁴ Bkz. Burcuğlu, s. 93 vd.

¹³¹⁵ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 757-758; Serozan, Eşya, s. 327; Sirmen, s.559.

tracing talebini ileri sürebilir. Ancak uygulamada, *tracing* faaliyetinin çoğu zaman *following*'in önüne geçtiği görülmektedir. Bunun temel sebebi, *following* talebinin, yani trust fonu üzerinde sahip olduğu türev mülkiyet hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürerek bunun iadesine ilişkin talebin önemli bir sınırlamaya tâbi tutulmasıdır. Bu sınırlama, söz konusu üçüncü kişilerin iyi niyetli olması ve trust fonunu güvenilenden ivazlı bir şekilde devralmasına ilişkin "iyi niyetli ivazlı alıcı kuralıdır" (*bona fide purchaser rule*).

Diğer bir ifadeyle, lehtarın türev mülkiyet hakkına dayanarak güvenilen dışındaki üçüncü kişilere karşı aynı taleplerini ileri sürmesinin önündeki en büyük engel, trust fonundan usulsüzce çıkarılan şeyin üçüncü bir kişi tarafından iyi niyetle ve ivazlı bir şekilde devralınmış olmasıdır. Bu durumda söz konusu şey üzerinde lehtarın türev mülkiyet hakkının sona erdiği kabul edilmektedir.¹³¹⁶ Dolayısıyla lehtar açısından artık asıl şey üzerinde bir aynı talep ileri sürmek (*following*) mümkün olmamaktadır. Nitekim aynı ikamenin ve *tracing*'in en çok önem kazandığı ihtimalin de bu olduğu ortadadır. Kaim değer üzerinde devam eden aynı hakkın da doğal olarak bu kaim değer için iyi niyetli üçüncü kişiye ivazlı şekilde devredilmesi durumunda sona ereceği belirtilmelidir.

İyi niyet (*bona fide*) ifadesinden kasıt, devralan kişinin devraldığı şey üzerinde lehtara ait bir türev mülkiyet hakkının bulunduğu bilmemesi veya makul bir araştırmayla bilebilecek durumda olmamasıdır.¹³¹⁷ Bununla birlikte devralan kişinin iyi niyeti aynı hakkı kazanması için yeterli görünmemiş, bunun yanı sıra devrin ivazlı bir devir olması da aranmıştır.¹³¹⁸ Dolayısıyla güvenilenin, söz gelimi

¹³¹⁶ Nitekim bu nedenle iyi niyetli ve ivazlı alıcının, biraz espirili bir dille 'hakkaniyet hukukunun sevdiceği' (*equity's darling*) olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bkz. **Braun/Swadling**, s. 581.

¹³¹⁷ **Panesar**, s. 725; **Virgo**, s. 584-585.

¹³¹⁸ Bu ivazın uygun olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılması söz konusu değildir. Bkz. **Virgo**, s. 584. Türk-İsviçre hukukunda emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle aynı hak kazanımında da ivazlılık şartının aranması gerektiği yönünde bkz. **Serozan**, Eşya, s. 154-155. Aksi yönde bkz. **Mehmet Serkan Ergüne**, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 170; **Emil W. Stark/Barbara Lindenmann**, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie AG, 2016, Vorbemerkungen Art. 930-937, N. 33. İsviçre hukukunda hâkim

trust fonunda yer alan bir tabloyu bir arkadaşına hediye etmesi durumunda, tablo üzerindeki türev mülkiyet hakkının kaybettiğini söylemek mümkün değildir. İvaz (*consideration*) şartının arkasındaki mantık, ivazsız devirlerde menfaat dengesinin açık ara lehtar tarafında olmasıdır. Bununla birlikte ivazlı ve iyi niyetli kazanımlarda menfaatler arasında bu denli bir dengesizlik olmamasının yanı sıra alışveriş güvenliğinin sağlanması fikrinin bu kuralın *ratio*'sunu oluşturduğunu söylemek mümkündür.¹³¹⁹

2.3. TRUSTIN SONA ERMESİ

Çalışmanın “Trust Nasıl İşler?” başlıklı ikinci bölümü bağlamında incelenecek olan son husus trustın sona ermesidir. Trustın sona ermesinin farklı nedenleri olabilir. Bunların başında trustın kurucu belgesinde trustın sona ermesine ilişkin olarak öngörülen şartın ya da şartların gerçekleşmiş olması gelmektedir. Bunun dışında hatırlanacağı üzere trustın amacının imkânsızlaşması veya boşa çıkması durumunda da trustın sona erdiği kabul edilmektedir.¹³²⁰ Ayrıca trust hukukunun ilke kararlarından *Saunders v Vautier* içtihadı doğrultusunda, belirli şartlar altında lehtarlara da trustı sona erdirme hakkının verildiği belirtilmelidir. Kuşkusuz mahkemenin de trustın sona erdirilmesi konusunda takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilmelidir.¹³²¹

2.3.1. Sona Erme Sebeplerinin Trustın Kurucu Belgesinde Düzenlenmesi

Trust kurumuna dair diğer bölümlerde yapılan açıklamalardan yapılabilecek en temel çıkarımlardan biri, trust hukukunun merkezinde kurucunun iradesinin yer

görüğe göre ivazlılık şartının aranmadığı ancak bu görüşün yeniden değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. *BSK ZGB II/Ernst*, Art. 933 ZGB, N. 23.

¹³¹⁹ Benzer yönde bkz. *Hudson*, s. 946.

¹³²⁰ Bu durumda devir konusu mal varlığının bir *resulting trust*'in konusunu teşkil edeceği anımsanacaktır. Bkz. yukarıda s. 179 vd.

¹³²¹ *Cincelli*, s. 221.

aldığı ve bu iradenin sınırlarının epey geniş olduğu olmalıdır.¹³²² Bu doğrultuda trustın kurulmasında ve trustın kurucu belgesi sayesinde yönetilmesinde olduğu gibi, trustın sona ermesinde de kurucunun iradesinin büyük önem taşıdığını söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere tüzel kişilikten yoksun olan trust yapısının sınırsız süreli bir şekilde kurulması kural olarak mümkün değildir.¹³²³ Bu nedenle kurucunun trustın kurucu belgesinde trustın sona ermesine ilişkin hükümlere yer vermesi nadir karşılaşılan bir durum değildir.

Kurucunun trustın sona ermesini bir vadeye ya da şarta bağlaması mümkündür. Uygulamada sık karşılaşılan trustın sona erme sebeplerinden birinin lehtarın erginliğe erişmesidir.¹³²⁴ Örneğin kurucunun belirli bir mal varlığını henüz iki yaşındaki çocuğunun menfaatine idare edilmek üzere yakın bir arkadaşına güvenilen olarak bıraktığı kurguda, çocuğunun 18 yaşına gelmesiyle trustın sona ereceğinin ve trust fonunun tam mülkiyetinin oğluna devredileceğini öngörmesi mümkündür. Bu durumda trustın belirli bir vadeye bağlandığı görülmektedir. Trustın sona ermesinin bir şarta bağlandığı tipik bir örnek ise, lehtar olarak belirlenen eşin yeniden evlenmesinin trustın sona erme sebebi olarak düzenlenmesidir.¹³²⁵ Kuşkusuz bu örneklerin çoğaltılması mümkündür, ancak çalışmanın konusu bakımından bunun katkısı sınırlı olacağı için bu bağlamda yukarıdaki örneklerle yetinilecektir.

2.3.2. Amacın İmkânsızlaşması veya Boşa Çıkması

Hatırlanacağı üzere lehtar ilkesi uyarınca trustın belirli ya da belirlenebilir birtakım lehtarlar söz konusu olmaksızın, sadece bir amaca hizmet etmek için kurulması en

¹³²² Hatta bu nedenle kurucu *Moffat* tarafından kanun koyucuyla eş değer tutulmaktadır. Bkz. *Moffat*, s. 350.

¹³²³ ABD'de ve bazı *offshore* sistemlerinde ise sınırsız süreli trust (*dynasty trust*) yapısının son yıllarda öne çıktığı hatırlanacaktır. Buna karşılık bu çalışmanın odak noktasını oluşturan İngiliz hukukundaki trust yapısında ebedilik yasağının hâlâ geçerli bir kural olduğunun altı çizilmelidir. Ebedilik yasağına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 208 vd.

¹³²⁴ *Cincelli*, s. 221.

¹³²⁵ *Cincelli*, s. 221.

azından İngiliz hukukunda mümkün değildir.¹³²⁶ Bununla birlikte mal varlığının bir bölümünü kuracağı bir trust fonuna tahsis etmeye karar veren kurucunun, bunu hemen hemen her zaman belirli bir amaçla yaptığı şüphesizdir. İşte trust kurma işleminin temelini oluşturan bu amacın imkânsızlaşması veya boşa çıkması durumunda da iradi trustın kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir.¹³²⁷ *Re Ames' Settlement* davasında kurucunun kademeli lehtar yapısına sahip bir trust kurduğu, buna göre oğlunu ilk kademedeki lehtar olarak atadığı; oğlunun ölümünden sonra ise oğlunun eşinin lehtar olacağını düzenlediği görülmektedir.¹³²⁸ Ancak daha sonra eşin açtığı evliliğin butlanı davası sonucunda verilen mahkeme kararıyla evlilik geçmişi etkili olarak mahkeme kararıyla sona erdirilmiştir. Bu durumda mahkeme, trustın da amacın çökmesi nedeniyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Hatırlanacağı üzere iradi trustın geçersizliği durumunda mülkiyetin kendiliğinden kurucunun mal varlığına ya da terekesine geçmesi söz konusu değildir. Bu geçişin ancak *resulting trust* yapısıyla mümkün olduğu anımsanacaktır.¹³²⁹

2.3.3. Trustın Lehtar Tarafından Sona Erdirilmesi: *Saunders v Vautier* Kuralı

2.3.3.1. Saunders v Vautier Kuralının Anlamı Nedir?

1841 tarihli *Saunders v Vautier* kararı, trust hukukunun en temel ilke kararlarından biri olarak düşünülmektedir.¹³³⁰ Karara konu olan olayda kurucu, Doğu Hindistan Şirketi'nde (*East India Company*) sahip olduğu hisseleri bir trust fonuna tahsis etmiş ve bu trust fonunun güvenileni olarak da Bay *Saunders*'i atamıştır. Söz konusu trustın lehtarı kurucunun yeğeni Bay *Vautier*'dir. Trustın kurucu belgesinde

¹³²⁶ Lehtar ilkesine ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 145 vd.

¹³²⁷ *Panesar*, s. 307.

¹³²⁸ *Re Ames' Settlement* [1946] Ch 217. Ayrıca bkz. *Re Cochrane* [1955] Ch 309.

¹³²⁹ *Hudson*, s. 510. *Resulting trust* yapısına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 179 vd.

¹³³⁰ *Saunders v Vautier* [1841] EWHC J82. Bu tarihten önce de benzer yönde kararların verildiği yönünde bkz. *Penner*, s. 80; *Matthews*, *Saunders v Vautier*, s. 267; *Vladimir Ambruz*, *The Rule in Saunders v. Vautier and the Czech Trust Law*, *European Review of Private Law*, S. 6, 2016, s. 1011.

güvenilenin Doğu Hindistan Şirketi'ndeki hisselerden elde edilen geliri Bay *Vautier*'e devreceği ve lehtarın 25 yaşına gelmesiyle hisselerin mülkiyeti tamamen ona devredilerek trustın sona ereceği belirlenmiştir. Lehtar (o dönemki erginlik yaşı olan) 21 yaşına geldiğinde hisselerin tam mülkiyetinin kendisine devrini talep etmiş ancak bu talep güvenilen tarafından trustın kurucu belgesinde yer alan söz konusu hüküm nedeniyle kabul edilmemiştir. Bunun üzerine mahkeme, kurucunun trustın kurucu belgesinde açıkça ortaya koyduğu iradesine rağmen, lehtarın ergin olması ve trust fonu üzerinde şartsız bir şekilde (*vested*) türev mülkiyet hakkına sahip olması durumunda trustı öngörülen zamanından önce sona erdirebileceğine hükmetmiştir.¹³³¹

Bu kararla kural olarak trust kurumunun merkezinde yer alan kurucunun iradesinin, trustın sona erdirilmesi bakımından yukarıdaki şartlar mevcutsa göz ardı edildiğini söylemek mümkündür. Daha doğru bir ifadeyle, erginliğini kazanmış ve şartsız türev mülkiyet hakkına sahip lehtarın, başka bir deyişle *equity* hukukuna göre malik sayılan ve trust fonu üzerinde tam mülkiyet hakkını kazanması sadece bir 'an meselesi' olan lehtarın iradesi ile kurucunun iradesinin çatışması durumunda ilkinin öncelik verilmiştir. Lehtarın iradesinin kurucunun iradesinin önüne koyulmasının bir hukuk politikası tercihi olduğu ve aşağıda inceleneceği üzere tüm sistemlerde bunun kabul edilmediği şimdiden belirtilmelidir.¹³³² Kanımca *Saunders v Vautier* kuralı ile amaçlananın, (eğer lehtarın iradesi bu yöndeysen) sadece hakkaniyet hukukunda kabul gören, genellikle hukuki görünüş ve hukuki gerçeklik arasında çelişkiye yol açan, ikili ve bu nedenle istisnai mülkiyet yapısının bir an önce sona erdirilmesi ve tekli, bölünmemiş, 'olağan' mülkiyet yapısına dönülmesinin hızlandırılması olduğunu söylemek mümkündür.

¹³³¹ *Virgo*, s. 334; *Moffat*, s. 352; *Hudson*, *Equity and Trusts*, s. 182; *Penner*, s. 80. Dolayısıyla henüz bilinmeyen, doğmamış veya erginliğine erişmemiş bir lehtarın söz konusu olması durumunda *Saunders v Vautier* kuralının ileri sürülmesi mümkün değildir. Bkz. *Moffat*, s. 356; *Hudson*, *Equity and Trusts*, s. 189. Mutlak (*vested*) ve şartlı (*contingent*) hak kavramlarına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda dn. 692.

¹³³² Lehtarın iradesine öncelik tanınması gerektiği yönde bkz. *Virgo*, s. 335.

Yıllar içinde trust yapısının daha karmaşık bir hâl almasıyla *Saunders v Vautier* kuralının birden çok lehtarın söz konusu olduğu trustlarda uygulanabilir olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Hatırlanacağı üzere birden fazla lehtarın söz konusu olduğu trust yapıları birkaç şekilde karşımıza çıkabilir. Bunların ilki ve en basiti, kademeli bir trust yapısı söz konusu olmaksızın, belirli bir trust yapısı kurularak birden çok kişinin trust fonu üzerinde aynı veya farklı oranlarda lehtar olarak atanmasıdır. Örneğin (A)'nın, trust fonuna özgülediği ev için üç çocuğunu lehtar olarak atadığı kurguda durum böyledir. Bu durumda da kural ergin ve mutlak türev mülkiyet hakkına sahip tüm lehtarların oy birliğiyle karar vermesi durumunda trustın sona ermesidir.¹³³³

İkinci bir ihtimal, kurucunun kademeli bir trust yapısı kurmuş olmasıdır. Bu durumda genellikle trust fonundan ilk kademedeki lehtarın hayatı boyunca yararlanabileceği ve ancak bu kişinin ölümünden sonra trust fonunun ikinci kademedeki lehtara (ki bu kişi genellikle ilk kademedeki lehtarın alt soyu olmaktadır) devredileceği kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla ilk bakışta ne ilk kademedeki lehtarın ne de ikinci kademedeki lehtarın şartsız bir menfaatinden söz etmek mümkün gözükmemektedir. Ancak bu durumda da tüm lehtarların ergin olması ve bu konuda fikir birliği içinde olması şartıyla *Saunders v Vautier* kuralını devreye sokabilecekleri kabul edilmektedir.¹³³⁴ Bu noktada kurucunun açık iradesinin *Saunders v Vautier* kuralının uygulanmayacağı yönünde olmasının bu sonuca bir etkisi olmayacağı ifade edilmelidir.¹³³⁵

Belki de en tartışmalı kurgu ise birden fazla olası lehtarın söz konusu olduğu ihtiyari trust yapılarında *Saunders v Vautier* kuralının uygulanmak istenmesidir. Hatırlanacağı üzere ihtiyari trustın temel özelliği, yukarıda incelenen birden fazla

¹³³³ Pettit, s. 406. Eğer lehtarlardan biri henüz ergin değilse *Saunders v Vautier* kuralının uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle kuralı şu şekilde formüle etmek belki de daha doğrudur: Lehtarların tümünün ergin olduğu ve tümünün trustın sona erdirilmesini istediği kurguda, bu çok lehtarlı trust yapısında da *Saunders v Vautier* kuralının uygulanması mümkündür.

¹³³⁴ Matthews, *Saunders v Vautier*, s. 268-269; Moffat, s. 353; Panesar, s. 642; Pettit, s. 406; Virgo, s. 334.

¹³³⁵ Matthews, *Saunders v Vautier*, s. 274; Virgo, s. 334.

lehtarın söz konusu olduğu belirli trust yapılarının aksine lehtarın ilk aşamada bir türev mülkiyet hakkına sahip olmamasıdır.¹³³⁶ Olası lehtarlar, ancak güvenilenin sahip olduğu lehtar atama yetkisini kendileri lehine kullanması durumunda ve o andan itibaren trust fonu üzerinde türev mülkiyet hakkını kazanmaktadır. Bu nedenle ilk bakışta ihtiyari trust yapılarında *Saunders v Vautier* kuralının uygulanmasının mümkün olmadığı izlenimine kapılınması mümkündür. Ancak ihtiyari trust yapılarının çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabileceği ve bu doğrultuda güvenilenin takdir hakkının kapsamının da önemli ölçüde değişiklik gösterebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu çıkarıma eleştirel yaklaşılması ihtiyacı kendini göstermektedir. Bu doğrultuda lehtar kümesinin sınırlı olduğu ve trust fonunun bu kişilere tamamen dağıtılacağı belli olduğu ancak trust fonuna kimin hangi oranda hak kazanacağına karar verme yetkisinin güvenilenin elinde olduğu ihtiyari trust yapısında, olası lehtarların hepsinin ergin olması şartıyla ve oy birliğiyle *Saunders v Vautier* kuralını ileri sürebilecekleri kabul edilmektedir.¹³³⁷

Peki birden çok lehtarın bulunduğu trust yapısında, lehtarlardan sadece birinin kendi payı oranında trustı sona erdirmesi, yani adeta kendi payını devralarak paydaşıktan çıkması mümkün müdür? Bu soruya verilecek yanıt, söz konusu lehtarın bu yöndeki talebinin diğer lehtarların menfaatlerini etkileyip etkilemediğine göre değişecektir.¹³³⁸ Tıpkı Türk hukukunda paylı mülkiyet yapısında olduğu gibi,¹³³⁹ trust hukukunda da birden çok lehtarın söz konusu olması durumunda her birinin kendi türev mülkiyet hakkını ivazsız ya da ivazlı bir şekilde üçüncü kişilere devredebileceği, yani bu hak üzerinde tasarruf serbestisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Hatta lehtarın kendi 'payını' başka birine satma ve devretme hakkına sahip olmasının başlı başına *Saunders v Vautier* kuralının bir gerekçesini oluşturduğu ileri sürülmektedir. Zira payını başkasına devredebilen

¹³³⁶ Panesar, s. 642; Virgo, s. 335. İhtiyari trustlara ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 169 vd.

¹³³⁷ Hudson, s. 188; Matthews, Saunders v Vautier, s. 269; Moffat, s. 353-354; Panesar, s. 642-643; Virgo, s. 335. Ayrıca bkz. *Re Smith* [1928] Ch 915.

¹³³⁸ Matthews, Saunders v Vautier, s. 268; Panesar, s. 642; Penner, s. 81; Pettit, s. 407; Virgo, s. 334. Bu yönde bkz. *Stephenson v Barclays Bank Trust Co Ltd.* [1975] 1 All ER 625.

¹³³⁹ Zekeriya Kurşat, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Arıkan Yayınevi, 2007, s. 73 vd.

lehtar, bunu yaparak zaten (dolaylı da olsa) kurucunun iradesine aykırı bir durum oluşturmaktadır. Lehtarın payını devrederek trust ilişkisinden çıkması mümkün olduğuna göre, kurucunun iradesi aksi yönde olsa bile, dilediği zaman trustı sona erdirmeye yetkisinin de bulunduğu kabul edilmelidir.¹³⁴⁰ Bununla birlikte trust fonunun bir kısmının tam mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep ederek trust yapısını o oranda sona erdirmesi, ancak diğer lehtarların menfaatlerinin zedelenmemesi durumunda mümkündür. Örneğin trust fonunun belirli bir paradan oluştuğu olasılıkta, ilk bakışta lehtarlardan birinin kendi payı için *Saunders v Vautier* kuralını devreye sokmasının diğer lehtarlar açısından olumsuz bir etkisi olmadığını düşünmek mümkündür. Ancak mesela söz konusu lehtarın payı sayesinde trust fonunun tümü için belirli bir faiz oranının üzerinde mevduat faizi almaya hak kazanılabiliyorsa, bu durumda *Saunders v Vautier* kuralının uygulanabilirliği tartışmaya açıktır.¹³⁴¹ Benzer yönde trust fonunun bir şirketteki belirli sayıda hisseden oluşması durumunda ilk bakışta lehtarlardan birinin kendi payını fondan çekip almasının diğer lehtarların durumunu kötüleştirmeyeceği düşünülebilse de, bu lehtarın paylarının trust fonundan ayrılması sonucunda şirketteki kontrolün kaybedildiği ya da önemli ölçüde zayıfladığı kurguda yine *Saunders v Vautier* kuralının uygulanması engellenebilmelidir.¹³⁴²

Saunders v Vautier kuralının uygulanabilirliğinin tartışmalı olduğu bir diğer husus ise lehtar ilkesini ihlal etmeyen ancak kurucu tarafından bir amacın belirlenmiş olduğu karma trust yapılarıdır.¹³⁴³ Hatırlanacağı üzere bu yapılarda lehtarın, amacın gerçekleşmesinden önce trustı *Saunders v Vautier* kuralını ileri sürerek sona erdirmesi ve trust fonunu söz gelimi başka bir amaç için kullanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmaya daha önce karma trustlar bağlamında değinildiği için ileri sürülen görüşler tekrar edilmeyecektir.¹³⁴⁴ Ancak bu

¹³⁴⁰ Bu yönde bkz. **Moffat**, s. 355.

¹³⁴¹ Aynı yönde bkz. **Hudson**, s. 185.

¹³⁴² **Moffat**, s. 354.

¹³⁴³ Karma trust yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 145 vd.

¹³⁴⁴ Bu tartışmaya ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 145 vd.

tartışmanın da *Saunders v Vautier* kuralının *ratio*'suna ilişkin aşağıda incelenecek olan tartışmanın mikro ölçekli bir görünümü olduğunu söylemek mümkündür. Zira burada da tartışma, lehtarın iradesi ve kurucunun iradesi çatıştığında hangisine öncelik verileceği noktasında düğümlenmektedir. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle İngiliz trust hukukunun önemli bir boyutunu oluşturan *Saunders v Vautier* kuralının *ratio*'su ve ardından bu kuralın karşılaştırmalı hukuktaki konumu incelenecektir.

2.3.3.2. Saunders v Vautier Kuralının Ratio'su Nedir?

Neredeyse iki yüzyıldır İngiliz hukukunun bir parçası olan *Saunders v Vautier* kuralının amacına ve üzerine kurulu olduğu temellere dair çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu görüşlerden ilki, *Saunders v Vautier* kuralını lehtarın sahip olduğu türev mülkiyet kavramı üzerinden anlamlandırmaya çalışmaktadır. Buna göre mülkiyet hakkı malike söz konusu şeyi dilediği gibi kullanma ve hatta onu yok etme hakkını verdiği göre, bir türev mülkiyet hakkına sahip olan lehtarın da aynı serbestiye sahip olması gerekmektedir.¹³⁴⁵ Bu doğrultuda trustın kurulmasıyla resimden çıkan ve lehtarı türev mülkiyet hakkıyla donatan kurucunun iradesinin, lehtarın bu hakkını nasıl kullanacağı konusunda belirleyici olmaması gerektiği; aksinin kabulünün mülkiyet kavramına ters düşeceği ifade edilmektedir.¹³⁴⁶

Kanımca benzer bir mantığa Türk miras hukukunda yükleme kavramı bağlamında rastlamak mümkündür. Miras bırakanın iradi ya da yasal mirasçısını veya vasiyet alacaklısını bir edimi yerine getirmekle yükümlü kılması olarak tanımlanan yüklemenin de mirasçının ya da vasiyet alacaklısının hak kazanımını ya da devrini engelleyemediği kabul edilmektedir.¹³⁴⁷ Kısacası kurucu ya da miras bırakan kendi

¹³⁴⁵ Bu yönde örneğin bkz. *Matthews*, *Saunders v Vautier*, s. 273-274. Benzer yönde bkz. *Hudson*, s. 183; *Moffat*, s. 355; *Penner*, s. 80 vd.

¹³⁴⁶ *Matthews*, *Saunders v Vautier*, s. 273-274; *Moffat*, s. 355.

¹³⁴⁷ Bu durumda yüklemenin ifası için ayrı, özel nitelikli bir tenfiz davası mevcuttur ancak yüklemeyi yerine getirmeyen mirasçının ya da vasiyet alacaklısının bir tazminat sorumluluğu söz

mal varlığında veya terekesinde olan bir mal varlığı unsuru üzerindeki mülkiyet hakkını birine devrediyorsa, artık bundan sonra o mülkiyet hakkının nasıl kullanılacağı konusunda kural olarak söz sahibi olmamalıdır. Buna karşılık eğer şartlı bir devir ya da şartlı bir miras bırakma veya vasiyet alacaklısı atama söz konusuysa aynı sonuca varmanın mümkün olmadığı altı çizilmelidir. Zira bu durumda ne trust kurumu bağlamında *Saunders v Vautier* kuralı uygulama bulur, ne de mirasçı veya vasiyet alacaklısı şartın gerçekleşmesinden önce miras pay ya da belirli mala üzerinde mülkiyet hakkını kazanır.

Trust mallarının piyasada kolayca tedavül etmesi ve mülkiyetin devredilebilirliğinin kolaylaştırılması yoluyla trust fonunun atıl kalmayarak ekonomik düzenin dinamik yapısına dahil olması da *Saunders v Vautier* kuralının kabul edilmesi ve korunması için ileri sürülen bir diğer gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁴⁸ Benzer endişelerin İngiliz trust hukukunun bir diğer temel kuralı olan ebedilik yasağı bağlamında da dile getirildiği hatırlanacaktır.¹³⁴⁹ Parçalanmış mülkiyet yapısının lehtarlar arasında veya lehtar ile güvenilen arasında sorunlara, görüş ayrılıklarına ve dolayısıyla tıkanıklığa yol açması durumunda, *Saunders v Vautier* kuralının trust fonunun etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve ekonomik sistemin içinde kalabilmesi için gerekli olduğu ifade edilmektedir.

Bir şey üzerinde birden fazla kişinin menfaat sahibi olmasının zaman zaman bu şeye ilişkin kararların alınmasını zorlaştırabileceği açıktır. Bu şekilde ilgili şeyin piyasada tedavülünün engellenmesi veya en iyi ihtimalle geciktirilmesinin önünde geçilmesi kolaylıkla anlaşılabilir bir hukuk politikası tercihidir. Kanımca *Saunders*

konusu değildir. Nitekim yüklemenin konusunu oluşturan şeyin devredilmesine de bir engel yoktur. *Serozan/Engin*'in deyişiyle bu durumda "eşyanın serbestçe el değiştirebilmesi (alışveriş akışkanlığı) uğruna miras bırakmanın son dileklerine saygı arka plana çekilir." Bkz. *Serozan/Engin*, s. 298-299. Ayrıca bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, Miras, s. 281.

¹³⁴⁸ Bu yönde bkz. *Ambruz*, s. 1024-1035; *Matthews*, *Saunders v Vautier*, s. 276-278; *Moffat*, s. 355.

¹³⁴⁹ *Matthews*, *Saunders v Vautier*, s. 276. Bu doğrultuda kurucunun artık mülkiyet hakkı kendisinde olmamasına rağmen trust fonunu yönetmeye devam etmesinin arzu edilen bir sonuç olmadığı (*istenmeyen nüfuz mantığı/dead hand rationale*) hatırlanacaktır. Ebedilik yasağına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 208 vd.

v *Vautier* kuralını da bu pencereden anlamlandırmak mümkündür. Türk hukukuna dönülecek olursa, çeşitli hükümlerde kendini bir şekilde bir toplu mülkiyet yapısının içinde bulmuş hak sahiplerine, bu toplu mülkiyet rejiminden çıkmak ve hak sahipliğini bağımsız bir şekilde yürütmek konusunda önemli bir serbesti tanındığı görülecektir.¹³⁵⁰ Miras ortaklığının sona erdirilmesine ilişkin TMK m. 642 veya paylı mülkiyet yapısının sona erdirilmesine ilişkin TMK m. 698 bu hükümlere örnek gösterilebilir. Bu düzenlemelerde de, tıpkı lehtarın tek başına *Saunders v Vautier* kuralını ileri sürdüğü kurguda olduğu gibi, birlikte mülkiyet yapısının sona erdirilmesine ilişkin serbestinin sınırının diğer hak sahiplerinin menfaatlerinin zedelenmesi riski olduğuna işaret edilmelidir.¹³⁵¹

Fark edileceği üzere buraya kadar yapılan açıklamalarda *Saunders v Vautier* kuralının *ratio*'su incelenirken klasik aile tipi trust yapısı esas alınmıştır. Güvenilenin görece pasif bir rolünün olduğu aile trustı yapılarında lehtara dilediği zaman trustı sona erdirerek fonun kendisine devredilmesini talep etme hakkının verilmesi başlı başına trustın işlerliğine gölge düşüren bir sorun değildir.¹³⁵² Bununla birlikte güvenilenlerin daha aktif (hatta zaman zaman agresif) bir role büründükleri ticari trustlarda lehtara *Saunders v Vautier* kuralıyla bu geniş yetkinin verilmesinin arkasındaki neden ve kuralın etkinliği tartışmaya açıktır. Nitekim aşağıda da değinileceği üzere ABD'de *Saunders v Vautier* kuralından

¹³⁵⁰ Ancak trustın *Saunders v Vautier* kuralı ile sona erdirilmesi ve paylı mülkiyetin sona erdirilmesi arasında önemli bir farkın bulunduğu ifade edilmelidir. Trust yapısında lehtarlardan birinin *Saunders v Vautier* kuralını ileri sürerek trust fonunun ilgili kısmının kendine devrini talep etmesi, bununla birlikte trustın diğer lehtarlar açısından varlığını devam ettirmesi mümkündür. Buna karşılık paylı mülkiyet yapısında bu yapının sona erdirilmesi talep edildiğinde bu sonuç tüm paydaşları etkiler; başka bir deyişle trustın aksine paylı mülkiyet ilişkisinin kısmen sona ermesi bir seçenek değildir. Bkz. Kurşat, s. 189.

¹³⁵¹ TMK m. 642/3: "Paylaşmanın derhâl yapılması, paylaşım konusu malın veya terekenin değerini önemli ölçüde azaltacaksa; sulh hâkimi, mirasçılardan birinin istemi üzerine bu malın veya terekenin paylaşılmasının ertelenmesine karar verebilir." ve TMK m. 698/3: "Uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulamaz." Uygun olmayan zaman sınırlamasına ilişkin olarak bkz. Kurşat, s. 229 vd.

¹³⁵² Hatta bu kural sayesinde trust yapısında güvenilen ve lehtar arasındaki asil vekil sorununun da azalabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Sitkoff, Agency Costs, 662-663.

uzaklaşılmasının arkasındaki sebeplerden birinin, trust yapısının ticaret hayatındaki yoğun uygulaması olduğu ifade edilmektedir.¹³⁵³

2.3.3.3. Saunders v Vautier Kuralı Trust Yapısı İçin Zorunlu Bir Unsur Mudur?

Basit bir araştırma sonucunda elde edilebilecek olan karşılaştırmalı hukuk verileri sayesinde bu başlıkta sorulan sorunun yanıtını belki de en başta vermek mümkündür: *Saunders v Vautier* kuralı trust yapısının olmazsa olmazı değildir. Yukarıda bahsedildiği üzere bu kural İngiliz hukukunda yapılmış bir hukuk politikası tercihinin sonucudur. Bunun ötesinde *Saunders v Vautier* kuralının trust yapısına işlerlik kazandıran önemli bir işlevinin bulunduğunu ya da trust kurumunun ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemek mümkün değildir.¹³⁵⁴ Nitekim trust yapısının hem servet yönetiminin hem de ticaret hayatının çok önemli bir parçasını teşkil ettiği başka sistemlerde, örneğin okyanusun diğer kıyısında bunun tam tersi bir tercih yapılabilirdiği görülmektedir.

Kanımca hem *Saunders v Vautier* kuralının benimsendiği hem de reddedildiği sistemlerde yapılan hukuk politikası tercihinin hemen hemen eşit ağırlıktaki gerekçelerle desteklenebilmesinin ve böylece *Saunders v Vautier* kuralının trustı benimseyen sistemler bakımından sadece seçimlik bir unsur olarak değerlendirilebilmesinin arkasında yatan esas neden, trust yapısında içkin olan *ikili* asil-vekil sorunundan başka bir şey değildir.¹³⁵⁵ Asil vekil sorunuyla en çok karşılaşılan örneklerden biri olan şirket tüzel kişilerinden farklı olarak, trust yapısında kural olarak tek değil, iki tane olası asil vekil sorunundan söz etmek mümkündür.¹³⁵⁶ Bunlardan ilki kurucu ve güvenilen arasında ortaya çıkabilecek

¹³⁵³ Matthews, *Saunders v Vautier*, s. 286-287.

¹³⁵⁴ Ambruz, s. 1012; Matthews, *Saunders v Vautier*, s. 293-294. Benzer yönde bkz. Robert Sitkoff, *Fiduciary Governance Plus Asset Partitioning* (bundan böyle 'Asset Partitioning'), *The Worlds of the Trust* (ed. Lionel Smith), s. 450.

¹³⁵⁵ Trust yapısındaki bu ikili asil vekil sorununa ilişkin olarak bkz. Sitkoff, *Agency Costs*, s. 624-625. Özellikle hukukun ekonomik analizi öğretisinde sıkça kullanılan asil vekil sorunu (*principal agent problem*) ifadesine ilişkin olarak bkz. yukarıda dn. 614.

¹³⁵⁶ Sitkoff, *Agency Costs*, s. 624, 640.

asil vekil sorunudur. Güvenilenin kurucunun isteklerini gereği gibi yerine getirmediği, başka bir deyişle onun menfaatlerini birincil derecede gözetmediği kurguda bu sorunun ilk ayağıyla karşılaşılacaktır. Bunun dışında kuşkusuz trust fonu üzerinde esas hak sahibi olan lehtar ve güvenilen arasında da bir asil vekil sorunu bulunduğu ortadadır. Güvenilenin lehtarın menfaatlerini ikinci plana attığı her ihtimalde bu sorun kendini göstermektedir. En talihsiz ihtimal ise iki vekilin, yani kurucunun ve lehtarın menfaatlerinin ya da iradelerinin çatışması hâlidir. İşte bu durumda trust yapısındaki öncelikli vekilin kim olduğunun belirlenmesi, bu başlık altında incelenen tüm görüş ayrılıklarının da temelini teşkil etmektedir.

ABD’de bu bağlamda ilke karar *Clafin v Clafin* kararıdır.¹³⁵⁷ 1889 yılında verilen ve uyuşmazlık konusu *Saunders v Vautier* kararınıkiyle hemen hemen aynı olan bu davada mahkeme, lehtarın kurucunun iradesiyle bağlı olduğuna ve trustı *prematüre* bir şekilde sona erdiremeyeceğine hükmetmiştir.¹³⁵⁸ Başka bir deyişle mahkeme, kurucunun iradesi ve lehtarın iradesinin çatışması durumunda ilkinde ağırlık vermeyi tercih etmiştir.¹³⁵⁹

ABD’nin çoğu eyaletinde benimsenen *Clafin* kuralının yine birçok eyaletinde kabul edilen *spendthrift* trust yapısının arkasındaki mantıkla da uyumlu olduğu ifade edilmektedir.¹³⁶⁰ *Spendthrift* kelime anlamı itibariyle parasını pervasızca ve müsrif bir şekilde harcayan anlamına gelmektedir.¹³⁶¹ *Spendthrift* trust ise lehtarın trust yapısı üzerinde hemen hemen hiçbir kontrolünün olmadığı ve lehtarın türev

¹³⁵⁷ *Clafin v Clafin* 149 Mass. 19, 20 N.E. 454 (1889).

¹³⁵⁸ **Ambruz**, s. 1014-1015; **Chester**, s. 44; **Matthews**, *Saunders v Vautier*, s. 283.

¹³⁵⁹ ABD hukukundaki bu kuralın trust yapısına dair kavramsal bakış açısıyla paralel olduğu, daha açık bir ifadeyle kurucunun iradesine öncelik vermenin tercih edildiği bu sistemde trust yapısının kavramsal olarak sözleşmeye yaklaştırıldığı ifade edilmektedir. Bu yönde örneğin bkz. **Ambruz**, s. 1023; **Matthews**, *Saunders v Vautier*, s. 294. Benzer yönde bkz. **Alexander**, *Dead Hand*, s. 1206. Trustın temelinde sözleşme ilişkisinin yattığına dair önemli bir çalışma için bkz. **Langbein**, *Contractarian*, s. 625 vd. Krş. **Matthews**, *NCP Trust*, s. 203 vd.; **Sitkoff**, *Agency Costs*, s. 628 vd. Bu tutumun sosyopolitik arka planına dair bir inceleme için bkz. **Chester**, s. 18 vd.

¹³⁶⁰ **Alexander**, *Dead Hand*, s. 1202; **Cincelli**, s. 244; **Alvin E. Evans**, *The Termination of Trusts*, *Yale Law Journal*, C. 37, S. 8, 1928, s. 1070; **Matthews**, *Saunders v Vautier*, s. 282-283. İngiliz hukukunda *spendthrift* trust yapısının kurulmasının mümkün olmadığı altı çizilmelidir. Bkz. **Hansmann/Mattei**, s. 452.

¹³⁶¹ Oxford English Dictionary, www.oed.com (son erişim tarihi 09.12.2019)

mülkiyet hakkının da devredilemez olduğu trust yapısına verilen isimdir.¹³⁶² İsminden de anlaşılacağı üzere *spendthrift* trust, lehtarların kendilerine bırakılan trust fonunu bilinçli bir şekilde harcayacağından emin olmayan kurucuların, lehtarları kendilerinden korumak için kullandığı bir hukuki araç olarak düşünülmektedir. *Spendthrift* trust yapısında lehtarın türev mülkiyet hakkını devretmesi mümkün olmadığı gibi, lehtarın alacaklılarının da bu fon üzerinde hak ileri sürmesi mümkün değildir.¹³⁶³ Bu çalışmada esas alınan İngiliz hukuku bağlamında kurulan trust yapıları ve bunlara hâkim temel ilkeler göz önünde bulundurulduğunda ise *spendthrift* trust yapısının bu ilkelerle çelişkili olduğu, istenmeyen nüfuz mantığına aykırı ve türev mülkiyet kavramına da ters olduğu görülecektir.¹³⁶⁴ Bu nedenle eldeki çalışmada *spendthrift* trust yapısının ayrıntılarına girilmeyecektir. Burada amaç daha ziyade ABD öğretisinde ve içtihatlarında benimsenen yaklaşımın, lehtarın iradesine ters düşse de kurucunun arzularına sadık kalmak yönünde olduğunun altının çizilmesidir.¹³⁶⁵

Son olarak ABD hukukunun *Saunders v Vautier* kuralının reddedildiği tek sistem olmadığı ifade edilmelidir. ABD'nin dışında bir diğer *common law* ülkesi olan Kanada'da¹³⁶⁶ veya *civil law* sistemini takip etmekle birlikte trust kurumunu benimseyen Çin'de¹³⁶⁷ veya Çekya'da¹³⁶⁸ da *Saunders v Vautier* kuralının kabul edilmediğine işaret edilmelidir.

¹³⁶² Cincelli, s. 238; Moffat, s. 314.

¹³⁶³ Cincelli, s. 238; Moffat, s. 314.

¹³⁶⁴ Benzer yönde bkz. Cincelli, s. 241; Moffat, s. 314. Ayrıca bkz. *Brandon v Robinson* (1881), 18 Ves 429.

¹³⁶⁵ Ogus, s. 205-206, 214-215.

¹³⁶⁶ Ambruz, s. 1015.

¹³⁶⁷ Rebecca Lee, *Duties and Liabilities of Trustees in China* (bundan böyle 'China'), *The Worlds of the Trust* (ed. Lionel Smith), CUP, s. 450, s. 415.

¹³⁶⁸ Ambruz, s. 1011.

III. TÜRK HUKUKUNDA TRUST?

Çalışmanın ilk iki bölümünde dünya genelinde trust yapısının yayılmasına ilişkin gelişmeler ile bu gelişmelerin arkasındaki sebepler trustın çeşitli işlevleri dikkate alınarak incelenmiş, ardından trustın anavatanı olan İngiliz hukukunda trust yapısının kuruluşu, işleyişi ve sona ermesi analitik bir şekilde değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın ‘Türk Hukukunda Trust?’ başlıklı bu son bölümünde ise öncelikle Türk hukuku bağlamında trust kurumunun gerekliliği, başka bir deyişle trusta duyulan ihtiyaç ve tabiri caizse trustın sistemimize katabileceği katma değer tartışılacaktır. Bu doğrultuda trustın Türk hukukunda hâli hazırda mevcut birtakım kurumlarla işlevsel karşılaştırması yapılacak ve trustın yerine getirdiği işlevlerin bu kurumlar üzerinden sağlanmasının zaten mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Ardından trust yapısının Türk hukuk sistemiyle uyumluluğu üzerinde durulacak ve özel hukukumuza hâkim birtakım prensiplerin (örneğin eşya hukukunda belirlilik ve sınırlı sayıdalık ilkelerinin) bir ‘Türk hukuku trustı’ yaratılmasının önünde bir engel teşkil edip etmediği sorgulanmaya çalışılacaktır. Ancak bu incelemeye geçmeden önce, trust ile yaratılan hukuki yapının unsurları konusunda çalışmanın muhtelif yerlerinde dile getirilen çıkarımların yinelenmesi kanımca yol gösterici olacaktır.

Trust, kurucunun tek taraflı iradi beyanıyla kurulan bir hukuki yapıdır.¹³⁶⁹ Dolayısıyla günümüzde uygulamada her ne kadar sözleşme temelli trust yapılarıyla çok sık karşılaşılsa da, kurucu ve güvenilen arasındaki karşılıklı irade uyuşmasının İngiliz hukukunda trustın bir olmazsa olmaz unsuru olduğu düşünülmemelidir. Bununla birlikte, özellikle varlık yönetimi (söz gelimi yatırım veya emeklilik fonlarının) ve teminat işlevini yerine getiren trustların hemen hemen her zaman bir sözleşme çerçevesinde kurulduğu ve yönetildiği ifade edilmelidir. Nitekim bu

¹³⁶⁹ Braun/Swadling, s. 554; Supino, s. 86-87; Underhill/Hayton, s. 22.

nedenle öğretide trust ilişkisini bir sözleşme benzeri ilişki olarak değerlendiren ve bu doğrultuda şekillendirmeye çalışan yazarların bulunduğu görülmektedir.¹³⁷⁰ Bununla birlikte kanımca trustın sözleşme yapısıyla özdeşleştirilmesi, özellikle güvenilenin alacaklıları ve lehtarın menfaatlerinin karşı karşıya geldiği ihtimalde ikincisine öncelik tanınması fikriyle, diğer bir ifadeyle trustın mülkiyet bileşeniyle uyumlu değildir.¹³⁷¹ Bu nedenle trustın hem sözleşmesel etkiye, hem de aynı etkiye sahip kendine özgü (*sui generis*) bir kurum olduğu sonucuna varmak daha doğru gözükmektedir.

Trust, tüzel kişilikten yoksun bir hukuki yapıdır. Nitekim trustı şirketten veya vakıftan ayıran en temel özelliklerden biri de budur. Trust fonu olarak adlandırılan mal varlığı unsurlarının maliki olan güvenilen, bu mal varlığını lehtarın menfaatleri doğrultusunda yönetmek ve zamanı geldiğinde bu kişiye (ya da kişilere) devretmekle yükümlüdür. Bu düzlemde İngiliz hukukunda ve onu takip eden sistemlerde güvenilenin sahip olduğu hak bir asli mülkiyet hakkı (*legal title*), lehtarın sahip olduğu haksı bir türev mülkiyet hakkı (*equitable title*) olarak nitelenmektedir. Lehtar sahip olduğu bu türev mülkiyet hakkı sayesinde, haklarını (iyi niyetli üçüncü kişinin kazanımları istisna olmak üzere) güvenilen dahil herkese karşı ileri sürebilmektedir.

Bu bağlamda aynı şey üzerinde hem güvenilenin hem de lehtarın bir tür mülkiyet hakkına sahip olmasına ilişkin kabulün tarihsel olarak İngiliz hukuk sisteminin iki

¹³⁷⁰ Öğretide trustın hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu görüşlerden ilki, trustın temelinde bir sözleşmesel ilişkinin yattığı ve trustın esasen nitelikli bir sözleşme olduğudur. Bu yönde bkz. Langbein, Contractarian, s. 625 vd. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Hansmann/Mattei, s. 469-471. Bir diğer görüşe göre trust, ortaklıklar gibi örgütlenme hukukunun (*organisational law*) bir görünümü olarak düşünülmelidir. Bkz. Sitkoff, Agency Costs, s. 627; Henry Hansmann/Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, Yale Law Journal, C. 110, S. 3, 2000, s. 416. Benzer yönde ayrıca bkz. Richard C. Nolan, "The Execution of a Trust Shall Be Under the Control of the Court": A Maxim in Modern Times, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, C. 2, S. 2, 2016, s. 484. Gretton ve Reid ise trustı bir mal varlığı (*patrimony*) olarak nitelendirmektedir.

Bkz. Gretton, Without Equity, s. 608 vd.; Reid, Patrimony, s. 433.

¹³⁷¹ Aynı yönde Hansmann/Mattei, s. 469 vd. Gretton, trustın bu özelliğini 'iflas etkisi' (*insolvency effect*) olarak tanımlamaktadır. Bkz. Gretton, Without Equity, s. 602-603.

başlı yapısından kaynaklandığının altı çizilmelidir.¹³⁷² *Civil law* sistemlerinde mülkiyet hakkının tekeli yapısı onun bu şekilde bölünmesine ya da parçalanmasına izin vermediğinden, benzer bir mülkiyet yapısının kurulmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir.¹³⁷³ Bu nedenle ilk bakışta trust yapısının Türk hukukunun da bir parçası olduğu bu sistemlere entegre edilmesinin imkânsız olduğu yanılığısına kapılmak olasıdır. Bununla birlikte tarihsel gerekçelerle trust kurumuyla özdeşleştirilen *common law – equitable law* ayrımının aslında trust yapısının vazgeçilmez bir unsuru olmadığını söylemek mümkündür.¹³⁷⁴ Son yıllarda trusti sistemine entegre eden muhtelif *civil law* sistemlerinin¹³⁷⁵ yanı sıra 17. yüzyıldan beri bir trust hukukuna sahip İskoçya, kanımca bu önermenin en güzel örneklerini teşkil etmektedir.¹³⁷⁶ Sözleşmenin (veya lehtarın bir üçüncü kişi olarak belirlendiği kurguda tam üçüncü kişi lehine sözleşme yapısının) ayrı mal varlığı ve aynı ikame ilkeleriyle desteklediği ihtimalde, parçalanmış mülkiyet yapısının ilkesel olarak söz konusu olmadığı *civil law* sistemlerinde de bu kurgunun yaratılmasının mümkün olduğu görülecektir. Bu nedenle lehtarın hakkının bir türev mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesinin trustin olmazsa olmaz bir özelliği olmadığı, lehtarın hakkının özel mal varlığı yapısı ve aynı ikame ilkesiyle desteklenen bir

¹³⁷² Clarry, *Fiduciary*, s. 906. İngiliz hukukunun iki başlı sistemine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 16 vd.

¹³⁷³ Cincelli, s. 460-461; Hansmann/Mattei, s. 441-442; Verhagen, s. 487; Watter, s. 244-245. *Common law* sistemlerinde ve *civil law* sistemlerinde mülkiyet kavramına ilişkin olarak benimsenen farklı bakış açılarına ilişkin kısa bir değerlendirme için bkz. yukarıda s. 376 vd.

¹³⁷⁴ Aynı yönde bkz. De Waal, s. 65 vd.; Gardner, s. 18-19; Gretton, *Without Equity*, s. 601; Hayton, *Counterparts*, s. 24; Ho, *Essentials*, s. 11; Koessler, s. 2-3; Reid, *Patrimony*, s. 428; Rudden, s. 89; Underhill/Hayton, s. 1440. Benzer yönde ayrıca bkz. Clarry, *Fiduciary*, s. 928; Verhagen, s. 488.

¹³⁷⁵ Bkz. yukarıda s. 39 vd.

¹³⁷⁶ Gretton, *Without Equity*, s. 601; Koessler, s. 3. İskoçya'nın da içinde bulunduğu hibrit hukuk sistemlerinde (*mixed jurisdictions*) eşya hukukunun her zaman *civil law* sistemine benzer bir yapıya sahip olduğu, buna rağmen bu sistemlerin hemen hemen hepsinde bir trust yapısının bulunduğu ve bu durumun, *common law – equity law* ayrımının trustin olmazsa olmaz bir unsuru olmadığını kanıtlar yönde olduğuna dair bkz. Reid, *Patrimony*, s. 428-429.

alacak hakkı olarak nitelendirilmesi durumunda da bir trust yapısından söz edilebileceği vurgulanmalıdır.¹³⁷⁷

Daha önce de ifade edildiği üzere trust, hem sözleşme hukukunun hem de eşya hukukunun belirli bazı özelliklerini bünyesinde barındıran hibrit ve *sui generis* bir hukuki kurumdur. Bu doğrultuda trust yapısının bir yükümlülük bileşeninin, bir de mülkiyet bileşeninin bulunduğu söylemek mümkündür.¹³⁷⁸ Ancak bu iki bileşenin birlikte mevcut olması durumunda tam anlamıyla işler bir trust yapısından bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesinin tüm inceliklerini kullansalar ve tüm sınırlarını zorlasalar dahi bir trust yapısı inşa edemeyecekleri ifade edilmelidir. Diğer bir deyişle sözleşme hukukunun sunduğu tüm imkânlar kullanılsa bile, trustın atipik bir sözleşme türü olarak tasarlanması mümkün değildir. Zira trustın lehtara sağladığı ve bir önceki başlığın konusunu oluşturan geniş çaplı hukuki koruma sadece yükümlülük bileşeniyle sağlanamamaktadır. Bu konuda verilebilecek belki de en basit ancak çarpıcı örnek, güvenilenin iflası durumunda trust fonunun güvenilenin alacaklılarına karşı korunmasına rağmen benzer bir korumanın üçüncü kişi lehine sözleşme veya inançlı işlemle sağlanmasının mümkün olmamasıdır.¹³⁷⁹

¹³⁷⁷ Bunun belki de en iyi örneklerinden birini Fransız Medeni Kanunu'nda düzenlenen *fiducie* kurumu oluşturmaktadır. Lahey Konvansiyonu'nun 2. Maddesindeki trust tanımının tüm özelliklerini içinde barındıran *fiducie*, ayrı mal varlığı ilkesini kodifiye etmek suretiyle bir trust benzeri yapı inşa edilmesini mümkün kılmıştır. Bu yapıda inananın hakkının bir alacak hakkı olduğu kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 55 vd.; s. 89 vd. Ayrıca bkz. Reichard, s. 66 vd. Hatta lehtarın hakkının bir türev mülkiyet hakkı, ya da daha geniş bir ifadeyle bir aynı hak değil bir şahsi hak olarak nitelendirilmesinin sadece mümkün değil, aynı zamanda daha isabetli olduğunun ileri sürüldüğü dahi görülmektedir. Bkz. Gretton, Without Equity, s. 605-608. Benzer yönde bkz. Verhagen, s. 491. Verhagen, trust fonunun özellikle mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak alacaklar/şeyleri kapsadığı düşünüldüğünde, lehtarın hakkının bir aynı haktan ziyade bir nisbi hak olarak nitelendirilmesinin daha isabetli olduğunu savunmaktadır.

¹³⁷⁸ Benzer yönde bkz. Lepaulle, s. 1126.

¹³⁷⁹ Benzer yönde bkz. Hansmann/Mattei, s. 456-458. Yazarlar, trust yapısı sayesinde sağlanan iflas korumasının sözleşme yoluyla da sağlanabileceğini ancak bunun hem riskli, hem de çok maliyetli olacağını ifade etmektedir. Buna göre güvenilenin tüm alacaklılarıyla yaptığı sözleşmeye koyacağı bir hüküm ile, bu alacaklıların söz konusu trust fonuna el uzatamayacaklarını düzenlemesinin bir ihtimal olduğu ileri sürülmektedir. Ancak bunun Türk hukukunda mümkün olmadığı belirtilmelidir. Bir külli icra yolu olarak nitelendirilen iflas söz konusu olduğunda, borçlunun haczedilebilir tüm mal varlığının iflas masasına dahil olduğu kabul edilir. Dolayısıyla

Bu doğrultuda trustın olmazsa olmaz dört unsurunun bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu unsurlardan ilk ikisi trustın yükümlülük hukuku bileşenine, diğer ikisi ise mülkiyet bileşenine ilişkindir. Bunlar, lehtara ifayı talep etme yetkisinin verilmiş olması, güvenilenin birtakım önemli görev ve yetkilerle donatılmış olması, trust fonunun güvenilenin mal varlığından ayrı ve özel bir mal varlığı teşkil etmesi ve trust fonu üzerinde aynı ikame ilkesinin işlemesidir. Dolayısıyla trust yapısını benimsemek isteyen bir sistemin şu formüle sadık kalması gerektiği ifade edilmelidir: *Trust = (üçüncü kişi lehtarın icra kabiliyeti) + (güvenilenin görev ve yetkilerine ilişkin bir kurallar dizisi) + (özel mal varlığı yapısı) + (aynı ikame ilkesi).*

Türk hukuku çerçevesinden bakıldığında, bu formülün dört unsurunun da Türk özel hukuk sisteminin farklı yerlerinde, dağınık bir şekilde karşımıza çıktığı görülecektir. Dolayısıyla özel hukuk sistemimizde dağınık hâlde bulunan bu unsurların bir araya getirilerek bir yerel trust yapısının inşa edilmesinin düşünüldüğünden daha kabul edilebilir bir ihtimal olduğu şimdiden ifade edilmelidir. İlk unsur olan üçüncü kişi lehtarın ifayı talep etme yetkisi, bilindiği üzere aslında sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirilen ve TBK m. 129'da düzenlenen (tam) üçüncü kişi lehine sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları dışında kalan bir üçüncü kişiye ifayı talep etme yetkisinin verilmesinin, İngiliz hukukunun aksine Türk hukukuna yabancı bir kavram olduğunu söylemek mümkün değildir.¹³⁸⁰

borçlunun önceden sözleşme yoluyla bazı mal varlığı unsurlarının alacaklılarının taleplerine karşı bağımsızlık sahibi olacağını kararlaştırması mümkün değildir. İİK m. 206'da düzenlenen ve sıra cetveline ilişkin hükmün emrediciliği de bunu gerektirir. Cüzi icra söz konusu olduğunda da, tarafların bir sözleşmeyle bazı malların haczedilmeyeceği konusunda anlaşması birçok açıdan sorun teşkil etmektedir. İİK m. 82 ve 83 hükümlerinde, haczedilemeyecek mallar sınırlı ve emredici bir şekilde sayıldığından, taraflar arasındaki anlaşmanın icra memurunu bağlayacağını düşünmek güçtür. Ayrıca alacakların sadece sözleşmeden değil; haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi tesadüfi olaylardan da doğabileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu yönde bir sözleşmenin de trust hukukundaki iflas korumasının bir benzerinin yaratılması için yetersiz olduğu göze çarpacaktır. ¹³⁸⁰ İngiliz sözleşme hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşmelerin nisbiliği (*privity of contract*) ilkesi doğrultusunda, sözleşmenin tarafları dışında kalan (ve dolayısıyla sözleşmenin kurulması için

Formülün ikinci unsuru olan güvenilenin yüklendiği görev ve yetkilere ilişkin bir kurallar bütünü bulunması fikrinin de aslında Türk hukukuna uzak olmadığı söylenebilir. Nitekim bu çalışmada da İngiliz hukukunda güvenilenin görev ve yetkilerini incelenirken, Türk hukukunda vekilin görev ve yetkilerinin çıkış noktası olarak kullanılabilmesi de bunu kanıtlar niteliktedir.¹³⁸¹ İki sistem arasındaki benzerlikler ve farklılıklara ilgili bölümde ayrıntılı bir şekilde değinilmiştir. Bu değerlendirme sonucunda, güvenilenin tâbi olduğu yükümlülüklerin vekilin yükümlülüklerine (ve buna bağlı sorumluluk rejimine) kıyasla düzenleniş tarzı bakımından daha ayrıntılı ve içerik bakımından da daha sıkı olduğu görülmektedir.¹³⁸² Bunun sonucunda güvenilenin görev ve yetkilerinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin, vekalet sözleşmesine ilişkin torba hükümlerin kıyasen uygulanması ihtimali karşısında ekonomik açıdan daha etkin olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu durumda trustın kurucusunun her türlü ihtimali trustın kurucu belgesinde düzenlemesine gerek kalmamakta, böylelikle işlem maliyeti azalmaktadır.¹³⁸³ Bu durum ise trust kurumunun uygulamada daha sık kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte, trustın Türk hukukunda benimsenmesi durumunda güvenilenin görev ve yetkilerinin ayrıca ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinin hâli hazırda vekil bakımından kabul edilen hukuk politikası tercihleriyle çelişmeyeceği, bu nedenle bu açıdan bir sorun teşkil etmeyeceğini söylemek mümkündür.

bir karşılık (*consideration*) vermemiş olan) kişilerin sözleşmenin ifasını talep etmesinin kural olarak mümkün olmadığı kabul edilmekteydi. Dolayısıyla *civil law* sistemlerinin birçoğunda bulunan tam üçüncü kişi lehine sözleşme kavramının İngiliz hukukuna en azından ilkesel olarak yabancı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim trust hukukunun serpilmesinin arkasındaki sebeplerin arasında bu ihtiyacın karşılanması da olduğu düşünülmektedir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. **Hansmann/Mattei**, s. 450-451; **Edwin Peel/Guenter Heinz Treitel**, *The Law of Contract*, 14. Bası, Sweet & Maxwell, 2015, s. 694 vd.; **Underhill/Hayton**, s. 15; **Reinhard Zimmermann**, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civil Law Tradition*, Juta & Co, 1992, s. 45. İngiliz hukukunda 1999 yılında kabul edilen *Contracts (Rights of Third Parties) Act* ile bu kurala önemli istisnaların getirildiğini söylemek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Neil Andrews**, *Strangers to Justice No Longer: The Reversal of the Privity Rule Under The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, *Cambridge Law Journal*, C. 60, S. 2, 2001, s. 353 vd.

¹³⁸¹ Bkz. yukarıda s. 270 vd.

¹³⁸² Alman hukuku bakımından benzer yönde bkz. **Kötz**, *Germany*, s. 181.

¹³⁸³ İşlem maliyeti kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Mackaay**, s. 221-225; **Sanlı**, *Haksız Fiil*, s. 148 vd.

Formülün üçüncü ve dördüncü unsurları ise birbiriyle adeta organik bir bağa sahip olan özel mal varlığı ve aynı ikame kavramlarıdır. Daha önceki bölümlerde yapılan açıklamalardan, Türk hukukunda ne özel mal varlığı kavramının ne de aynı ikame ilkesinin açıkça düzenlendiği, bununla birlikte her ikisinin de özel hukuk sistemimizin bir parçası olduğu hatırlanacaktır. Bilindiği üzere trustın konusunu teşkil eden trust fonu, güvenilenin şahsi mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı olarak kabul edilmektedir.¹³⁸⁴ Özel mal varlığı kavramıyla doğrudan bağlantılı hatta bu kavrama adeta rengini veren aynı ikame ilkesi ise İngiliz trust hukukundaki *tracing* kavramına hemen hemen karşılık gelen, lehtarın sahip olduğu çok önemli bir hukuki korumadır.¹³⁸⁵ Zira ancak bu sayede lehtarın güvenilene karşı ileri sürebileceği alacak haklarının karşılıksız kalmasının büyük ölçüde önüne geçilebilmektedir. Dolayısıyla özel mal varlığı ve bunu destekleyen aynı ikame ilkesiyle sağlanan bir hukuki 'dizayn' ile, geleneksel görüşe göre trustın temelinde yattığı düşünülen parçalanmış mülkiyet yapısına duyulan ihtiyacın aşılmasının mümkün olduğu ifade edilmelidir.¹³⁸⁶ Bu doğrultuda özel mal varlığı ve aynı ikame kavramları da Türk hukuk sistemine tamamen yabancı kavramlar olmadığı için, aslında bir Türk trust hukukunun tasarlanması için gereken tüm araçların mevcut olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Özetle trustın yukarıda açıklanan dört ayaklı formülünün her unsurunun Türk hukuk sisteminde dağınık da olsa mevcut olduğu görülmektedir. Ancak bu doğrultuda yapılabilecek bir olası yasama faaliyetinin sahip olması gereken özellikleri tartışmaya geçmeden önce sorulması gereken önemli bir soru vardır: Trust, Türk hukuku bakımından gerçekten gerekli bir kurum mudur? Aşağıda bu soru yanıtlanmaya çalışılmıştır.

¹³⁸⁴ Trust fonuna ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 160 vd.

¹³⁸⁵ *Tracing* kavramı ve aynı ikame ilkesiyle ilişkisi için bkz. yukarıda s. 385 vd.

¹³⁸⁶ Aynı yönde bkz. Gretton, *Without Equity*, s. 613.

3.1. Trust, Türk Hukuku Bakımından Gerekli Bir Kurum Mudur?

Civil law sistemlerinde genel bir trust hukukunun bulunmamasının arkasındaki sebepleri inceleyen *Bolgar*, trustın bu sistemlerde benimsenmemesinin üç temel sebebi bulunduğunu ileri sürmüştür.¹³⁸⁷ Bunlardan ilki mülkiyetin bölünmezliği prensibi, ikincisi ise eşya hukukunda sınırlı sayıdalık prensibidir. Bu iki ilkenin trustın benimsenmesinin önünde bir engel teşkil edip etmediği çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıca incelenecektir.¹³⁸⁸ *Bolgar*'ın ileri sürdüğü üçüncü sebepten bu başlık açısından ayrı bir öneme sahiptir. Yazar, söz konusu sistemlerde trustın yerine geçebilecek, onun işlevlerini yerine getirebilecek kurumların hâli hazırda mevcut olmasının bu sistemlerde trustın benimsenmesinin önündeki engellerden birini teşkil ettiğini ifade etmiştir. İşte çalışmanın bu bölümünde de esasen bu önermenin Türk hukuku bakımından geçerli olup olmadığı hususu ele alınmıştır.

Trustın Türk hukuku bakımından gerekli bir kurum olup olmadığını inceleyebilmek için öncelikle trustın uygulamada en sık kullanıldığı yerlerin hatırlanması yerinde olacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde daha ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, esnek, dinamik ve çok yönlü yapıyla ünlü olan trustın işlevleri de çeşitlidir.¹³⁸⁹ Varlık yönetiminden teminat işlevine, miras planlamasından hayır işlerinin yerine getirilmesine kadar birçok alanda kullanılan trustın Türk hukuku bakımından beraberinde getirebileceği katkının değerlendirilebilmesi için bu alanlarda Türk hukukunda kullanılan mevcut hukuki kurumlar ile trustın işlevsel olarak karşılaştırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda öncelikle trustın yukarıda anılan alanlarda yerine getirdiği işlevler kısaca hatırlanacak, ardından Türk hukukunda bu işlevleri yerine getirmesi için başvurulacak kurumlarla arasındaki farklar ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

¹³⁸⁷ Vera Bolgar, Why No Trusts in the Civil Law?, The American Journal of Comparative Law, C. 2, S. 2, 1953, s. 210.

¹³⁸⁸ Bkz. aşağıda s. 584 vd.

¹³⁸⁹ Bkz. yukarıda s. 91 vd.

3.1.1. Varlık Yönetimi İşlevi Bakımından

Günümüz ekonomik düzeninde mal varlığı sahipliği ve yönetim yetkisinin birbirinden ayrılması, yönetimin bu şekilde daha profesyonel ve dolayısıyla etkin bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla sıkça tercih edilen bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁹⁰ Bu nedenle hemen hemen her hukuk sisteminde bir mal varlığı unsuru üzerindeki ekonomik menfaatin ve hukuki yetkinin birbirinden ayrılabilirdiği, söz gelimi trust veya inançlı işlem gibi çeşitli araçların öngörüldüğünü söylemek mümkündür.¹³⁹¹ Şirket yapılarında kurumsal yönetim ilkeleri doğrultusunda kabul edilen profesyonel yönetim sistemi ve finansal kuruluşların sunduğu portföy yönetimi hizmetleri, bireylerin veya şirketlerin mal varlıklarının yönetimini bir başkasına bırakma konusundaki eğilimlerinin belki de ilk akla gelen örneklerini teşkil etmektedir. Kişilerin mal varlıklarının yönetimini tamamen ya da kısmen bir başkasına bırakabilmeleri için belirli düzeyde bir hukuki korumaya ihtiyaç duyduklarıysa açıktır. Bu hukuki korumanın yöntemi ve kapsamıysa eldeki varlık yönetimi şekline göre değişiklik göstermektedir. Şirket yapılarında yönetim organı dışındaki diğer organlara verilen gözetim yetkisi ve yöneticilerin Kanun'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenen sorumluluğu, şirketler hukuku alanında bu korumanın temel taşlarını oluşturmaktadır. Bu tür bir örgütsel yapının bulunmadığı hâllerde ise sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu kuralları, malikin menfaatlerinin korunması bakımından devreye giren temel hukuki araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte varlık yönetimi bakımından trustın uygulamada öne çıkmasının temel sebeplerinden birinin de trustın sağladığı ve bir önceki başlığın

¹³⁹⁰ Ogus, s. 188. Ekonomik anlamda mal varlığı sahipliği ve hukuki anlamda malik sıfatının ayrıldığı çeşitli örnekler için bkz. Thévenoz, Réforme, s. 285-286. Örneğin bir şirket ya da taşınmaz satım sözleşmesinde, tasarruf işlemine (*closing* veya *tescile*) kadar geçen sürede bedelin veya satım sözleşmesinin konusunu oluşturan şeyin, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin (*escrow agent*) hesabında tutulması 'ekonomik mülkiyet' ve 'hukuki mülkiyet'in ayrıldığı ve uygulamada sıkça karşılaşılan örneklerden birini teşkil etmektedir.

¹³⁹¹ Thévenoz, Réforme, s. 285-286.

konusunu oluşturan, sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluk kurallarının ötesine geçen hukuki koruma olduğunu söylemek mümkündür.¹³⁹²

Türk hukukunda trust yapısının varlık yönetimi bağlamında en azından üç farklı yerde karşımıza çıktığı anımsanacaktır: Bunlardan ilki 28586 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik’te düzenlenen emeklilik fonları, ikincisi SerPK’nun 52 vd. maddelerinde ve Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan ilgili tebliğlerde düzenlenen yatırım fonları ve üçüncüsü de SerPK’nun 58. maddesinde düzenlenen ipoteye ve varlığa dayalı menkul kıymetleştirmede devreye girecek özel amaçlı kuruluşlar olan konut ve varlık finansmanı fonlarıdır.¹³⁹³ Hatırlanacağı üzere emeklilik, yatırım ve finansman fonlarının öne çıkan ortak özellikleri, bunların tüzel kişiliğe sahip olmamaları ve ilgili fonun malikin (güvenilenin) şahsi mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı (*Sondervermögen*) teşkil etmesidir.¹³⁹⁴ Bunun dışında her üç yapıda da yönetici malikin yükümlülüklerinin ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.¹³⁹⁵ Kısacası yatırımcının menfaatleri, tıpkı trustta olduğu gibi, fon yöneticilerinin tâbi olduğu yükümlülükler ile bunların beraberinde getirdiği yaptırımlar ve söz konusu fonlara yüklenen özel mal varlığı niteliği vasıtasıyla korunmaktadır. Dolayısıyla yatırımcı, birikimlerinin mülkiyetini teknik olarak bu kuruluşlara devretmesine rağmen mülkiyet devrinin beraberinde getirdiği birtakım tehlikelere ve en önemlisi malikin iflası riskine karşı korunmaya devam etmektedir.

Bu noktada söz konusu yapılar ile geleneksel trust yapısının arasındaki önemli bir farkın altı çizilmelidir. Hatırlanacağı üzere İngiliz hukukunda trustın en karakteristik özelliği, trust fonu üzerindeki mülkiyet hakkının parçalanarak iki

¹³⁹² Bkz. yukarıda s. 255 vd.

¹³⁹³ Bu düzenlemelere ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 96 vd.

¹³⁹⁴ Bkz. Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 18; SerPK m. 53 ve m. 58.

¹³⁹⁵ Bkz. Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 12 vd.

farklı kişiye bölüştürülmesi, bu şekilde hem güvenilenin hem de lehtarın aynı şey üzerinde mülkiyet hakkıyla donatılmış olmasıdır. Türk hukukunda ise bu parçalanmış mülkiyet yapısının kurulmasının mülkiyet hakkının tekeli yapısı nedeniyle mümkün olmadığını söylemek mümkündür.¹³⁹⁶ Dolayısıyla yukarıda incelenen üç durumda da yatırımcının haklarının aynı hak olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Nitekim ilgili hükümlerde de bu fonların inançlı temlik esaslarına göre yönetileceğinin, başka bir deyişle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmesel bir hukuki ilişki olduğunun açıkça düzenlendiği görülmektedir.¹³⁹⁷ Kısacası emeklilik, yatırım ve finansman fonlarında mülkiyet hakkının, bu fonları yöneten kişi/şirkete ait olduğu ve yatırımcının hakkının bir alacak hakkı olarak düzenlendiğinin altı çizilmelidir.

Ancak lehtar konumundaki yatırımcının hakkının bir nisbi hak olarak nitelendirilmesinin, bu yapının bir trust ya da en azından trust benzeri bir yapı olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini tekrarlamakta yarar vardır.¹³⁹⁸ Zira İngiliz hukukunda türev mülkiyet hakkı kavramı üzerinden sağlanan koruma, bu durumda ilgili fonun özel mal varlığı olarak nitelendirilmesi ve böylece malikin alacaklılarının talepleri ve iflas riskine karşı korunması sayesinde sağlanmaktadır. Her ne kadar trust kurumu, İngiliz hukuku ve bunu takip eden diğer *common law* sistemlerine özgü iki başlı hukuki yapı ve bunun beraberinde getirdiği parçalanmış mülkiyet kavramıyla özdeşleştirilse de, bu ayrımın trustın olmazsa olmaz bir unsuru olmadığı ne kadar vurgulansa azdır. Diğer bir ifadeyle, lehtarın hakkının hukuki nitelendirmesinden ziyade bu hakkın beraberinde getirdiği korumanın kapsamının

¹³⁹⁶ Mülkiyetin tekeli yapısına ilişkin bir değerlendirme ve Türk ve İngiliz eşya hukuklarında aynı hak ve aynı talep kavramlarına ilişkin bir karşılaştırma için bkz. yukarıda s. 376 vd.

¹³⁹⁷ Bkz. Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4 ve 8, SerPK m. 52(1), SerPK m. 58(1).

¹³⁹⁸ Nitekim SerPK'nunda konut finansmanı fonuna ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmasını öngören 5582 s. Kanun'un gerekçesinde de bu husus açıkça dile getirilmiştir: "Yurt dışı uygulamalarında "trust" adı verilen yapı ülkemizde halen menkul kıymet yatırım fonlarında uygulanmakta olup, bu açıdan konut finansmanı fonları menkul kıymet yatırım fonlarına benzer bir şekilde tasarlanmıştır." Bkz. 5582 s. Kanun m.12 gerekçesi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanonlarno=37278&pkanonnumara=5582> (son erişim tarihi 26.06.2019)

trusta rengini verdiğini söylemek mümkündür. İngiliz hukukunda bu sisteme özgü parçalanmış mülkiyet yapısıyla, yani *legal title* ve *equitable title* ayrımıyla sağlanan bu koruma, diğer hukuk sistemlerinde pekâlâ farklı bir yöntemle sağlanabilir. Aşağıda inceleneceği üzere bu yöntemin temel yapı taşları ise trust fonunun özel mal varlığı olarak nitelendirilmesi ve bu özel mal varlığı bakımından aynı ikame ilkesinin işlerliğinin temin edilmesidir.

Yatırım fonları bakımından Türk hukukundaki özel düzenlemenin mevcut olmadığı bir kurgu örnek olarak ele alındığında bu korumanın önemi göze çarpacaktır. Yüzlerce yatırımcıdan biri olan (Y)'nin, (P) yatırım şirketiyle yaptığı bir sözleşme çerçevesinde mal varlığının büyük bir kısmını çeşitli yatırım araçlarıyla değerlendirmesi için (P)'ye devrettiğini varsayalım. (Y) ve (P) arasındaki yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesi doğrultusunda (P), belirli bazı prensipler (söz gelimi portföyün çeşitlendirilmesi suretiyle riskin dağıtılması prensibi) doğrultusunda ve basiretli bir şekilde bu mal varlığını yönetecek ve sözleşmede belirlenen vade ya da şart gerçekleştiğinde bu mal varlığını (Y)'ye devrecek. Böylelikle küçük yatırımcı (Y), tek başına gerçekleştirmesinin hemen hemen imkânsız olduğu bu portföy yönetimi işini profesyonel bir şirkete devretmek suretiyle kendi başına elde edebileceğinden daha büyük bir getiri elde edecek; (Y)'nin birikimleri bu şekilde piyasaya girebildiği için ayrıca ülke ekonomisine de katkı sağlanmış olacaktır. Bu noktaya kadar söz konusu kurgunun olayın tüm aktörleri ve hatta genel olarak toplum bakımından bir kazan – kazan (*win win*) durumu olduğu açıktır. Bu kurguda (P)'nin aktif mal varlığında söz gelimi bu tür portföy yönetim işlerinden elde ettiği kazanç suretiyle oluşturduğu havuzun yanı sıra, yatırımcıların yönetilmesi için devrettikleri mal varlığı değerleri yer almaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin vadesi geldiğinde (P)'nin ilgili mal varlığını (Y)'ye devretmekten kaçınması ihtimalinde ise ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Eğer (P)'nin maddi durumu bu borcun ifasına yeter durumdaysa, (Y)'nin (P)'ye karşı olan talebinin sözleşmeden doğan bir alacak hakkına dayanmasının büyük bir sorun teşkil etmeyeceği söylenebilir. Bununla birlikte (P)'nin iflası durumunda

(Y)'nin hakkının hukuki nitelendirmesinin büyük önem kazanacağı ortadadır. Zira (P) şirketinin iflası hâlinde, içinde (Y)'nin (P)'ye yönetmesi için devrettiği ve hukuken (P)'ye ancak 'ekonomik olarak' (Y)'ye ait bu mal varlığı da (P)'nin iflas masasına girerek tüm alacaklılarına açılacaktır.¹³⁹⁹ Bu durumda iflas hukukundaki sıra kuralları gereğince (Y)'nin tüm alacağını elde edememesi ise olasıdır. Bu kurguda yatırımcının birikimlerini geri alamaması riskini dikkate alarak bu sözleşme ilişkisine girmemesi de uzak bir ihtimal değildir. Bu durumda ise yukarıda açıklanan ve ekonomik gelişme açısından önem teşkil eden bu 'kazan kazan' durumunun sekteye uğrayacağı ortadadır. İşte bu nedenle kanun koyucu, yatırım fonları açısından yatırımcının fona devrettiği mal varlığını trust benzeri bir yapı kurmak suretiyle korumaya almaktadır.

Kanun koyucu, fonun yönetim şirketinin mal varlığından ayrı bir mal varlığı teşkil edeceğini ve bu özel mal varlığının yatırımcının alacaklılarından gelebilecek taleplere karşı bir nevi bağışıklığa sahip olduğunu açıkça düzenlemiştir. SerPK'nun 'fonun ayrı mal varlığı' başlıklı 53. maddesi uyarınca "*Fonun mal varlığı, portföy yönetim şirketi ve portföy saklama hizmetini yürütecek kuruluşun mal varlığından ayrıdır./Fon mal varlığı, fon hesabına olması ve fon iç tüzüğünde hüküm bulunması şartıyla kredi almak, türev araç işlemleri, açığa satış işlemleri veya fon adına taraf olunan benzer nitelikteki işlemlerde bulunmak haricinde teminat gösterilemez ve rehnedilemez. Fon mal varlığı portföy yönetim şirketinin ve portföy saklama hizmetini yürüten kuruluşun yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi hâlinde dahi başka bir amaçla tasarruf edilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dâhil olmak üzere haczedilemez, üzerine ihtiyati tedbir konulamaz ve iflas masasına dâhil edilemez./Fon mal varlığının tasfiyesi durumunda yalnızca*

¹³⁹⁹ 'Ekonomik mülkiyet' kavramı, Alman hukukunda mahkemelerin *Treuhand* kurumu bağlamında kullandığı bir terimdir. İlgili açıklamalar için bkz. yukarıda s. 41 vd. Burada ise 'ekonomik mülkiyet' kavramının teknik anlamda kullanılmadığı ifade edilmelidir. Bu terim (P)'nin mal varlığında yer alan ve hem devirden önce (Y)'ye ait olan hem de sözleşme bağlamında (Y)'ye devredilmesi gereken unsurlar üzerinde (Y)'nin sahip olduğu hakkı daha çarpıcı bir şekilde ifade etmek için tabiri caizse Alman hukukçulardan ödünç alınmıştır. Yoksa Türk hukukunda, yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesi bağlamında mülkiyetin inanılana devredildiği konusunda bir şüphe bulunmadığının altı çizilmelidir.

katılma payı sahiplerine ödeme yapılabilir./Portföy yönetim şirketlerinin üçüncü kişilere olan borçları ve yükümlülükleri ile yatırım fonlarının aynı üçüncü kişilerden olan alacakları birbirlerine karşı mahsup edilemez.” Bu doğrultuda mülkiyet hakkının mutlaklığı ve dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilirliği sayesinde sağlanan korumanın, başka bir yoldan, yani bir alacak hakkının özel mal varlığı ilkesiyle pekiştirilmesi suretiyle temin edildiği görülmektedir.

Kanun’da düzenlenen bu istisnai hâller dışında ise Türk hukukunda tabiri caizse *ad hoc* bir trust yapısının kurulması mümkün değildir. Daha önce de belirtildiği üzere trust, hem sözleşme hukukunun hem de eşya hukukunun belirli bazı özelliklerini bünyesinde barındıran hibrit ve *sui generis* bir hukuki kurumdur. Bu doğrultuda trust yapısının bir yükümlülük bileşeninin, bir de mülkiyet bileşeninin bulunduğu anımsanacaktır. Dolayısıyla sadece sözleşme kurumuyla trustın beraberinde getirdiği hukuki korumanın tüm boyutlarıyla sağlanması mümkün değildir.

Sermaye piyasası düzenlemelerinin dışına çıkıldığında kişilerin mal varlıklarının yönetimlerini bir başkasına bıraktığı temel kurgunun atipik bir sözleşme olan yönetme amaçlı inançlı temlik olduğu görülmektedir. Bu doğrultuda *“Türk hukuku bakımından trust gerekli bir kurum mudur?”* sorusunu bir adım daha ileri götürerek şu şekilde yeniden formüle etmek mümkündür: *“Trust, varlık yönetimi bakımından yönetme amaçlı inançlı temlik ile sağlanamayan nasıl bir avantaja sahip olabilir?”* Aşağıda bu sorunun yanıtlanabilmesi için öncelikle iki yapı arasındaki benzerlikler ve farklılıklar değerlendirilmiştir.

3.1.1.1. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik Sözleşmesi ve

Trust

3.1.1.1.1. İnançlı Temlik Sözleşmesinin Genel Yapısı ve Hukuki Çerçevesi

a. İnançlı Temlik Sözleşmesi Nedir?

İnançlı temlik sözleşmesinin temelinde, Roma hukukunun bir parçası olan ancak daha sonra yaklaşık 1.300 yıl boyunca tarihin sayfalarından adeta silinen

fiducia'nın yer aldığı düşünülmektedir.¹⁴⁰⁰ Henüz sınırlı aynı hak kavramının bulunmadığı ve saklama ve vekalet sözleşmelerinin Roma hukuku sahnesine tam olarak giriş yapmadığı bu dönemde, kişilerin sahip oldukları mal varlığı unsurlarını teminat gösterebilmeleri veya yönetilmesi ya da saklanması için bir başkasına devredebilmeleri ancak *mancipatio* veya *in iure cessio* şeklinde yapılan *fiducia* anlaşmasıyla mümkün olabilmıştır.¹⁴⁰¹ İlk ihtimalde alacaklıyla yapılan *fiducia* anlaşması anlamına gelen *fiducia cum creditore*'den, ikinci ihtimalde ise güvenilen kişiyle veya dostla yapılan *fiducia* anlaşması anlamına gelen *fiducia cum amico*'dan söz edilmektedir.¹⁴⁰² Roma hukukunda zaten ayrıntılı ve inanan kişi açısından korunaklı bir hukuki çerçeveye sahip olmayan *fiducia*,¹⁴⁰³ sınırlı aynı hak kavramının kabul edilmesiyle ve teslimli mülkiyet devri şekli olan *traditio*'nun öne çıkmasıyla birlikte klasik dönem sonrasında önemini iyice yitirmiş ve 6. yüzyıldan önce bu sistemin bir parçası olmaktan çıkmıştır.¹⁴⁰⁴ *Fiducia* veya bugünkü anlamıyla inançlı işlem, modern hukuk öğretisine ve bunu takiben uygulamasına ancak 19. yüzyılda Alman pandekt hukukçularının etkisiyle geri dönüş yapmıştır.¹⁴⁰⁵

¹⁴⁰⁰ Ayanoglu Morali, s. 38; Şirin Aydınçık, Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki, İÜHFİM, C. LXIV, S. 1, 2006, s. 132, dn. 9; Cincelli, s. 480; Başak Karaman, Fiducia Cum Creditore, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S. 2, 2004, s. 332; Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Seçkin, 3. Bası, 2004, s. 25; Özsunay, s. 9; Parlak Börü, s. 233; Raymond, s. 3; Seiler, s. 47; Underhill/Hayton, s. 1443; Atiye Uygur, Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, 2006, s. 172. *Fiducia*'nın tarihsel gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dunand, s. 77 vd.; Wolff, s. 180 vd. Krş. Michele Graziadei, The Development of Fiducia in Italian and French Law (bundan böyle 'Fiducia'), Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, s. 329 vd.

¹⁴⁰¹ Özgür Güvenç, Taşınmazların İnançlı İşleme Devri, Yetkin Yayınları, 2014, s. 38-39; Özkaya, s. 25; Özsunay, s. 9. Ayrıca bkz. Pierre Wälli, Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Schulthess, 1969, s. 2-3; Zimmermann, s. 50.

¹⁴⁰² Eichner, s. 74; Güvenç, s. 40-41; Özsunay, s. 9-10; Raymond, s. 4; Seiler, s. 47; Underhill/Hayton, s. 1443; Wälli, s. 2-3; Watter, s. 189; Wolff, s. 180.

¹⁴⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayanoglu Morali, s. 39 vd.; Özsunay, s. 11-13.

¹⁴⁰⁴ Thévenoz, Réforme, s. 302. Nitekim M.S. 529-534 yıllarında derlenen Corpus Juris Civilis'de *fiducia*'dan bahsedilmediği ifade edilmektedir. Bkz. Ayanoglu Morali, s. 41; Güvenç, s. 44-45; Karaman, s. 333; Özsunay, s. 13-14. Ayrıca bkz. Graziadei, Fiducia, s. 331; Johnston, s. 52-53; Raymond, s. 4; Wolff, s. 180-181. Roma hukukunda *fiducia* kurumunun gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Karaman, s. 332 vd.

¹⁴⁰⁵ Becker, s. 369; Cincelli, s. 480; Dunand, s. 274; Graziadei, Fiducia, s. 328-329; Özsunay, s. 20 vd.; Thévenoz, Réforme, s. 264; Wolff, s. 255, 257.

İşte temellerini Roma hukuku *fiducia*'sında bulan inançlı işlemin, günümüzde bir mal varlığı üzerindeki hak ve ekonomik menfaatin farklı kişilerde toplandığı kurguların belki de en sık karşılaşılan örneğini teşkil eden, Kanun'da düzenlenmeyen ancak uygulamadaki yeri nedeniyle en temel isimsiz sözleşmelerden biri kabul edilen bir yapı olduğunu söylemek mümkündür.¹⁴⁰⁶ İnançlı temlik sözleşmesinde taraflardan biri veya üçüncü bir kişi,¹⁴⁰⁷ sahibi olduğu bir şeyi (veya alacağı), yönetilmesi (ya da bu bir alacak hakkıysa tahsil edilmesi) veya teminat teşkil etmesi için bir başkasına devreder.¹⁴⁰⁸ Bu doğrultuda inançlı işlemin iki temel unsuru olduğunu söylemek mümkündür: Taraflar arasındaki inanç anlaşması ve söz konusu şeyin ya da alacağın inanılana devri.¹⁴⁰⁹

İnançlı işlemin temel olarak iki farklı amaca hizmet ettiği kabul edilmektedir.¹⁴¹⁰ Bunlardan ilki, bu başlık altında incelenecek olan yönetme amacı (*fiducie gestion*), diğeri ise aşağıda incelenecek olan teminat amacıdır (*fiducie surété*).¹⁴¹¹ İlk ihtimalde inanılan kişi, inanç anlaşması konusu mal varlığını bu anlaşmaya uygun olarak ve sadece inananın veya onun tayin ettiği bir lehtarın menfaatleri doğrultusunda elinde bulundurmaktadır. Bu nedenle bu tür inançlı işlemlerin saf inançlı işlem (*fiducia cum amico*) olarak da anıldığı görülmektedir.¹⁴¹² Bu

¹⁴⁰⁶ Dunand, s. 2-3.

¹⁴⁰⁷ Hofstetter, s. 32; Tandoğan, s. 548; Wälli, s. 56. Ayrıca bkz. YHGK, E. 2000/2-888, K. 2000, 885, T. 17.05.2000.

¹⁴⁰⁸ İnançlı işlemin yerine getirdiği ekonomik işlevlere ilişkin bir değerlendirme için bkz. Ayanoğlu Morali, s. 30-35; Eichner, s. 79 vd.; Güvenç, s. 27-33; Özsunay, s. 27-34; Wälli, s. 13-18.

¹⁴⁰⁹ Becker, s. 369; Cantin Cumyn, Reflections, s. 23; Cincelli, s. 480-481; Dunand, s. 19; Mario Giovanoli, Les Opérations Fiduciaires dans la Pratique Bancaire Suisse, La Fiducie et Ses Applications Dans Plusieurs Pays Européens – Colloque Organisé le 29 Novembre 1990 (ed. Claude Witz), Bulletin Joly, 1991, s. 35; Güvenç, s. 25-26; Oktay Özdemir, s. 674; Özkaya, s. 29; Parlak Börü, s. 254; Reymond, s. 20, 22; Seiler, s. 48; Şafak, s. 26; Tandoğan, s. 543-544.

¹⁴¹⁰ İnançlı işlemlere ilişkin çeşitli sınıflandırmalara dair ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, s. 39 vd.

¹⁴¹¹ Bazı yazarlar bunların yanı sıra nitelikli bir yönetme amaçlı temlik olarak da değerlendirilebilecek bir üçüncü inançlı temlik türünün daha bulunduğunu ancak çeşitli gerekçeler nedeniyle bu türün uygulamada önemli bir yer edinemediğini ifade etmektedir. Bu üçüncü tür, bağışlama amaçlı inançlı temliktir (*fiducie liberalité*) ve miras hukukuna hâkim temel prensipler, söz gelimi saklı paylı mirasçılık ilkesi ve hâli hazırda mevcut ikame kurumlar, söz gelimi aile vakfı, vasiyeti tenfiz memuru veya intifa hakkı sebebiyle uygulamada yer edinememiştir. Bkz. Dunand, s. 4-5; Thévenoz, Réforme, s. 295.

¹⁴¹² Ayanoğlu Morali, s. 56; Aydınçık, s. 133; Dunand, s. 4; Fellmann, Art. 394, N. 62; Özkaya, s. 38; Özsunay, s. 45; Reymond, s. 22; Tandoğan, s. 544.

kategorinin karşısında yer alan karma inançlı işlemlerde (*fiducia cum creditore*) ise inananın inanç sözleşmesi konusu mal varlığını inananın değil, kendi menfaatine elinde tuttuğu kabul edilmektedir.¹⁴¹³ Karma inançlı işlemlerin en tipik örneğinin aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan teminat amaçlı inançlı temlik olduğu ifade edilmelidir.¹⁴¹⁴

İsimsiz bir sözleşme olan inançlı işlemin hukuki evrimini içtihat hukukuna ve öğretiyeye borçlu olduğunu söylemek mümkündür.¹⁴¹⁵ İsviçre’de teminat amaçlı inançlı işlemlere ilişkin verilen ilk karar 1893 yılına,¹⁴¹⁶ yönetim amaçlı inançlı işlemler için verilen ilk karar ise 1905 yılına kadar geri gitmektedir.¹⁴¹⁷ Türk hukukunda Yargıtay’ın inançlı işlemleri öncelikle kanuna karşı hile ve muvazaa kavramlarıyla birlikte ele aldığını,¹⁴¹⁸ ancak daha sonra bu işlemlerin sözleşme serbestisi prensibi doğrultusunda geçerli olduğuna hükmettiğini gözlemlemek mümkündür.¹⁴¹⁹ Türk-İsviçre hukukunda, Kanun’da yer verilmeyen bu kurumun geçerliliği, işleyişi ve ihlaline ilişkin hususların incelenmesinde öğretinin de büyük bir rol üstlendiği ifade edilmelidir.

Türk-İsviçre hukukunda öğreti ve içtihatla gelişen inançlı temlik yapısının temelinde üç ilkenin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bunlardan ilki haklar şemasında aynı haklar ve şahsi haklar arasındaki esaslı ve keskin ayrım (ki bu ayrım *civil law* sistemlerinin *summa divisio*’su olarak nitelendirilmektedir),¹⁴²⁰ ikincisi eşya hukukunun temel prensiplerinden olan sınırlı sayıdalık ilkesi ve son

¹⁴¹³ Ayanoğlu Moralı, s. 66; Aydınçık, s. 133; Dunand, s. 4; Özkaya, s. 40; Özsunay, s. 56; Reymond, s. 22; Tandoğan, s. 544.

¹⁴¹⁴ Bkz. aşağıda s. 497 vd.

¹⁴¹⁵ Aynı yönde bkz. Giovanoli, s. 34; Reymond, s. 7.

¹⁴¹⁶ ATF 19 344.

¹⁴¹⁷ ATF 31 II 105.

¹⁴¹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve öğretisinin de bir dönem inançlı işlemin tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı gerekçesiyle muvazaa olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunduğu belirtilmektedir. Ancak daha sonra inançlı işlemlere ilişkin muvazaa teorisi terk edilmiş ve bunların kural olarak geçerli olduğuna hükmedilmiştir. İnançlı işlemin tarihsel gelişimini değerlendiren Thévenoz, bu süreci “zorlu bir ergenlik” olarak tasvir etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cincelli, s. 483-484; Reymond, s. 23; Seiler, s. 54-55; Thévenoz, Réforme, s. 271-274; Watter, s. 206 vd.

¹⁴¹⁹ Özsunay, s. 84.

¹⁴²⁰ Van Erp, s. 1040.

olarak da mal varlığının tekliği ilkesidir.¹⁴²¹ Bu ilkeler doğrultusunda inançlı işlem yapısı Türk-İsviçre hukukunda şu yönde şekillenmiştir: İnanan, mal varlığında bulunan bir hakkı tamamen ve tüm yetkileriyle birlikte, yani olduğu gibi inanılana devretmektedir. Bu devirle birlikte inananın elinde eşya hukuku bağlamında bir hak kalmamaktadır; zira Alman hukukunun aksine¹⁴²² Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan hakların bir bütün olarak devri teorisi (*Vollrechtstheorie*) bağlamında devir konusunun bir bütün hâlinde inanılana geçtiği kabul edilmektedir.¹⁴²³ Dolayısıyla son tahlilde eğer devir konusu bir aynı haksın inananın bu şey üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği (*erga omnes*) bir mutlak hakkı veya devir konusu bir alacak hakkıysa üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceği bir nisbi hakkı söz konusu olmaktadır.¹⁴²⁴ İnanandan bu mal varlığı unsurunu devralan kişilerin kazanımları, bu kişilerin iyi niyetli olup olmamasından bağımsız bir şekilde korunmaktadır,¹⁴²⁵ çünkü iyi niyet şartının devreye girdiği bir tasarruf yetkisi eksikliği durumundan bahsedilmesi mümkün değildir.

Önceki açıklamalardan, Alman hukukunun aksine Türk-İsviçre hukukunda hukuki mülkiyet - ekonomik mülkiyet ayrımından bahsedilmesinin mümkün olmadığı anımsanacaktır.¹⁴²⁶ Türk-İsviçre eşya hukukunun temel ilkelerinden aynı haklarda sınırlı sayıdalık ilkesi gereği, tarafların Kanun'da belirtilenler dışında bir aynı hak tesis etmeleri mümkün değildir.¹⁴²⁷ Bu doğrultuda inanç sözleşmesi konusu şeyin inanılana devri neticesinde, inananın elinde sadece inanılana karşı ileri sürebileceği (*inter partes*) bir alacak hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.¹⁴²⁸ Bu durum,

¹⁴²¹ Dunand, s. 18. Benzer yönde bkz. Peyrot, *Insolvabilité*, s. 942 vd.; Underhill/Hayton, s. 1434-1436.

¹⁴²² Bkz. yukarıda s. 58 vd.

¹⁴²³ Aydınçık, s. 136-137; Cincelli, s. 484; Giovanoli, s. 36; Seiler, s. 53; Şafak, s. 35; Tandoğan, s. 547; Thévenoz, *Réforme*, s. 269-270.

¹⁴²⁴ Cantin Cumyn, *Reflections*, s. 23; Dunand, s. 18; Giovanoli, s. 36; Peyrot, *Insolvabilité*, s. 943; Seiler, s. 48-49; Thévenoz, s. 142; Watter, s. 187-188.

¹⁴²⁵ Dunand, s. 22.

¹⁴²⁶ Dunand, s. 26-28; Thévenoz, *Réforme*, s. 269-270. Ayrıca bkz. yukarıda s. 58 vd.

¹⁴²⁷ Dunand, s. 26. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 585 vd.

¹⁴²⁸ Cantin Cumyn, *Reflections*, s. 23; Cincelli, s. 481; Dunand, s. 18; Heinrich Honsell, *Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs, Recht*, 1993, s. 73; Reymond, s. 17-18; Thévenoz,

öğretide inananın söz konusu mal varlığı unsuru üzerinde her türlü işlemi yapmaya muktedir olduğu ancak yetkili olmadığı şeklinde özetlenmektedir.¹⁴²⁹ İnanılanın devraldığı bu hak onun şahsi mal varlığına dahil olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle her ne kadar söz konusu mal varlığı üzerindeki ekonomik menfaat inanana ait olsa da, bu mal varlığı unsurunun inanılanın şahsi mal varlığından ayrı bir şekilde, özel olarak korunduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla inanç sözleşmesi konusu mal varlığı unsurunun inanılanın iflası hâlinde iflas masasına, ölümü hâlinde ise terekesine dahil olması kural olarak kaçınılmaz gözükmektedir.¹⁴³⁰ Türk-İsviçre hukukunda mal varlığının tekliği ilkesi olarak anılan bu kural, inançlı işlem sonucunda kurulan bu yapıyı Alman hukukundaki *Treuhand*'dan¹⁴³¹ ve İngiliz hukukundaki trusttan ayıran en önemli özelliklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

b. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlike Uygulanacak Kurallar Nelerdir?

İnançlı temlikin iki unsurunun inanç anlaşması ve bu anlaşmanın konusu şeyin devrine ilişkin anlaşma olduğundan yukarıda bahsedilmiştir. İnanç anlaşmasının konusu şeyin devrine ilişkin anlaşmanın geçerliliğinin ve hükümlerinin tespitinde uygulanacak kuralların belirlenmesi görece kolaydır ve bu kurallar devir konusu şeyin ne olduğuna göre farklılık göstermektedir. Söz gelimi bu bir taşınır malsa kural olarak inanılana teslimiyle, bu bir alacaksa yazılı şekilde yapılmış bir alacağın devri anlaşmasıyla devrin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu başlık altında incelenecek olan ve daha özellikli husus ise inanç anlaşmasına uygulanacak hükümlerin tespit edilmesidir.

Réforme, s. 269; Wolfgang Wiegand, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, ZBJV, C. 116, S. 12, 1980, s. 541.

¹⁴²⁹ Ayanoğlu Moralı, s. 3; Aydınçık, s. 132; Oktay Özdemir, s. 663; Özsunay, s. 1; Parlak Börü, s. 254; Şafak, s. 36. Benzer yönde bkz. Dunand, s. 17; Eichner, s. 73; Fellmann, Art. 394, N. 57; Honsell, s. 73; Thévenoz, Réforme, s. 269; Watter, s. 287. Ayrıca bkz. ATF 119 II 326, 328 ("Der Fiduziar kann mehr als er darf.")

¹⁴³⁰ Cincelli, s. 481; Dunand, s. 29. Ancak bkz. aşağıda s. 461 vd.

¹⁴³¹ Giovanoli, s. 36; Hansmann/Mattei, s. 456-457, dn. 67. *Treuhand* kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 58 vd.

Öğretide yönetme amaçlı inanç anlaşmasının hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir görüşe göre yönetme amaçlı inanç anlaşması nitelikli bir vekalet akdidir, bu nedenle Kanun'da vekalet akdine ilişkin hükümlerin inanç anlaşması bakımından *doğrudan* uygulanması gerekmektedir.¹⁴³² Bir diğer görüş ise yönetme amaçlı inanç anlaşmasını vekalet benzeri bir iş görme anlaşması olarak değerlendirmekte, bu nedenle vekalet akdine ilişkin hükümlerin TBK m. 501/2 yollamasıyla *kıyasen* uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹⁴³³ Bu doğrultuda ilk bakışta yönetme amaçlı inanç anlaşmasına vekalet akdine ilişkin hükümlerin doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacağı konusunda görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkündür.¹⁴³⁴ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin de aynı görüşte olduğu görülmektedir.¹⁴³⁵ Dolayısıyla aşağıda, yönetme amaçlı inançlı temlik ve trustın benzer ve ayrışan yönleri değerlendirilirken, TBK m. 501 ve devamı hükümlerinde düzenlenen vekalet akdine ilişkin hükümlerin esas alınacağı belirtilmelidir.

Yönetme amaçlı inançlı temlik ve trust yapılarını daha ayrıntılı bir şekilde karşılaştırmaya başlamadan önce bir hususun altının çizilmesinde yarar vardır. Çalışmanın ilk bölümünden hatırlanacağı üzere trustın prototipi, kurucunun, güvenilenin ve lehtarın farklı kişiler olduğu üç köşeli yapıdır.¹⁴³⁶ Bu yapıda kurucu, mülkiyetindeki bir mal varlığı unsurunu lehtarın menfaatleri doğrultusunda yönetilmek ve zamanı geldiğinde ona devredilmek üzere güvenilene teslim etmekte, bu şekilde trust yapısının kurulmasıyla birlikte kurucu resimden çıkmakta ve trust ilişkisi kural olarak münhasıran güvenilen ve lehtar arasında devam etmektedir.¹⁴³⁷ İki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle kurulan, yani

¹⁴³² Bu yönde örneğin **Fellmann**, Art. 394, N. 59, 65; **Peter Gauch/Walter R. Schluep**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, C. I, Schulthess, 10. Bası, 2014, s. 1025; **Gautschi**, Art. 394, N 13a.

¹⁴³³ Bu yönde örneğin **Ayanoğlu Moralı**, s. 286; **Güvenç**, s. 175-176; **Özsunay**, s. 135; **Reymond**, s. 40; **Wälli**, s. 35.

¹⁴³⁴ **Dunand**, s. 31-32; **Eichner**, s. 83; **Honsell**, s. 73; **Seiler**, s. 49; **Watter**, s. 189-190.

¹⁴³⁵ ATF 99 II 393. Ayrıca bkz. **Dunand**, s. 31; **Seiler**, s. 49.

¹⁴³⁶ Bkz. yukarıda s. 135.

¹⁴³⁷ **Underhill/Hayton**, s. 22.

sözleşme niteliğini haiz inançlı temlikte ise işin doğası gereği kural olarak iki taraflı bir yapıdan söz edilir. Ancak bu açıklamalardan trust yapısının mutlaka üç, inançlı işleminse mutlaka iki kişiyi ilgilendiren hukuki kurumlar olduğu yanılığına kapılmamalıdır. Zira nasıl ki kurucu kendisini lehtar veya güvenilen atamak suretiyle iki kişinin söz konusu olduğu bir trust kurabiliyorsa,¹⁴³⁸ TBK m. 129 sayesinde tam üçüncü kişi lehine bir inançlı sözleşme akdedilmesi de şüphesiz mümkündür.¹⁴³⁹

Aşağıda yönetme amaçlı inançlı temlik ve trust karşılaştırması iki temel çerçevede yürütülmeye çalışılacaktır. İlk aşamada, trust hukukunun beraberinde getirdiği kurallar bütünü, özellikle güvenilenin tâbi olduğu görev ve yükümlülükler ile sahip olduğu yetkilerin, inançlı işleme uygulanmakta olan vekalet sözleşmesi hükümlerinin ötesine geçip geçmediği, diğer bir ifadeyle Türk hukuku bakımından bir katma değere sahip olup olmadığı değerlendirilecektir. İkinci aşamada ise trustta lehtarın sahip olduğu ve kural olarak trust ilişkisi dışındaki üçüncü kişilere (ve en önemlisi güvenilenin alacaklılarına) karşı da ileri sürülebilen hukuki korumanın önemi, yönetme amaçlı inançlı işlemde devreye giren hukuki rejimle kıyaslanarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

3.1.1.1.2. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik ve Trustın, İnanılan ile Güvenilenin Tâbi Olduğu Yükümlülükler Rejimi Bakımından Karşılaştırılması

Trust yapısının sözleşmeyle karşılaştırıldığında beraberinde getirdiği avantajlardan birinin trust hukukunun özellikle trustın işleyişine ilişkin olarak sunduğu kurallar bütünü olduğu hatırlanacaktır.¹⁴⁴⁰ Daha açık bir ifadeyle, kişinin trust kurma yoluyla hukuk sisteminin güvenilene verdiği tüm yetkileri, yüklediği tüm yükümlülükleri ve bunlara sıkıca bağlı yaptırımlar çemberini de bir bütün olarak

¹⁴³⁸ Bkz. yukarıda s. 141 vd.

¹⁴³⁹ Seiler, s. 74.

¹⁴⁴⁰ Hansmann/Mattei, s. 447; Ogus, s. 207.

ilişkinine ekleyebileceği, böylece basit bir sözleşmeyle kurulması güç olan bu yapıyı kolayca ve etkin bir şekilde kurabileceği düşünülmektedir.¹⁴⁴¹ Bu görüşün yerindeliğini değerlendirmeden önce, trust hukukunda ve sözleşme hukukunda yer alan yedek hukuk kurallarının ekonomik işlevine kısaca değinmek yol gösterici olacaktır.

Hukukun ekonomik analizi öğretisine göre sözleşme hukukunun dört temel amacı bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, sözleşmelerin bağlayıcılığı ilkesi sayesinde *tarafların fırsatçı davranışlarının engellenmesi*; ikincisi yedek hukuk kuralları sayesinde *işlem maliyetinin azaltılması*; üçüncüsü örneğin irade sakatlıklarına ilişkin kurallar ile dürüstlük kuralı ve bu kuraldan türeyen ve özel borç ilişkileri bağlamında da kendini gösteren özen yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü ve hesap verilebilirliğe ilişkin düzenlemeler sayesinde *bilgi asimetrisi sorununun azaltılması* ve son olarak da kamu düzeni, ahlaka aykırılık ve emredici hüküm kavramları üzerinden *olumsuz dışsallıklara müdahale* edilebilmesidir.¹⁴⁴²

Fırsatçı davranışların engellenmesi, işlem maliyetinin azaltılması ve bilgi asimetrisi sorununun en aza indirgenmesi, trust hukukunun da yerine getirdiği temel işlevlerdir.¹⁴⁴³ Hatırlanacağı üzere trust hukuku, güvenilenin fırsatçı davranışlarını öncelikle güven ve sadakate dayalı ilişki (*fiduciary relationship*) kavramı, bu kavramın temelinde yatan sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe bağlanan menfaat çatışması yaratmama (*no conflict rule*) ve kendi lehine menfaat sağlamama (*no profit rule*) kuralları üzerinden engellemeye çalışmaktadır.¹⁴⁴⁴

¹⁴⁴¹ Benzer yönde bkz. Oğus, s. 206-207.

¹⁴⁴² Bu kavramlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı, Sözleşme, s. 22 vd. Sözleşme hukukunun işlevlerine ilişkin olarak benzer yönde bkz. Mackaay, s. 423 vd.; Schäfer/Ott, s. 427-429.

¹⁴⁴³ Dışsallıklarla müdahale ise bu başlık altında incelenmemiştir. Bunun sebebi burada ele alınanın, trustın prototipik üçgeninde yer alan kişiler arasındaki menfaatler dengesi olması ve trust ilişkisinin bu üçgen dışında kalan kişiler nezdinde ya da toplumun genelinde yaratabileceği olumsuz etkilerin, geniş kapsamı nedeniyle ve bilinçli olarak bu çalışmanın sınırları dışında bırakılmasıdır.

¹⁴⁴⁴ Kendi lehine menfaat yaratmama yükümlülüğüne bağlanan tipik yaptırımın menfaat devri, menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğüne bağlanan temel yaptırım ise söz konusu işlemin iptal edilebilirliği olduğu hatırlanacaktır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda s. 280 vd.

Bunun yanı sıra güvenilenin tâbi olduğu özen ve hesap verme yükümlülükleri, trust hukukunun bilgi asimetrisi durumuna getirdiği çözümlerin başında gelmektedir.¹⁴⁴⁵ Yine trust hukukunun, Türk hukukunda vekalet sözleşmesiyle kıyaslandığında da göze çarptığı üzere, son derece ayrıntılı ve kapsamlı, hemen hemen hepsi yedek hukuk kuralı niteliğini haiz bir kurallar bütünü öngörüyor olması (bunların trust ilişkisi taraflarının tümünün menfaatlerini de maksimize ettiği varsayımında), işlem maliyetinin de büyük ölçüde azaltılmasını sağlamaktadır.¹⁴⁴⁶

Trust hukuku bağlamında güvenilenin yükümlülükleri, bir önceki başlık altında vekilin TBK m. 506 vd. hükümlerinde düzenlenen borçlarıyla içerik anlamında karşılaştırmalı bir şekilde ele alınmıştır.¹⁴⁴⁷ Bu nedenle İngiliz trust hukukunda ve Türk hukukunda vekalet sözleşmesi bağlamında öngörülen hukuki rejimlerin içeriğine ilişkin bir kıyaslamaya tekrar yer verilmeyecektir. Burada trust kurumunun Türk hukukuna özgün bir katkısı olup olmadığı sorusunu yanıtlamaya çalışırken bizim için önemli olan, trust hukukunun beraberinde getirdiği bu kurallar bütünü vasıtasıyla özellikle işlem maliyetinin azaltılması ve bilgi sorunun çözülmesi ile sağladığı ekonomik etkinliğin, hâli hazırdaki hukuki rejim karşısında yönetme amaçlı inançlı temlik ile de sağlanabilir olup olmadığının değerlendirilmesidir.

Şimdiden bu sorunun yanıtının olumsuz olduğu ifade edilmelidir. Öncelikle yönetme amaçlı inançlı temlike (kıyasen veya doğrudan) uygulanan vekalet sözleşmesine ilişkin kuralların trust hukukunun beraberinde getirdiği kendine özgü ve ayrıntılı düzenlemelere kıyasla sahip oldukları genel ve soyut karakterin, işlem maliyetinin düşürülmesi işlevini ne kadar yerine getirdiğini tartışmaya açmak pekâlâ mümkündür. Kanun'da özel olarak düzenlenmeyen tüm iş görme sözleşmeleri için uygulama bulan vekalet sözleşmesi hükümlerinin bu denli genel ve soyut olması, bir diğer ifadeyle çerçeve norm özelliğine sahip olması şaşırtıcı

¹⁴⁴⁵ Bkz. yukarıda s. 302 vd.

¹⁴⁴⁶ Hansmann/Mattei, s. 446. Kavrama ilişkin olarak bkz. Sanlı, Sözleşme, s. 31 vd.

¹⁴⁴⁷ Bkz. yukarıda s. 270 vd.

değildir.¹⁴⁴⁸ Bununla birlikte vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin, yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesinin tarafları bakımından yeterince spesifik olmadığı da ortadadır. Bu nedenle bu kuralların uygulama maliyetini yükselteceğini öngörmek mümkündür.¹⁴⁴⁹ Ayrıca pozitif bir düzenlemeye sahip olmayan inançlı temlik sözleşmesine uygulanacak kurallara ve bu kuralların kapsamına dair bir fikir birliği bulunmaması durumu dahi başlı başına trust kurallarının, vekalet sözleşmesi kuralları karşısında üstün tutulmasını kanımca meşru kılmaktadır.

Bu doğrultuda en azından yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesinin tâbi olduğu hukuki rejim ile karşılaştırıldığında trust hukukunun işlem maliyetinin azaltılmasına ilişkin önemli bir katkısı olduğu sonucuna varmak mümkündür. Ancak trust hukukunun beraberinde getirdiği bu ayrıntılı ve spesifik düzenlemelerin ikame edilemez olduğu yanılığısına kapılmamalıdır. Zira uygulamanın zaman içinde geliştirebildiği standart sözleşme formları üzerinden de, söz gelimi güvenilenin görev ve yetkilerine ilişkin spesifik kuralların sözleşme hükmü olarak kabul edilmesi ve bu şekilde işlem maliyetinin düşürülmesi mümkündür.¹⁴⁵⁰ Bu nedenle trust hukukunun yükümlülük bileşenine dair bu özelliklerinin trustın Türk hukuku bağlamında gerekli bir kurum olarak kabul edilmesine tek başına güçlü bir gerekçe teşkil etmediği düşünülebilir.¹⁴⁵¹

¹⁴⁴⁸ Türk sözleşme hukukundaki hükümlerinin genel olarak bu özelliği taşıdıkları yönünde bkz. **Sanlı**, Sözleşme, s. 62-63.

¹⁴⁴⁹ Kuralların ayrıntılı olup olmamalarına göre standartlar ve regülasyonlar olarak ikiye ayrıldığını, standartlar söz konusu olduğunda somut olayın özelliklerinin dikkate alınması, diğer bir deyişle takdir yetkisinin kullanılması gerektiğini, bu nedenle uygulama maliyetinin ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bkz. **Sanlı**, Sözleşme, s. 63, dn. 174.

¹⁴⁵⁰ **Hansmann/Mattei**, s. 448-449.

¹⁴⁵¹ Ancak uygulamanın yedek hukuk kuralı, yani bu durumda standart sözleşmeler yaratmasının düşünüldüğü kadar kolay olmayabileceği ifade edilmektedir. Bu tür yedek hukuk kurallarının herkese açık ve herkesçe kullanılabilir niteliğe, diğer bir ifadeyle 'kamu malı' (*public good*) özelliğine sahip olması, her daim ekonomik güdülerle hareket eden piyasa aktörlerinin geniş çaplı çalışmalar yapmasının önünde bir engel olarak düşünülmektedir. Bunun dışında piyasa aktörleri tarafından yaratılan yedek hukuk kurallarının sözleşmenin (ya da bu durumda trustın) taraflarının menfaatlerini eşit derecede gözetmemesi riski bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Sanlı**, Sözleşme, s. 63-65.

3.1.1.1.3. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik ve Trustın Üçüncü Kişilerin Kazanımları ve İnanılanın ya da Güvenilenin İflası Durumunda Sağlanan Hukuki Koruma Bakımından Karşılaştırılması

Hatırlanacağı üzere trust yapısının eşya hukuku bileşeninin temelinde, trust fonunun güvenilenin mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı oluşturması ve bu özel mal varlığı üzerinde aynı ikame kurallarının işlemesi fikri yer almaktadır. Bu doğrultuda trust fonunun güvenilenin alacaklılarının talepleri, iflası veya ölümü riskine karşı korunaklı olduğu kabul edilmektedir. İngiliz hukuku ve onu takip eden diğer hukuk sistemlerinde bu korumanın lehtara bir aynı hak verilmesi suretiyle sağlandığı bilinmektedir.¹⁴⁵² Bu doğrultuda lehtarın trust ilişkisinden doğan haklarının iki boyutlu olduğunu söylemek mümkündür: Güvenilene karşı ileri sürebileceği nisbi nitelikteki talepler ve hem güvenilene hem de üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği aynı nitelikteki talepler.¹⁴⁵³

Güvenilenle arasında doğrudan bir sözleşme bağı olmayan lehtarın güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda güvenilene karşı ileri sürebileceği talepleri, tam üçüncü kişi lehine sözleşmede lehtara tanınan alacak hakkına benzetmek mümkündür. Dolayısıyla lehtarın donatıldığı hukuki korumanın bu boyutu, en azından Türk hukuku açısından yenilikçi değildir.¹⁴⁵⁴ Trust kurumunun lehtara bahsettiği aynı taleplerin ise, sözleşme ilişkisiyle kurulması mümkün olmayan ve bu nedenle trustın özel hukuk alanında yaptığı özgün katkı olarak da nitelendirilen

¹⁴⁵² Tekrar etmekte yarar var; İngiliz hukukunun iki başlı yapısı sayesinde güvenilenin *common law* mahkemeleri önünde, lehtarın ise *equity* mahkemeleri önünde bir mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Lehtar, bu türev mülkiyet hakkını (*equitable title*) güvenilene karşı ileri sürebildiği gibi, üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilmektedir.

¹⁴⁵³ Bkz. yukarıda s. 339 vd.

¹⁴⁵⁴ İngiliz hukukunda ise tam üçüncü kişi lehine sözleşmenin kurulmasının mümkün olmadığı, trust kurumunun aynı zamanda bu ihtiyacı karşıladığı hatırlanacaktır. Bkz. yukarıda dn. 1380.

güçlü koruma rejiminin en önemli parçasını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁴⁵⁵

Bu doğrultuda lehtarın, hem trust fonunun hukuka aykırı bir şekilde üçüncü kişilere devredilmesi durumunda, hem de güvenilenin alacaklılarının ileri sürebilecekleri talepler karşısında hemen hemen tam bir koruma çemberiyle çevrili olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık inançlı işlemde inanan kişi, üçüncü kişilerin kazanımları durumunda tazminat dışında herhangi bir hukuki korumaya sahip olmadığı gibi, inanılanın iflası riski karşısında da adeta ince bir çizgi üzerinde yürümektedir. Aşağıda öncelikle trust hukukunun beraberinde getirdiği bu koruma kısaca hatırlanacak, ardından yönetme amaçlı inançlı işlemlerde inanana bahşedilen hukuki imkânlar değerlendirilecektir.

a. Trustta Lehtarın Sahip Olduğu Hukuki Koruma

Hatırlanacağı üzere, güvenilenin yükümlülüklerini ihlali denildiğinde akla ilk gelen ihtimallerden biri, trust fonunun trustın kurucu belgesine aykırı bir şekilde üçüncü kişiye devredilmesi durumudur. Bir üst bölümde yapılan açıklamalardan, lehtarın trust fonu üzerinde sahip olduğu aynı hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği tek ihtimalin trust fonunun güvenilenden iyi niyetli ve ivazlı bir şekilde devralınması olduğu hatırlanacaktır.¹⁴⁵⁶ Bu iki şartın birlikte mevcut olmadığı ihtimalde ise lehtarın, üçüncü kişiye devredilen mal varlığı unsuru

¹⁴⁵⁵ Benzer yönde bkz. **Hansmann/Mattei**, s. 466. Aynı talep kavramı ve güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda lehtarın sahip olduğu aynı taleplere ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 374 vd.

¹⁴⁵⁶ Trust fonunu devralan kişinin, bu mal varlığı unsurunun güvenilen tarafından bu sıfatla elde tutulduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmamasının yanı sıra, söz konusu devrin karşılıklı yapılmış olması da gerektiğinin altı çizilmelidir. *Bona fide purchaser rule* olarak da anılan bu kurala ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 282 vd. Türk hukukunda emin sıfatıyla zilyetten hak kazanımının düzenlendiği TMK m. 988 ve TMK m. 1023'ün lafzından, devir işlemine sebep teşkil eden sözleşmenin ivazlı olması gerektiği anlaşılacakla birlikte, öğretide bir görüş hükmün amacı dikkate alındığında ivazlılık şartının Türk hukuku açısından da aranması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Serozan**, Eşya, s. 154-155. Aksi yönde bkz. **Ergüne**, s. 170; **Stark/Lindenmann**, Vorbemerkungen Art. 930-937, N. 33. İsviçre hukukunda hâkim görüşe göre ivazlılık şartının aranmadığı ancak bu görüşün yeniden değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **BSK ZGB II/Ernst**, Art. 933 ZGB, N. 23.

üzerindeki türev mülkiyet hakkının devam ettiği kabul edilmektedir. Bu durumda devredilen hak, güvenilenin sahip olduğu ve *common law* mahkemeleri önünde geçerli olan asli mülkiyet hakkıdır. Buna karşılık güvenilenin söz konusu hukuki işlemle lehtara ait olan türev mülkiyet hakkını sona erdirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla lehtar, herhangi bir sözleşme ilişkisi içinde olmadığı bu üçüncü kişiye karşı da *following* olarak adlandırılan süreci devreye sokarak bu kişiden trust fonunun kendisine devrini talep edebilmektedir.¹⁴⁵⁷ Bu süreç boyunca trust fonunu elinde bulunduran kişinin de bir hukuki trust türü olan *constructive trust* yapısı sayesinde güvenilenin tâbi olduğu tüm yükümlülüklerle ve sıkı sorumluluk rejimine bağlı olduğu anımsanacaktır.¹⁴⁵⁸ Diğer bir deyişle yeni güvenilen, trust fonunu devralan kişi olmakta, lehtarın türev mülkiyet hakkını devirden sonra bu kişiye karşı ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla lehtarın hakkının özünde değil, muhatabında bir değişiklik meydana gelmektedir.

Özetle, trust fonunun trustın kurucu belgesine aykırılık teşkil edecek şekilde bir üçüncü kişiye devri durumunda (iyi niyetli ivazlı alıcı durumu istisna olmak üzere) lehtar, dilerse güvenilene karşı sahip olduğu nisbi taleplerini (ki bunlar eski hâle iade ve tazminat talebi olarak ikiye ayrılmaktadır),¹⁴⁵⁹ dilerse söz konusu üçüncü kişiye karşı sahip olduğu aynı taleplerini ileri sürebilmektedir.¹⁴⁶⁰ İtiraf etmek gerekir ki talep muhataplarının birden çok olması dahi başlı başına lehtarın sahip olduğu koruma kalkanının sağlamlığına işaret etmektedir.

Trust fonunun iyi niyetli ve ivazlı alıcıya devri ihtimalinde dahi lehtarın elinde tazminatın ötesine geçen bir hukuki korumanın bulunduğu ifade edilmelidir. Bu ihtimalde, her ne kadar trust fonunun konusunu oluşturan asıl şey üzerindeki mülkiyet hakkı sona erse de, lehtarın türev mülkiyet hakkının, asıl şeyin yerine

¹⁴⁵⁷ *Following*, lehtarın hukuka aykırı bir şekilde devredilen asıl şeyin (örneğin trust fonu bir arabadan oluşuyorsa bu arabanın) kimin elinde olduğunun tespit edilmesi faaliyetine verilen isimdir. Bkz. yukarıda s. 374 vd.

¹⁴⁵⁸ *Constructive trust* kavramına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 185 vd.

¹⁴⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 343 vd.

¹⁴⁶⁰ Kuşkusuz lehtarın bunlar arasında bir seçim yapması gerekir, aksi hâlde çifte/katmerli yaptırımdan söz edilir ve bu İngiliz hukukunda da kural olarak mümkün değildir.

geçen (ikame) mal varlığı unsuru üzerinde devam ettiği kabul edilmektedir. Türk hukukunda aynı ikame ilkesine hemen hemen denk düşen ve *tracing* olarak adlandırılan bu faaliyet sayesinde lehtarın mülkiyet hakkı, güvenilenin hukuka aykırı bir şekilde yaptığı devir nedeniyle elde ettiği karşılık üzerinde teşekkül etmektedir.¹⁴⁶¹ Bu hususun, aşağıda inceleneceği üzere trust hukukunda sağlanan korumayı inançlı işleme kıyasla bir adım daha öne çıkardığı şimdiden ifade edilmelidir.¹⁴⁶²

Trust fonunun güvenilenin mal varlığından ayrı bir mal varlığı teşkil etmesi, fonun güvenilenin alacaklılarının taleplerinden ve iflası riskinden de korunmasını sağlamaktadır.¹⁴⁶³ Bu durumun kurucu açısından büyük bir riski ortadan kaldırdığını ve dolayısıyla aşağıda incelenecek olan teminat ve miras planlaması alanlarında olduğu gibi, varlık yönetimi açısından da trust kurumunun tercih edilebilirliğini artırdığını söylemek mümkündür.

b. Yönetme Amaçlı İnançlı Temlikte İnananın Sahip Olduğu Hukuki Koruma

Yönetme amaçlı inançlı temlikte inananın sahip olduğu hukuki korumayı incelerken yukarıda trust bağlamında izlenen yol takip edilerek, öncelikle inanç anlaşması konusunun inanç anlaşmasına aykırı bir şekilde üçüncü kişiye

¹⁴⁶¹ Aynı ikame ilkesi ve *tracing* kavramlarına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 385 vd. Bu noktada hakkaniyet hukuku kurallarına göre yürütülen *tracing* faaliyetinin, *civil law* sistemlerinde anlaşıldığı şekliyle aynı ikamenin birkaç adım ötesine geçtiğinin altının çizilmesinde yarar vardır. Hem *common law* kurallarına göre yürütülen *tracing* (yani iz sürme) faaliyetinin hem de aynı ikamenin ortak noktası, bu kuralların ancak ikame değerini ayırt edilebilir olması ihtimalinde uygulanabilmesidir. Söz gelimi asıl şeyin satılması sonucunda elde edilen bedelin, devreden kişinin şahsi hesaplarıyla karışması durumunda artık bu ivazın ayırt edilebilirliğini kaybettiği, bu nedenle kural olarak bu ivaz üzerinde aynı ikame ve *common law* kurallarına göre *tracing*'in işlemeyeceği kabul edilir. Buna karşılık hakkaniyet hukuku kuralları uyarınca *tracing* faaliyetinin, karışma ve birleşme sonucunda ayırt edilebilirliğini kaybetmiş ikame değerleri üzerinde dahi yürütülebileceği kabul edilmektedir. Böylece tazminat talebinin tabiri caizse zayıf karnı olan güvenilenin ödeme gücü denklemden çıkarılabilmektedir.

¹⁴⁶² Benzer yönde bkz. **Hayton**, *Counterparts*, s. 41. Zira inançlı işlemde hâli hazırda kapsamı epey sınırlı TBK m. 509'un devreye girebilmesi için, söz konusu alacağın ya da taşınırın belirli olması gerekmektedir; başka bir deyişle İngiliz trust hukukunda lehtara sunulan *tracing* ya da aynı ikame şansı, inançlı işlemde mevcut değildir.

¹⁴⁶³ **Watter**, s. 227.

devredilmesi hâli, daha sonra inanılan kişinin iflası hâli incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce inanç anlaşması konusu şey üzerinde inananın ve inanılanın hak sahipliği durumunun kısaca hatırlanması yol gösterici olacaktır.

Hatırlanacağı üzere Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan hakların bir bütün olarak devri teorisi doğrultusunda inanılanın inanç anlaşmasının konusunu oluşturan şey üzerindeki hakları tamamen kazandığı ve bu hakların inanılanın şahsi mal varlığının aktifleri arasına girdiği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle her ne kadar inanılan kişi, inanç konusunu taraflar arasındaki sözleşmenin şartları doğrultusunda elinde tutmak veya yönetmekle yükümlü ise de, bu yükümlülük ancak iç ilişkide etki doğuran bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla dış ilişkiye bakıldığında, inanç anlaşmasının konusunu oluşturan şeyin ya da alacağın inanılanın şahsi mal varlığına dahil olduğu kabul edilmektedir.

Bu kabul birkaç önemli sonucu da beraberinde getirmektedir. Öncelikle inanılanın sözleşmeyi ihlal ederek inanç konusu mal varlığı unsurunu ivazlı ya da ivazsız bir şekilde üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, bu kazanımın üçüncü kişinin iyi niyetinden bağımsız bir şekilde korunduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁶⁴ Bunun sebebi üçüncü kişinin iyi niyetinin aranması gereken bir tasarruf yetkisi eksikliği hâlinin bu durumda söz konusu olmamasıdır. Zira hakların bir bütün olarak devri teorisi uyarınca inanç anlaşması konusu şey üzerindeki tek hak sahibi inanılındır.¹⁴⁶⁵ İnançlı temlik sözleşmesinin dış dünyaya olan yansımaya bakıldığında artık inananın resimden çıktığı, diğer bir deyişle bu şey ya da hak üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen kaybettiği görülmektedir. Bu üçüncü kişinin kazanımının her hâlde geçerli bir kazanım olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. İnanç sözleşmesinin bu şekilde ihlal edildiği varsayımında inananın elindeki tek hak, ifası

¹⁴⁶⁴ Hansmann/Mattei, s. 443; Oktay Özdemir, s. 668; Özkaya, s. 52; Seiler, s. 57; Tandoğan, s. 551. Krş. Watter, s. 232-233. İnanılanın sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda inananın korunması kaldığı bu kurgu için öğretilerde 'kırılgan' veya 'hassas' sıfatlarının kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Cantin Cumyn, Reflections, s. 24.

¹⁴⁶⁵ Eichner, s. 107; Özkaya, s. 51-52; Tandoğan, s. 547.

inanılan kişinin maddi durumuyla doğduran ilişkili olan ve uzun bir yargılama sürecini tetiklemesi pekâlâ mümkün olan tazminat hakkı olmaktadır.¹⁴⁶⁶

İnanç konusunun inanılan kişinin şahsi mal varlığına dahil olmasının bir diğer önemli sonucu ise bu hakkın inanılan kişinin iflası durumunda iflas masasına, ölümü durumunda ise terekesine gireceğinin kabul edilmesidir. Trust ve *Treuhand* kurumları bağlamında bu sorunun özel mal varlığı (*Sondervermögen*) yapısı sayesinde aşılabildiği anımsanacaktır. Bununla birlikte inançlı işlemde inanılanın bu iki ihtimalde de kural olarak korunaksız durumda olduğunu söylemek mümkündür. Her iki hâlde de inanan, inanç sözleşmesinin ihlal edilmesinden doğan tazminat alacağını kural olarak iflas masasına veya mirasçılara karşı ileri sürecek, inanılan kişinin şahsi ilişkilerinden doğan borçların alacaklılarıyla birlikte akıbeti belirsiz bir 'alacaklılar kümesine' dahil olacaktır.¹⁴⁶⁷

Bu durumun inançlı işlemin tercih edilebilirliğini ve dolayısıyla ekonomik etkinliğini azalttığı ortadadır. Bu nedenle zaman içinde mahkemeler ve öğreti, inananın hukuki durumunu güçlendirmek için çeşitli yollar aramıştır.¹⁴⁶⁸ Bunlar arasında en çok öne çıkan ve mahkeme kararlarında da belirli bir ölçüde kabul gören görüş, aşağıda daha ayrıntılı incelenecek olan TBK m. 509'da (eBK m. 393; İBK m. 401) düzenlenen kanuni temlik ve çıkarma hakkının inançlı işlemler bakımından da uygulanması fikridir. Bununla birlikte bu fikrin dahi tartışmasız bir şekilde kabul edildiğini ve inanan kişiye, trust ilişkisinde lehtarın sahip olduğu korumaya yaklaşan bir koruma sunduğunu söylemek mümkün değildir. Aşağıda öncelikle

¹⁴⁶⁶ Eichner, s. 107-108; Tandoğan, s. 551; Watter, s. 232. İnanan kişinin tazminat talebini devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilmesinin tek yolu TBK m. 49/2 uyarınca ahlaka aykırı ve kast içeren bir fiille kendisine zarar verildiğini kanıtlamasıdır. İspatı güç bu şartların ortaya konulması hâlinde lehtarın, bir aynı tazminat talebi ileri sürerek inanç anlaşması konusu şeyin kendisine devredilmesini talep etmesi teorik olarak mümkündür. Ancak uygulamada bu şartların bir arada gerçekleşmesi ihtimalinin düşük olduğu itiraf edilmelidir. Benzer yönde bkz. Güvenç, s. 167.

¹⁴⁶⁷ Giovanoli, s. 36; Watter, s. 219-220.

¹⁴⁶⁸ Bunlar arasında özellikle Alman hukukunda ileri sürülen ekonomik mülkiyet - hukuki mülkiyet ayrımının benimsenmesi, inanç sözleşmesi konusu mal varlığının bir özel mal varlığı teşkil etmesi, inanan ve inanılanın inanç konusu şey üzerinde birlikte mülkiyet hakkına sahip olması gibi öneriler yer almaktadır. Çeşitli örnekler için bkz. Güvenç, s. 168 vd.; Tandoğan, s. 549-551.

TBK m. 509 hükmünün yönetme amaçlı inançlı işlemler bakımından uygulanabilirliği, daha sonraysa hükmün uygulama alanı ve kapsamı sorunu incelenecektir.

- Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik Bakımından TBK m. 509 Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

TBK m. 509 uyarınca “*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer./ Vekilin iflası hâlinde vekâlet veren, bu alacağın kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı da ileri sürebilir./ Vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır.*” İlgili hüküm doğrultusunda vekilin kendi adına fakat başkası hesabına hareket ettiği varsayımda, yani bir dolaylı temsil hâlinde, vekalet verenin borçlarını ifa etmesiyle bu ilişkiden doğan alacakların doğrudan kendisine geçtiğini, yani bir kanuni temlik hâlinin söz konusu olduğunu ileri sürme ve belli şartlar altında alacaklarını ve taşınır mallarını iflas masasından çıkarma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁶⁹

Dolaylı temsil yetkisini içeren vekalet sözleşmesi için öngörölmüş olan bu hükmün inançlı temlik sözleşmesi bakımından da uygulanabilir olup olmadığı sorusunun, yanıtı basit bir soru olmadığı itiraf edilmelidir. Ayrıca bu soru yanıtlanırken inançlı işlemin yerine getirdiği işlevin dikkate alındığı ve öğretide yönetme amaçlı inançlı temlik ve teminat amaçlı temlik arasında tabiri caizse keskin bir çizgi çekildiği de şimdiden belirtilmelidir. Bu doğrultuda, teminat amaçlı temlik bakımından TBK m. 509’un uygulanabilirliği kural olarak kabul edilmemekle birlikte, yönetme amaçlı inançlı temlik açısından buna daha sıcak bakıldığını söylemek mümkündür. Ancak

¹⁴⁶⁹ Fellmann, Art. 401, N. 10; Tandoğan, s. 512-513.

yönetme amaçlı inançlı temlikte dahi TBK m. 509'un kapsamlı ve tartışmasız bir koruma öngördüğü yanılıgısına kapılmamalıdır.

Öncelikle bazı yazarların, farklı gerekçelerle de olsa, dolaylı temsil yetkisini içeren vekalet sözleşmesine ilişkin bu hükmün inançlı işlemler bakımından uygulanamayacağını ileri sürdüğü ifade edilmelidir.¹⁴⁷⁰ Bu gerekçelerden en çok öne çıkanı, dolaylı temsile dayalı vekalet akdinin kısa süreli ve geçici yapısına karşılık yönetme amaçlı inançlı temlik anlaşmasının daha uzun bir süreye yayılmasıdır.¹⁴⁷¹ TBK m. 509 hükmünün sadece kısa süreli dolaylı temsil hâline özgü olduğunu savunan bu görüş, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin inançlı temlike doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanması fikri kabul edilse dahi, söz konusu hükmün bu uygulamanın dışında tutulması gerektiğini savunmaktadır.¹⁴⁷² Öğretide hâkim olduğu söylenebilecek karşıt görüşe göre ise TBK m. 509 hükmünün yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesine uygulanması

¹⁴⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 553 vd.

¹⁴⁷¹ Benzer yönde bkz. **Güvenç**, s. 115. Bu görüşe ilişkin olarak bkz. **Dunand**, s. 37-38. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında yer verdiği *obiter dictum*'da bu görüşe katılmıştır. Bkz. ATF 117 II 428, 430. Karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Honsell**, s. 73 vd. Ayrıca bkz. JdT 1986 II, s. 12-13 ("*Les rapports fiduciaires sont en général durables, tandis que la représentation indirecte se rapporte plutôt à une activité passagère. Il n'en est pas nécessairement de même de tout ce que le droit fiscal qualifie de "compte fiduciaire" ou de "rapports fiduciaires", de tout ce que le droit administratif bancaire appelle "opération à titre fiduciaire" et de tout ce que la pratique bancaire nomme "opérations fiduciaires". Cela étant, l'on ne voit pas pourquoi l'art. 401 al. 2 CO, qui accorde au mandant une situation privilégiée dans la faillite de son mandataire et qui se rapporte à la représentation indirecte, serait en principe applicable aux rapports fiduciaires. Cette disposition vise un état de fait où la personne interposée doit, le plus tôt possible, transmettre les droits admis à son mandant, obligation que n'a pas le fiduciaire qui est, au contraire, tenu d'exercer les droits en question en son propre nom et d'en faire usage.*") Ancak Federal Mahkeme daha sonra bu kararını değiştirmiş, inançlı işlemin süresinin, ona uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde etkili olmaması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. BGE 130 III 312, 316. Bkz. **Eichner**, s. 123-124.

¹⁴⁷² Bu görüşte bkz. **Özsunay**, s. 208-209; **Reymond**, s. 57. Aksi görüşte bkz. **BSK OR I/Weber**, Art. 401, N. 3; **Eichner**, s. 84; **Hofstetter**, s. 137; **Güvenç**, s. 175, dn. 153; **Seiler**, s. 49-50; **Tandoğan**, s. 556; **Wälli**, s. 38.

mümkündür.¹⁴⁷³ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin de 1973 yılında vermiş olduğu bir kararla bu görüşü kabul ettiği görülmektedir.¹⁴⁷⁴

Bununla birlikte ilgili hükmün yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesi bakımından uygulanabileceğini savunan yazarlar arasında da hükmün uygulama alanı konusunda görüş birliğinin mevcut olmadığı ifade edilmelidir. Bu görüş ayrılığı kendini özellikle kazanım konusu hakkın kimden devralındığının önem taşıyıp taşımadığı hususu çerçevesinde göstermektedir. Hâkim olduğu söylenebilecek görüşe göre hükmün lafzı, ancak inanılanın (yani dolaylı temsilcinin) *üçüncü kişilerden aldığı* alacaklar ve taşınırın bu hükmün uygulama alanına sokulmasına izin vermektedir.¹⁴⁷⁵ Dolayısıyla inanan kişinin inanılana devrettiği taşınır ve alacaklar açısından bu hukuki korumanın devreye girmesi mümkün değildir. Azınlıkta kalan diğer görüş ise inanandan devralınan hakların, özellikle inanç konusu mal varlığının da bu korumadan yararlanması gerektiğini savunmaktadır.¹⁴⁷⁶

¹⁴⁷³ Bu yönde örneğin **BSK OR I/Weber**, Art. 401, N. 3-4; **Gautschi**, Art. 401, N. 517; **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 188; **Hofstetter**, s. 136-137; **Seiler**, s. 55; **Thévenoz**, s. 144.

¹⁴⁷⁴ Bkz. ATF 99 II 393 (L'Arrêt Feras Anstalt et Consorts c. Vallugano S.A.) Bu karara kadar İsviçre Federal Mahkemesi hakların bir bütün olarak devri teorisini tüm sıklığı ile uygulamış ve İBK m. 401'in (TBK m. 509) inançlı işlemler bakımından uygulanması fikrini tamamen reddetmiştir. Söz konusu karara ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadındaki gelişmelere ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Becker**, s. 92-96; **Dunand**, s. 32 vd.; **Claude Reymond**, L'Arrêt Feras Anstalt et Consorts c. Vallugano S.A. et l'Evolution de la Jurisprudence Fédéral sur L'Acte Fiduciaire (bundan böyle 'Feras'), Journal des Tribunaux, 1974, S. 1, ss. 596-600; **Thévenoz**, Réforme, s. 268 vd.; **Watter**, s. 221-222. Federal Mahkeme'nin aynı yönde daha güncel bir kararı için bkz. BGE 130 III 312.

¹⁴⁷⁵ **Becker**, s. 93; **Gauch/Schlupe**, s. 240; **Giovanoli**, s. 37; **Hofstetter**, s. 32, 134, 137-138; **Seiler**, s. 55; **Supino**, s. 147; **Thévenoz**, Réforme, s. 286-287; **Thévenoz**, s. 144; **Watter**, s. 214. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadının bu yönde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **BSK OR I/Weber**, Art. 401, N. 5; **Hofstetter**, s. 137. Örneğin bkz. ATF 99 II 393. Hatırlanacağı üzere Alman hukukunda ise durum bunun tam tersidir; ancak *Treugeber*'den alınan şeyler üzerinde bir çıkarma hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Becker**, s. 93; **Dunand**, s. 69; **Honsell**, s. 74; **Watter**, s. 223. Doğrudanlık ilkesi (*Unmittelbarkheitsprinzip*) olarak anılan bu kurala ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 58 vd.

¹⁴⁷⁶ Bu yönde **Ayanoğlu Moralı**, s. 286; **BSK OR I/Weber**, Art. 401, N. 5; **Eichner**, s. 133-134; **Fellmann**, Art. 394, N. 35-36, 116; **Gümüş**, Borçlar Özel II, s. 188, 193; **Tandoğan**, s. 560. Ayrıca bkz. **Honsell**, s. 74. *Honsell*, inançlı temlikte bu anlaşmaya en yakın olan sözleşme konusunun (yani inanan tarafından inanılana devredilen şeyin ya da alacağın) ilgili hüküm bağlamında korunmamasını, buna karşılık üçüncü kişilerden yapılan kazanımların korunmasını bir *deductio ad*

Bu başlık altında TBK m. 509'un inanca ilişkin işlemler bakımından uygulanabilirliğine dair görüşlere daha ayrıntılı bir şekilde yer verilmeyecektir; zira başka eserlerde bu faaliyet layıkıyla yerine getirilmiştir.¹⁴⁷⁷ Eldeki çalışma için önem arz eden husus özetle şudur: Her ne kadar zamanla inanan açısından hakların bir bütün olarak devri teorisinin beraberinde getirdiği sıkı ve korunaksız rejimin sınırları zorlanmaya çalışılmış ve bu doğrultuda TBK m. 509'un inanca ilişkin temlik açısından uygulanabilirliği tartışılmış (hatta bazı mahkeme kararlarında kabul görmüş) olsa da, söz konusu hüküm üzerinden sağlanmaya çalışılan hukuki korumanın sınırlı olduğu ortadadır.¹⁴⁷⁸ Öncelikle hükmün inanca ilişkin işlemler bakımından uygulanabilir olduğuna dair pozitif bir dayanak bulunmadığından, öğretideki görüş ayrılıkları da dikkate alındığında, bu konuda hukuk güvenliğinin en uygun düzeyde olmadığını söylemek mümkündür. Kaldı ki, TBK m. 509'un yönetme amaçlı inanca ilişkin işlemler bakımından uygulama bulacağı kabul edilse dahi hükmün uygulama alanının dar olduğunun altı çizilmelidir. Öncelikle hükmün lafzından taşınmazların uygulama alanının dışında bırakıldığı açıkça anlaşılmaktadır.¹⁴⁷⁹ Bunun yanı sıra önem arz eden bir diğer husus, hükmün ilk fıkrasında düzenlenen kanuni temlik durumunun sadece alacak hakları açısından öngörülmüş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle taşınır malların mülkiyetinin kendiliğinden, kanuni temlik yoluyla inananın eline geçtiği kabul

absurdum olarak nitelendirmekte ve bu içtihadı eleştirmektedir. İlgili hükmün sadece üçüncü kişilerden edinilen alacaklar ve taşınmazlarla sınırlanmasına ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. **Eichner**, s. 130-131; **Watter**, s. 222-223.

¹⁴⁷⁷ Bkz. **Ayanoğlu Moralı**, s. 276 vd.; **Dunand**, s. 31 vd.; **Tandoğan**, s. 512 vd.

¹⁴⁷⁸ **Peyrot**, *Insolvabilité*, s. 944; **Thévenoz**, s. 144.

¹⁴⁷⁹ **Ayanoğlu Moralı**, s. 279; **BSK OR I/Weber**, Art. 401, N. 7; **Eichner**, s. 128; **Fellmann**, Art. 401, N. 103; **Gauch/Schlupe**, s. 240; **Gümüş**, *Borçlar Özel II*, s. 192; **Güvenç**, s. 176-177; **Hofstetter**, s. 139; **Seiler**, s. 55; **Tandoğan**, s. 531; **Thévenoz**, s. 144. Bu durumun eleştirisi için bkz. **Güvenç**, özellikle s. 172 vd. *Güvenç*, taşınmazların inanca ilişkin işleme konu teşkil etmesi durumunda inanan kişinin dış ilişkide hemen hemen korumasız kaldığını ifade etmekte ve bu durumun inananın inanca ilişkin işlemin tapu siciline şerh verilmesi imkânının tanınmasıyla aşılabileceğini savunmaktadır. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, s. 563-564. **Fellmann**, ilgili hükümde taşınmazların kapsam dışında bırakılmasının tarihsel ve tesadüfi bir nedeni olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre ilgili hüküm borçlar kanunu hazırlanırken komisyon sözleşmesi için öngörülmüş, ancak daha sonra vekalet sözleşmesi hükümleri arasına taşınmıştır. Bu süreçte ise hükmün kapsamının, komisyon sözleşmesinin konusunu oluşturan evrak ve taşınmazların dışına çıkarılarak, taşınmazları da içine alacak şekilde genelleştirilmesi ise göz ardı edilmiştir. Bkz. **Fellmann**, Art. 401, N. 104-105.

edilmemiş; inanan taşınırılar bakımından ancak inanılanın iflası hâlinde bir çıkarma hakkıyla koruma altına alınmıştır.¹⁴⁸⁰

İlgili hükmün ikinci ve üçüncü fıkraları doğrultusunda alacakların ve taşınır malların iflas masasından ayrılabilmesi için Kanun'da yazılı olmayan ancak uygulama bakımından hayati öneme sahip olduğu ortada olan bir diğer şart, söz konusu alacağın ya da taşınırın belirli ya da belirlenebilir olmasıdır.¹⁴⁸¹ Örneğin dolaylı temsil ilişkisi bağlamında üçüncü kişiden kazanılan alacağın ifa edildiği varsayımında, TBK m. 509'da düzenlenen kanuni temlik ve çıkarma haklarının da artık söz konusu olmadığı kabul edilmektedir.¹⁴⁸² Benzer yönde, dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde edinilen taşınır malın satılması ve yerine bir bedel elde edilmesi ya da başka bir şeyle trampa edilmesi ihtimalinde de inanana verilen ve zaten hâli hazırda önemli sınırlamalara tâbi olan çıkarma hakkının yitirildiğini söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde kazanılan alacak veya taşınır malın, inanılan kişinin iflası hâlinde iflas masasından ayrılması talep edilen alacak veya taşınır mal ile özdeş olması gerekmektedir.¹⁴⁸³ Eğer söz konusu şey paraysa durum daha da karmaşık hâle gelmektedir. Zira bu durumda inananın bu meblağın kendisine ait olduğunu iflas masasına karşı ileri sürebilmesi için tüm bu süreç boyunca inanılanın şahsi mal varlığından ayrı bir hesapta tutulmuş olması ve hiçbir şekilde karışmaya mahal vermemiş olması aranmaktadır.¹⁴⁸⁴ TBK m. 509'un uygulanabilmesi için aranan bu belirlilik ya da belirlenebilirlik şartının ilgili hükmün sınırlarını iyice daralttığını ve inananın sahip

¹⁴⁸⁰ Ayanoğlu Moralı, s. 278-279; Eren, Özel Hükümler, s. 738-739; Tandoğan, s. 517.

¹⁴⁸¹ Urs Bertschinger, Für Eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten, AJP, 1993, s. 1441-1442; BSK OR I/Weber, Art. 401, N. 12 vd; Fellmann, Art. 401, N. 106; Giovanoli, s. 37; Gümüş, Borçlar Özel II, s. 192-193; Hofstetter, s. 139; Thévenoz, Réforme, s. 277-278; Watter, s. 226.

¹⁴⁸² Thévenoz, Réforme, s. 278.

¹⁴⁸³ Fellmann, Art. 401, N. 106; Gümüş, Borçlar Özel II, s. 192-193.

¹⁴⁸⁴ Bertschinger, s. 1442-1443; Eichner, s. 95; Fellmann, Art. 401, N. 108; Giovanoli, s. 37; Thévenoz, Réforme, s. 278; Watter, s. 226.

olduğu hukuki korumanın gücünü önemli ölçüde azalttığını söylemek mümkündür.¹⁴⁸⁵

Sonuç olarak, yönetme amaçlı inançlı işlemlerde inanan kişinin menfaatlerinin korunması için devreye giren temel korumanın TBK m. 509 hükmü olduğunu, bu hükmün uygulama alanının tartışmalı, kapsamının ise sınırlı olduğunu söylemek mümkündür.¹⁴⁸⁶ Bilindiği üzere ticaret hayatı risk unsurunu içinde barındırır, ancak bahsedilen bu riskin hukuk güvenliğine ilişkin olmaması gerekir. Bu nedenle yönetme amaçlı inançlı temlikte inananın iflası gibi hassas bir konuda devreye girecek hukuki rejimin belirsiz olmasının bu hukuki aracın tercih edilmemesi sonucunu doğurması şaşırtıcı olmasa gerektir.¹⁴⁸⁷ Nitekim Türk hukukundaki mahkeme kararlarına göz atıldığında, yönetme amaçlı inançlı temlik kurumuna ilişkin hemen hemen hiçbir karara rastlanmamasını da ancak bu şekilde açıklamak mümkündür.

- Yönetme Amaçlı İnançlı Temlik Bakımından İİK m. 188 Düzenlemesinin Değerlendirilmesi

İcra İflas Kanunu'nun 188. maddesi şu şekildedir: "*Sırf bedelini tahsil etmek için yahut tayin edilen ilerdeki bir tediye karşılık olarak müflise devredilmiş olan hamiline veya emre muharrer senetleri devredenler geriye istiyebilir.*" Bu hüküm uyarınca iki özel hâlde inançlı temlik sözleşmesinde inananın iflas masasına karşı çıkarma hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir. Bu hâllerden ilki, inanan kişinin emre veya hamiline yazılı bir senedi, tahsil amacıyla inanan kişiye ciro etmesi; ikinci ihtimalse emre veya hamiline yazılı senedin, daha sonra yapılacak bir ödemeye teminat teşkil edecek şekilde inanılana devredilmesidir. İnanan kişinin,

¹⁴⁸⁵ Aynı yönde bkz. **Thévenoz**, Réforme, s. 278 ("*C'est dire que le droit de distraction que le fiduciaire peut opposer aux créanciers communs du fiduciaire est fort limité.*")

¹⁴⁸⁶ Aynı yönde bkz. **Giovanoli**, s. 37.

¹⁴⁸⁷ Benzer yönde bkz. **Thévenoz**, Réforme, s. 278.

söz konusu senetlerin tahsilat veya teminat nedeniyle inanılanana devredildiğini ispat edebilirse çıkarma hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁸⁸

İnançlı işlemlerin özel bir örneğini teşkil eden kıymetli evrakın tahsil veya teminat amacıyla temlik edilmesi durumunda inanan kişinin çıkarma hakkının Kanun'da açıkça düzenlenmiş olması ilk bakışta şaşırtıcı gelebilir. Zira TBK'da inancılı işlemlere ilişkin genel bir yazılı kural olmadığından, inancılı işlemlerde çıkarma hakkı da doğal olarak özel bir düzenlemeye sahip değildir. TBK'da yer verilmeyen bu yönde bir hükmün İİK'da düzenlenmesinin sebebinin ilgili hükmün İsviçre İcra İflas Kanunu'na Prusya hukukundan nakledilmiş olması olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁸⁹

İİK m. 188'de yer alan bu hükmün istisnai bir niteliğe sahip olduğu ve kapsamının da hükmün lafzıyla sınırlı olduğu, diğer bir deyişle bu hükmün inancılı işlemlerde çıkarma hakkına dair genel bir kurala temel teşkil edemeyeceği kabul edilmektedir.¹⁴⁹⁰ Bu nedenle söz konusu hükme ilişkin açıklamalar bununla sınırlı tutulmuştur.

c. Değerlendirme

Bu bilgiler ışığında bir varlık yönetimi aracı olarak trust yapısı ve yönetme amaçlı inancılı işlem karşılaştırıldığında ilkinin sunduğu hukuki rejimin hem daha öngörülebilir (böylece hukuk güvenliği ilkesine de daha iyi hizmet eden), hem de inanan veya üçüncü kişi lehtar açısından daha korunaklı olduğu sonucuna varmak mümkündür. Kuşkusuz öğretilerde Türk hukukunda bir varlık yönetimi aracı olarak trust kurumuna ihtiyaç bulunmadığına, zira inancılı temlik sözleşmesinin bu işlevi

¹⁴⁸⁸ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özeker, İcra ve İflas Hukuku, On İki Levha, 6. bası, 2019, s. 410; Ayanoğlu Morali, s. 287-288; Özsunay, s. 204-205; Reymond, s. 55; SK-SchKG/Schober, Art. 201, N. 6-7; BSK-SchKG II/Handschin/Hunkeler, Art. 201, N. 1.

¹⁴⁸⁹ Söz konusu tarihsel açıklamaya ilişkin bilgi için bkz. Özsunay, s. 205; Reymond, s. 56.

¹⁴⁹⁰ Bu yönde bkz. Ayanoğlu Morali, s. 288; BSK-SchKG II/Handschin/Hunkeler, Art. 201, N. 5; Özsunay, s. 206; SK-SchKG/Schober, Art. 201, N. 5.

yerine getirebileceğine ilişkin görüşler dile getirilmiştir ve getirilecektir.¹⁴⁹¹ Esasen bu önerme bir ölçüde de isabetlidir. Zira inançlı işlemle Türk hukukunda, trust yapısında olduğu gibi varlık yönetimi işlevini yerine getirebilecek, ekonomik menfaat ve hukuki menfaatin farklı kişilerde toplanabildiği, devralan kişinin belirli yükümlülüklerle tâbi olduğu ve bu kişinin iflası hâlinde (çok kısıtlı da olsa) bir korumanın mümkün olduğu bir yapı kurulabilmektedir.

Ancak bu yapının beraberinde getirdiği dezavantajları da inkar etmek mümkün değildir. Nitekim tam olarak bu dezavantajlar nedeniyle kanun koyucu, ülke ekonomisi açısından en fazla önem taşıdığını düşündüğü belirli bazı yönetme amaçlı inançlı işlem tiplerini ayrıca düzenlemiştir. Yatırım fonları, emeklilik fonları veya finansman fonlarına ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun bu fonların inançlı temlik hükümlerine göre yönetileceğini hükme bağlamakla yetinmediği, bunun yanı sıra söz konusu fonlar için özel mal varlığı ilkesini öngördüğünü, bu şekilde bu fonların yönetici maliklerin fonun yönetilmesi dışında kalan hukuki ilişkilerinden doğan borçlarından ve iflası riskinden korunmasının sağlandığı hatırlanacaktır.¹⁴⁹² Kanımca bu düzenlemelerin, kanun koyucu nezdinde inançlı işlemin inanan tarafa (bu durumda yatırımcıya) ideal hukuki korumayı bahşetmediğine işaret ettiğini söylemek mümkündür.

Almanya'yı bir kenara bırakırsak, *civil law* sistemlerinde yönetme amaçlı işlemlere ilişkin bu hukuki rejimin beraberinde getirdiği özellikle iflas riski dezavantajı, uygulamada iflas riski çok daha düşük, büyük, kurumsal yapıların, özellikle de bankaların yönetici olarak atanması sonucunu doğurmaktadır.¹⁴⁹³ Bu durumun ise yönetme amaçlı inançlı temlik uygulama alanını daralttığı ortadadır.

Bir diğer önemli sorun, inananın inançlı temlik ilişkisi bağlamında sahip olduğu alacak hakkının teminat gücü bakımından karşımıza çıkmaktadır. İngiliz

¹⁴⁹¹ Örneğin bkz. **Özsunay**, s. 247-251. İsviçre hukukunda bu yönde örneğin bkz. **Eichner**, s. 71 vd.; **Giovanoli**, s. 45-48; **Seiler**, s. 148 vd.; **Supino**, s. 148-149; **Watter**, s. 252.

¹⁴⁹² Bkz. yukarıda s. 96 vd.

¹⁴⁹³ **Cantin Cumyn**, Reflections, s. 24-25; **Hansmann/Mattei**, s. 458.

hukukunda lehtarın trust fonu üzerindeki hakkı bir ayni hak olarak nitelendirilmekte ve bu hakkın, trust sona ermeden önce de kural olarak devredilebileceği, haczedilebileceği ve teminat gösterilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin 10 yıl süreli bir trust yapısının kurulduğu varsayımında, her ne kadar lehtar kural olarak ancak trustın kurulmasından 10 yıl sonra trust fonu üzerindeki mülkiyeti tamamen kazanacaksa olsa da, bu süre boyunca da sahip olduğu bu türev ayni hakkın da belirli bir likiditeye ve kredi gücüne sahip olduğunu söylemek mümkündür.¹⁴⁹⁴

İnançlı temlik ilişkisine döndüğümüzde, inananın sahip olduğu alacak hakkının da kuşkusuz teminaten veya ifa yerine/uğruna devredilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Buna karşılık inananın alacak hakkının, trust lehtarının ayni hakkı ile kıyaslandığında, hem teminat gücünün hem de likiditesinin çok daha sınırlı olacağını öngörmek güç değildir. İnananın sahip olduğu bu alacak hakkını teminaten devretmek istediği varsayımında, teminat alacak kişinin ya da kurumun bu alacağın tahsil edilebilirliğini değerlendirirken, inanç sözleşmesinin beraberinde getirdiği riskleri dikkate alması kaçınılmazdır. İnanç sözleşmesi konusu şeyin inanılan tarafından şahsi alacakları için rehninin, devrinin mümkün olduğu ve inanılanın iflası durumunda bu alacağın da iflas masasına dahil olduğu kurguda, inananın alacak hakkını teminaten devralacak kişinin bunun yerine başka teminatlar talep etmesi muhtemeldir. Dolayısıyla her ne kadar inanç konusu şey üzerindeki ekonomik menfaatin inananda olduğu kabul edilse de, bu önermenin en azından inançlı temlik sözleşmesinin süresi boyunca ne kadar doğru olduğu kanımca tartışmaya açıktır. İnananın sahip olduğu ekonomik menfaatin yukarıda bahsedilen tabiri caizse semerelerinden faydalanamaması ise, kuşkusuz daha az sayıda veya daha dar sözleşme aralıklarında hukuki işlemin akdedilmesine, böylece daha durgun bir piyasanın oluşmasına neden olmaktadır.¹⁴⁹⁵

¹⁴⁹⁴ Ancak hatırlanacağı üzere en azından İngiliz hukukunda lehtarların oy birliğiyle trustı süresinden önce sona erdirebileceği kabul edilmektedir. *Saunders v Vautier* kuralı olarak anılan bu kurala ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 412 vd.

¹⁴⁹⁵ Sözleşme aralığı kavramına ilişkin olarak bkz. **Sanlı**, Sözleşme, s. 18.

İnanan kişinin inanç anlaşması konusu şey üzerindeki ekonomik menfaatinin teminat gücünü kullanabilmesinin tek yolu bu alacak hakkının devredilmesi değildir. Bunun yanı sıra inanan kişinin, söz konusu ekonomik menfaatin üçüncü kişilere karşı görünür kılınması suretiyle de bu kredi sağlama işlevinden *dolaylı* da olsa yararlanması mümkündür.¹⁴⁹⁶ Bundan kasıt söz konusu alacak hakkının teminat olarak gösterilmeksizin, sadece varlığı ve inananın maddi durumuna yaptığı katkı sayesinde sözleşmelerin kurulmasını kolaylaştırmasıdır. Bu doğrultuda inanç sözleşmesi konusu şey üzerinde kimin ekonomik menfaate sahip olduğunun sinyalinin dış dünyaya doğru bir şekilde yansıtılması gerekmektedir. Aksi takdirde iç ilişkide ve dış ilişkide çatışan menfaatlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Mevcut hukuki düzlemde ise inançlı temlik sözleşmesinin dış ilişkideki yansımaya bakıldığında, bu rejimin inanç sözleşmesi konusu üzerindeki ekonomik menfaatin kime ait olduğuna dair sinyalin doğru verilmesi yönünde yetersiz kaldığı görülmektedir.

Yönetme amaçlı inançlı işlem yapısında inanılanın ikili bir yükümlülük üstlendiği hatırlanacaktır: Bunlardan ilki, inançlı işlem konusu şeyin bir vekil gibi yönetilmesi, ikincisi ise sözleşmede belirlenen şart gerçekleştiğinde ya da vade geldiğinde bu şeyin mülkiyetinin inananına devredilmesidir.¹⁴⁹⁷ Dolayısıyla inanılan kişinin mal varlığına göz atıldığında, aktifler kısmında söz konusu şeyin mülkiyeti ya da devir konusu alacağın kendisinin, pasifler kısmında ise bu şeyin mülkiyetini ya da alacağı devir *borcunun* yer aldığı görülecektir.¹⁴⁹⁸ Dolayısıyla aslında inanç konusunu oluşturan mal varlığı unsurunun inanılanı teknik anlamda zenginleştirdiğini söylemek mümkün değildir.¹⁴⁹⁹ Buna karşılık hakların bir bütün olarak devri ve daha da önemlisi mal varlığının tekliği teorileri üzerinden yaratılan görüntünün bu yönde olmadığını söylemek mümkündür. İnanç anlaşması konusu şey ya da hak inanılanın şahsi mal varlığına dahil olduğu için, görünürde inanılanın

¹⁴⁹⁶ Hansmann/Mattei, s. 451.

¹⁴⁹⁷ Thévenoz, Réforme, s. 315.

¹⁴⁹⁸ Thévenoz, Réforme, s. 316-317.

¹⁴⁹⁹ Thévenoz, Réforme, s. 316-317. Benzer yönde bkz. Eichner, s. 133.

maddi durumunda bir iyileşmenin söz konusu olduğu yanılışına kapılmak mümkündür. Bu nedenle ekonomik menfaat inanılana ait olmasa da dış dünyaya bu yönde bir sinyal verildiği ifade edilmelidir.¹⁵⁰⁰ Bu sinyalin yanlış verilmesinin beraberinde getirdiği olumsuz sonuçlardan biri, yukarıda değinildiği üzere, inanan kişinin esasen sahip olduğu bu ekonomik menfaatin teminat gücünden yararlanamaması; ikincisi ise inanılan kişinin alacaklıları bakımından aslında gerçekte olmayan bir teminat gücünün var gibi gösterilmesidir.¹⁵⁰¹

Bu açıklamalar ışığında, inançlı temlik sözleşmesine uygulanan kuralların bu ilişkinin taraflarının hiçbirinin menfaatine tam olarak hizmet etmediğini, bu nedenle bir bütün olarak bakıldığında olumsuz bir sonuç doğurduğunu söylemek mümkündür. Bu sonucun nasıl düzeltilebileceği değerlendirilirken, alternatif bir kurgu olarak inanç anlaşması konusu şeyin inanılanın mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı oluşturduğu ihtimalinde taraf menfaatlerinin ve en önemlisi kümülatif maliyetin nasıl değişeceğini incelemek yol gösterici olabilir. İnanan kişinin menfaatlerinin bu ihtimalde çok daha iyi korunacağı açıktır, zira bu kişi inançlı işlemle devrettiği şeyin inanılanın iflası riskinden arı bir şekilde yönetileceğine güvenerek bu sözleşmeyi akdedecektir. İnanç ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişiler, yani inanılanın alacaklıları bakımından bir değerlendirmenin yapılabilmesi

¹⁵⁰⁰ Eichner, s. 132-133.

¹⁵⁰¹ İnanılanın alacaklılarının burada elde ettiği avantaj, inanç sözleşmesi konusunun da iflas masasına dahil olmasıyla birlikte garameten pay alacakları varlık havuzunun genişlemesidir. Ancak bu genişleme, inananın da alacaklılar kümesine dahil olması nedeniyle umulduğu/düşünüldüğü kadar büyük çaplı olmayacaktır. Bir örnek üzerinden durumu açıklayalım: inanılan kişi (İ)'nin aktif mal varlığının aktif değeri 200 birim, pasif değeri ise 250 birim olsun. (İ)'nin mal varlığının pasif kısmında yazan borçlardan biri 50 birim değerindeki (A)'ya ait borç olsun. Bu ihtimalde (İ)'nin iflası durumunda (alacaklıların tümünün teminatsız olduğu ve aralarında öncelikli bir alacaklının bulunmadığı varsayımında) (A), alacağının ancak %80'ine, yani 40 birimine kavuşacaktır. Şimdi örneğe bir inançlı temlik unsuru ekleyelim. (B), (İ)'ye yönetilmesi için 100 birim değerindeki bir mal varlığı unsurunu devretmiş olsun. Bu durumda (İ)'nin mal varlığının aktifi 300 birim, pasifi ise 350 birime çıkacak ve alacaklılar arasında yapılan garameten paylaşırma neticesinde (A) alacağının bu sefer yaklaşık %85'ine kavuşacaktır. Buna karşılık görünürdeki resme paralel olarak (A)'nın sadece aktifinde bir artış olsaydı, diğer bir deyişle (İ)'nin mal varlığının pasifinde yazılı olan inançlı işlemde doğan devretme yükümlülüğü söz konusu olmasaydı (A)'nın alacağının tümünü tahsil etmesi mümkün olacaktı. Benzer bir örnek için bkz. Thévenoz, Réforme, s. 316 vd. Fransız hukukunda bu riskin, *inanılan* olarak atanabilecek kişilerin belirli finans kurumları ve avukatlık gibi belirli meslek mensupları gerçek kişilerle sınırlı tutulması yönündeki kuralla uygulamada büyük ölçüde bertaraf edildiği yönünde bkz. Barrière, French Fiducie, s. 33.

içinse bu alacaklıların iki sınıfa ayrılması daha isabetlidir: Gönüllü/iradi alacaklılar (*voluntary/consensual creditors*) ve tesadüfi/istenç dışı alacaklılar (*involuntary/non-consensual creditors*).¹⁵⁰²

Gönüllü alacaklılar ifadesiyle kastedilen, bir hukuki işlemle (genellikle bir sözleşmeyle) alacaklı konumuna gelen kişilerdir. Tesadüfi alacaklılar ise bu konuma iradeleri doğrultusunda değil, Kanun bu kişilerin fiillerine ya da durumlarına bir borç ilişkisi sonucu bağladığı için gelmektedir. Tesadüfi alacaklıların en tipik örneğini haksız fiil mağdurları oluşturmaktadır.¹⁵⁰³ Bu alacaklılar arasında ayırım yapmamızın sebebi, gönüllü alacaklıların inanılanla bir hukuki ilişkiye girerken irade serbestisine sahip olmaları, bu nedenle bu iradelerinin oluşumu sürecinde inanç sözleşmesinin dışarıya verdiği sinyalin önem taşımasıdır. Buna karşılık, bir inanç sözleşmesinin sonuçlarının inanılan kişinin ekonomik durumuna etkilerinin tesadüfi alacaklılar bakımından en azından ilk aşamada, yani alacaklılık ilişkisinin doğumu sırasında önemsiz olduğunu söylemek mümkündür. Zira inanılanın ekonomik durumunun beklenenden iyi ya da kötü çıkmasının tesadüfi alacaklılar için aslında bir şans işi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle özel mal varlığı yapısının kabul edildiği ihtimalin avantajlarına ve dezavantajlarına ilişkin değerlendirmeye gönüllü alacaklılardan başlanacaktır.

Özel mal varlığı yapısının kabul edilmesi sayesinde inanç sözleşmesi konusu şeyin inanılanın şahsi mal varlığından ayrı tutulması ve bu doğrultuda güvenilenin ölümü hâlinde terekesine, iflası hâlindeyse iflas masasına dahil olmamasının beraberinde getirdiği ilk avantaj, inanan açısından yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesinin kurulması ve ifası aşamalarında işlem maliyetinin azalmasıdır.¹⁵⁰⁴ Sözleşmenin kurulması (hazırlık) aşamasında, devrettiği mal varlığı unsurunun iflas ve ölüm

¹⁵⁰² Bu ayırımın hukuk ve ekonomi öğretisinde, özellikle teminatların etkinliğinin değerlendirilmesi bağlamında başvurulan bir ayırım olduğu belirtilmelidir. Bkz. Lynn M. Lopucki, *The Unsecured Creditor's Bargain*, Virginia Law Review, C. 80, 1994, s. 1887 vd.; Posner, s. 546.

¹⁵⁰³ Lopucki, s. 1896.

¹⁵⁰⁴ İşlem maliyeti kavramının temel olarak sözleşmenin hazırlık, pazarlık ve uygulama aşamalarında farklı şekillerde karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Bu aşamalarda ortaya çıkan işlem maliyeti kalemlerine dair çeşitli örnekler için bkz. Sanlı, *Haksız Fiil*, s. 149 vd.

riskinden korunaklı olduğunu bilen inanan, bu mal varlığının (olması gerektiği gibi) sadece yönetilmesine ilişkin ve ticari nitelikteki risklere karşı duyarlı olduğunu kabul ederek ve temelde bu kıstası dikkate alarak sözleşme tarafını seçecek ve sözleşmenin pazarlık aşamasında da bunu dikkate alarak sözleşmeyi dizayn edecektir. Bunun dışında kendisini güvenceye almak için başka yollar aramasına gerek kalmayacaktır. Belki de en önemlisi, özel mal varlığı yapısı sayesinde sözleşmenin uygulanması aşamasında, inananın gözetme/denetleme maliyetinin (*monitoring costs*) de düşecek olmasıdır. İnanan, devrettiği ve ekonomik menfaati kendisine ait olan mal varlığı unsurlarının inananın şahsi mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı statüsüne sahip olduğunu bildiği için sözleşme süresi boyunca inananın likiditesini, iflas riskini, diğer alacaklılarıyla olan ilişkisini denetleme zorunluluğundan büyük ölçüde kurtulacaktır.

İsviçre öğretisinde inançlı işlem bağlamında özel mal varlığı yapısının benimsenmesi gerektiğini savunan *Thévenoz*, bu durumda inanan kişinin alacaklılarının herhangi bir dezavantaja uğramayacağını, ancak zaten elde etmeleri haksız olan bir avantajdan¹⁵⁰⁵ yoksun kalacaklarını ifade etmiştir.¹⁵⁰⁶ Yazara göre inanan kişinin alacaklılarının, inananla bir sözleşme ilişkisine girerken inananın sadece aktiflerini (özellikle taşınırları, parayı ve alacakları) dikkate alarak bu kararı vermeleri başlı başına korunmayı hak eden bir süreç değildir.¹⁵⁰⁷ Diğer bir deyişle, en azından tacirler bakımından, inanan kişinin görünürde elinde

¹⁵⁰⁵ Bu avantaj, inananın alacaklılarının inançlı devir konusu mal varlığının da iflas masasına girmesi suretiyle alacaklarını tahsil edebilecekleri varlık havuzunun büyümesidir. Yazar, bu zenginleşmenin münhasıran inanan kişi aleyhine olduğunu, bu nedenle haksız ve 'anormal' olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. *Thévenoz*, Réforme, s. 318. *Eichner*, bu durumda üçüncü kişi alacaklılar bakımından 'şans eseri' (*Glücksfall*) bir avantajın ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bkz. *Eichner*, s. 133. Benzer yönde bkz. *Watter*, s. 224.

¹⁵⁰⁶ Bkz. *Thévenoz*, Réforme, s. 318.

¹⁵⁰⁷ Benzer yönde *Becker*, s. 373-374. Krş. *Eichner*, s. 133-134. Ayrıca krş. JdT 1986 II, s. 12-13 ("Les autres créanciers du fiduciaire doivent pouvoir se fier aux présomptions de droit ou de fait: l'inscription au registre foncier pour un immeuble chété avec les fonds confiés par le fiduciaire; la possession pour les choses mobilières, y compris les papiers-valeurs, achetés avec les fonds confiés par le fiduciaire; l'apparence du droit de disposer d'une créance, par exemple la titularité résultant du titre de créance, telle qu'une créance en remboursement d'un prêt consenti avec les fonds confiés par le fiduciaire.")

bulundurduğu mal varlığı unsurları dikkate alınarak bu kişinin ifa gücüne dair geliştirilen varsayımın korunmaması gerekir.¹⁵⁰⁸

Aslında bir sözleşme ilişkisine girerken, karşı tarafın ifa gücüne ilişkin olarak geliştirilen hemen her varsayımın içinde belirli bir risk unsuru bulundurduğu açıktır. Zira bu olası sözleşme tarafının tüm hesaplarını, aktiflerini olduğu kadar pasiflerini görmeksizin bu kişinin ifa gücü hakkında kesin bir yargıya varılması mümkün değildir. Bu nedenle inançlı temlik ilişkisinde, inanılan kişinin söz konusu mal varlığı unsurlarını bu sıfatla elinde bulundurması da aslında ticaret hayatında her zaman mevcut olan bu kaçınılmaz riskin bir uzantısı olarak düşünülmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, inançlı işlem bağlamında özel mal varlığı yapısının kabul edilmesinin bu genel riski (ve doğal olarak risk primini) bir derece daha arttıracaklarını öngörmek mümkündür. Bu ise kuşkusuz tüm sözleşmelere (dolayısıyla da topluma) yansıtacak bir işlem maliyeti olarak karşımıza çıkacaktır. Kısacası, inançlı işlemde özel mal varlığı ilkesinin benimsenmesiyle, bir tacirin mevcut düzende bir diğer tacirle sözleşme ilişkisine girerken dikkate aldığı veya alması beklenen (dolayısıyla da fiyata yansıyan) risk unsurlarına bir yenisi daha eklenecektir.¹⁵⁰⁹

Tesadüfi alacaklılar bakımından ise özel mal varlığı ilkesinin bu doğrultuda bir maliyete neden olacağını söylemek mümkün değildir. Zira bu kişiler zaten iradeleri

¹⁵⁰⁸ Zira bu elde bulundurma durumunun arkasında çeşitli sözleşme ilişkileri, örneğin kira ya da saklama sözleşmesinin bulunması mümkündür. Bkz. Becker, s. 373-374; Thévenoz, Réforme, s. 319. Krş. Eichner, s. 134.

¹⁵⁰⁹ Fransız hukukunda, *fiducie* rejimi bağlamında inanılan sıfatını taşıyabilecek kişilerin sınırlı sayıda belirlendiği görülmektedir (Code Civil Art. 2015). Bunlar arasında öne çıkanlar belirli şartları taşıyan finans ve kredi kurumları, portföy yönetim şirketleri ve avukatlardır. Güvenilen/inanılan sıfatını haiz olabilecek kişilerin bu şekilde sınırlandırılması, bahsedilen bu risk priminin düşmesini sağlayacaktır. Bu nedenle Fransız hukukunda benimsenen bu sistemin yol gösterici olabileceği düşünülebilir. Benzer yönde bkz. Giovanoli, s. 49. Bununla birlikte, inanılan sıfatını taşıyabilecek kişi ve kurumların bunlarla sınırlı olmasının *fiducie* kurumunun uygulamasını azaltacağını, diğer bir deyişle bunun tam anlamıyla bir ödün dengesi (*trade off*) olduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan, Türk-İsviçre hukukunda hâli hazırda gerçek kişiler veya finans kurumları dışında kalan tüzel kişilerin inançlı temlik sözleşmesi akdettiği bilinmektedir. Bu doğrultuda yeni bir Yasa'yla getirilecek olan bu tür işlemlerin geçersiz, sadece belirli kişiler arasında akdedilen inançlı işlemlerinse geçerli olduğuna ilişkin bir düzenlemenin beraberinde avantajdan ziyade dezavantaj getireceğini öngörmek mümkündür. Bkz. Thévenoz, s. 150-152.

dışında inanılanın alacaklısı konumuna geldikleri için, inanılanın görünürdeki ifa gücü de bu kişilerin iradelerinin oluşmasında etkili değildir. Bu nedenle tesadüfi alacaklılar bakımından özel mal varlığı yapısının ek bir maliyete sebep olmayacağı ifade edilmelidir.

Özellikle *common law* ülkelerinde gelişen hukuk ve ekonomi öğretisine göz atıldığında, temelini Roma hukukunda bulan inançlı işlemin doğal olarak pek tartışma konusu yapılmadığı görülmektedir. Ancak hukuk ve ekonomi literatüründe teminatlı alacaklılık hususunda ileri sürülen görüşlerin *per analogiam* özel mal varlığı yapısıyla desteklenmiş inançlı temlik bakımından dikkate alınması kanımca yol gösterici olabilir. Zira hukuk ve ekonomi öğretisinde, yukarıda inanan ve inanılanın diğer alacaklıları konusunda ortaya koyduğumuz çekincenin bir benzerinin teminat hukukunun analizi bağlamında dile getirildiği görülmektedir.

Bu doğrultuda, teminatlı alacaklılar bakımından sözleşmenin hazırlık aşamasında karşı tarafın ifa gücüne yönelik değerlendirme faaliyetinden doğan işlem maliyetinin yanı sıra sözleşmenin ifası aşamasında ifa gücünün devam ettiğini denetlemeye ilişkin maliyetin de azaldığı, buna karşılık alacaklıların iflas durumunda erişebileceği varlık havuzunun küçülmesi nedeniyle teminatsız alacaklılar bakımından bunun sözleşme fiyatına eklenecek bir risk primi olarak dönmesinin muhtemel olduğu ifade edilmektedir.¹⁵¹⁰ Bununla birlikte bu bir taraftan artan, bir taraftansa azalan maliyetler karşılaştırıldığında, teminat hukukunun etkin bir sonuç doğuracağı - yani bizim açımızdan bakıldığında terazinin inananın menfaatlerinin bulunduğu ilk kefesinin daha ağır basacağı - ileri sürülmektedir.¹⁵¹¹ Zira bazı alacaklıların borçludan aldıkları teminat sayesinde diğerlerine kıyasla sağladıkları imtiyazlı konumun başlı başına teminatsız alacaklıların durumunu kötüleştirmede, onların işlem maliyetinin artmasına neden

¹⁵¹⁰ Posner, s. 545. Aynı yönde bkz. Anthony T. Kronman/Thomas H. Jackson, Secured Financing and Priorities Among Creditors, The Yale Law Journal, C. 88, 1979, s. 1147-1148. Krş. Alan Schwartz, Security Interest and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories, The Journal of Legal Studies, C. 10, S. 1, 1981, s. 7 vd.; Lopucki, s. 1935-1936.

¹⁵¹¹ Posner, s. 545. Krş. Schwartz, özellikle s. 29 vd.

olmadığı ifade edilmektedir. *Posner*'e göre teminat kavramının olmadığı, dolayısıyla tüm alacaklıların teminatsız ve eşit konumda olduğu kurguda tüm alacaklılar bakımından riskin doğru değerlendirilemediği belirsiz bir resim ortaya çıkacakken, teminat kavramı sayesinde en azından bu alacaklı kümesinin bir bölümü açısından bu risk (ve dolayısıyla buna bağlı maliyetler) indirilebilecektir.¹⁵¹² Bu kişilerin bilgi ve denetleme maliyetindeki düşüşün ise diğer alacaklıların bilgi ve denetleme maliyetinde doğrudan bir artışa sebebiyet verdiğini söylemek mümkün değildir. Hatta bu sayede borçlunun erişilebilecek varlık havuzunun daralmasıyla söz konusu maliyetlerde bir düşüş dahi sağlanabileceği ifade edilmektedir.¹⁵¹³

Kısacası inançlı işlemde özel mal varlığı yapısının benimsenmesi durumunda, inançlı işlemin bir şekilde (örneğin bir sicille) üçüncü kişilere karşı aleni kılınmadığı kurguda, bunun bir yandan inanan bakımından işlem maliyetini düşüreceği, ancak öte yandan risk primini arttırmak suretiyle tüm sözleşmelere olumsuz anlamda etki edebileceği söylenebilir. Bu bağlamda hangi maliyetin daha yüksek olacağını değerlendirirken, inançlı işlemde özel mal varlığı yapısıyla korunan inananın durumunun, teminat sahibi alacaklının konumuna benzeştirilmesi ve teminatlara ilişkin hukuk ve ekonomi öğretisinde ileri sürülen argümanların burada da dikkate alınması mümkündür. Ancak terazinin hangi kefesinin daha ağır basacağını tespit edilmesi için ampirik verilere ihtiyaç duyulduğu ortadadır; bu nedenle burada yapılanın sadece spekülatif bir değerlendirme olduğunun altı çizilmelidir.¹⁵¹⁴

¹⁵¹² *Posner*, s. 545. Aynı yönde bkz. *Kronman/Jackson*, s. 1153.

¹⁵¹³ Bkz. *Posner*, s. 545. Krş. *Kronman/Jackson*, s. 1154 vd.

¹⁵¹⁴ Özel mal varlığı yapısının kabul edilmesi durumunda mal varlığının tekliği, eşya hukukunda sınırlı sayıdalık ve alenilik ilkelerinden ödün verileceği, ancak bunun karşılığında ekonomik anlamda buna değecek bir inançlı işlem yapısının kurulabileceğini, dolayısıyla verilen bu ödünün yerinde olduğu yönünde bkz. *Watter*, s. 246.

d. Öneriler

Bir üst bölümde yönetme amaçlı inançlı işlemin trust yapısı karşısındaki zayıf yönleri ve dezavantajları değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu durumda inançlı işlemin bu zayıflıklarının törpülenmesine yönelik akla gelen ilk öneri Türk hukukunda da trust benzeri bir yapının benimsenmesi olacaktır. Ancak yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesine ilişkin mevcut hukuki durum dikkate alındığında, yukarıda dile getirilen dezavantajların giderilmesinin tek yolunun İngiliz hukuku trust modelinin benimsenmesi olduğunu söylemenin amacını aşan bir iddia olacağı itiraf edilmelidir. Bunun yerine inançlı işleme ilişkin hukuki düzenin daha öngörülebilir ve güvenilir kılınması da güçlü bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵¹⁵ Bu doğrultuda, söz konusu dezavantajların bertaraf edilmesiyle inançlı işlem kurumunun hak ettiği hukuki korumaya ve dolayısıyla uygulamadaki yerine kavuşabilmesi için, inançlı işlem sisteminin reformuna ilişkin şu önerilerin dile getirilmesi mümkündür:

- İnançlı işlem sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda veya özel bir Kanun'da pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır.¹⁵¹⁶ Böylece vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m. 502 ve devamındaki hükümler yerine daha spesifik ve amaca uygun kurallar tesis edilmelidir.¹⁵¹⁷ Örneğin vekalet verenin sözleşmeyi kural olarak dilediğinde sona erdirebilmesine ilişkin TBK m. 512, genellikle belirli bir süre için kurulan yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesinin yapısına ve amacına uygun değildir.¹⁵¹⁸ Bu nedenle inançlı işlemin belirli süreli bir sözleşme olarak kurulabileceği ve sözleşmenin kural olarak süresinden önce sona erdirilemeyeceğinin hükme

¹⁵¹⁵ Bu yönde bkz. Giovanoli, s. 45-48; Thévenoz, s. 148; Watter, s. 252. Trust kurumunun doğrudan reepsiyonu yerine hâli hazırdaki hukuki kurumların geliştirilmesine ilişkin reform önerileri için bkz. Cincelli, s. 464 vd.

¹⁵¹⁶ Bkz. Giovanoli, s. 49.

¹⁵¹⁷ Benzer yönde bkz. Thévenoz, s. 145.

¹⁵¹⁸ Benzer yönde Eichner, s. 104-105; Seiler, s. 61-62; Thévenoz, s. 145; Watter, s. 214-215. Krş. Ayanoğlu Morali, s. 291. Ayrıca bkz. Lepaule, s. 1139.

bağlanması isabetli olabilir.¹⁵¹⁹ Bunun dışında vekilin vekalet süresi boyunca talimata uygun ifa yükümlülüğünün (TBK m. 505) de yönetme amaçlı inançlı işlemin yapısına her koşulda uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁵²⁰ Zira yöneticinin sahip olduğu uzmanlık ve becerinin bu sözleşmenin kurulmasına temel oluşturduğu düşünüldüğünde, vekalet verenin sözleşme süresi boyunca vekile talimat verebilmesinin bu yapının amacına hizmet etmediği görülmektedir. Çalışmanın bir üst bölümünde yapılan açıklamalardan, trust ilişkisinde de kurucunun veya lehtarın, trustın yönetilmesinde güvenilene talimat verme yetkisine sahip olmadığına altı çizilmelidir.¹⁵²¹ Yönetme amaçlı inançlı temlikte de inanılanın, inanan kişinin talimatlarına uyma zorunluluğu bakımından bu doğrultuda hükümlerin sevk edilmesi ve yönetici inanılana mal varlığının yönetimi konusunda belirli bir takdir yetkisi tanınması düşünülebilir.¹⁵²²

- İnanç anlaşması konusu şey, inanılan kişinin mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı oluşturmalıdır.¹⁵²³ İnanılan, inanç anlaşması konusu şeyi şahsi

¹⁵¹⁹ İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Seiler, s. 62, 149; Thévenoz, Réforme, s. 339-340 vd. Hollanda hukukunda benzer yönde bkz. Verhagen, s. 495. Bunun yanı sıra inanılanın tâbi olduğu yükümlülükler ve yaptırımlar rejiminin de vekalet sözleşmesine kıyasla daha spesifik ve ayrıntılı kurullarla düzenlenmesi kuşkusuz bu kurumun katma değerini arttıracaktır. Ancak bunun uygulamada gelişmesi muhtemel standart sözleşmesi formları üzerinden sağlanması da mümkündür. Bu nedenle bu yöndeki bir düzenlemenin zorunlu olmadığı ifade edilebilir. Ayrıca bkz. Ogus, s. 189. Ogus, trustın varlık yönetimi bağlamında sözleşme karşısındaki avantajlarından birinin geri alınamaz niteliği olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre kişilerin, kendi mal varlıklarının yönetiminde söz sahibi oldukları müddetçe uzun vadeli dönüşlerden ziyade, kısa vadeli avantajlara odaklanmaları kaçınılmazdır. Bu nedenle kısa vadeli dönüşlere odaklanan kişinin, bu konuda tabiri caizse hayal kırıklığına uğradığı anda sözleşme ilişkisini sona erdirmeye güdülenmesi doğaldır. Oysaki geri alınamaz trust yapısında yönetim yetkisi, bu fon üzerinde ekonomik menfaate sahip olmayan güvenilende toplandığı için, daha uzun vadeli ve genel olarak topluma daha faydalı bir yönetim biçimi benimsenmesi mümkündür. Kanımca bu argümanın vekilin azil yetkisi bağlamındaki tartışmaya uyarlanması mümkündür. Vekalet verenin sözleşmeyi dilediği anda sona erdirmeye yetkisine sahip olması, vekilin uzun vadeli yönetim planı yerine kısa vadeli (ve büyük resimde daha az getirili) araçları tercih etmesine neden olabilir. Bu nedenle yönetme amaçlı inançlı temlik bağlamında inanılanın en azından sözleşme süresi boyunca bu baskıdan bağımsız bir şekilde yönetim işini yerine getirmesi önemlidir.

¹⁵²⁰ Benzer yönde Thévenoz, s. 145.

¹⁵²¹ Bkz. yukarıda s. 270 vd.

¹⁵²² Benzer yönde bkz. Thévenoz, Réforme, s. 343 vd.

¹⁵²³ Aynı yönde bkz. Guillaume, s. 36; Verhagen, s. 493; Watter, s. 245-246. Bu şekilde inançlı işlemin beraberinde getirdiği birtakım dezavantajların bertaraf edilebileceği yönünde ayrıca bkz. Becker, s. 371; Cantin Cumyn, Reflections, s. 25; Supino, s. 147; Thévenoz, Réforme, s. 313 vd.

borçları için teminat veya ödeme olarak devredememeli; ayrıca bu özel mal varlığı inanılanın şahsi hukuki ilişkilerinden doğan icra taleplerine, iflasi riskine karşı korunaklı olmalı, miras hukuku ve mal rejimlerine ilişkin kurallara tâbi olmamalıdır.

- Söz konusu bu özel mal varlığı üzerinde aynı ikame ilkesinin işlediği kabul edilmelidir.¹⁵²⁴ Bu doğrultuda, inanç anlaşmasının konusunu teşkil eden şeyin yerine geçen ikame değerler, kendiliğinden inançlı temlik sözleşmesinin, yani inanılanın yönetme ve zamanı geldiğinde bunu inanana veya lehtar üçüncü kişiye devretmeye dair çifte yükümlülüğünün konusunu oluşturmalıdır. Bunun için tarafların ayrıca her ikame değere ilişkin bir sözleşme akdetmelerine gerek bulunmamalıdır.

Bu bağlamda Fransa'da 2007 reformu ile kabul edilen *fiducie* rejimi, inançlı işlemlerin yeniden düzenlenmesi konusunda yol gösterici olabilir. Çalışmanın ilk bölümünde yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere, Fransız hukukunda isimsiz bir sözleşme olan inançlı işlem Fransız Medeni Kanunu'na eklenen 21 yeni madde ile pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.¹⁵²⁵ İlgili reform ile *fiducie*'nin pozitif dayanağa kavuşturulmasının ötesinde bir adım atılmış, *fiducie* konusu mal varlığının bir özel mal varlığı (*patrimoine d'affectation*) oluşturduğu kabul edilmiştir.¹⁵²⁶ Böylece inanç sözleşmesi konusu şeyin inanılanın şahsi hukuki ilişkilerinden doğan ekonomik risklere karşı kural olarak korunaklı olduğu hükme bağlanmıştır.¹⁵²⁷ Fransız Medeni Kanunu'na eklenen bu hükümler arasında, *fiducie*

¹⁵²⁴ Verhagen, s. 494. Ancak özel mal varlığı yapısının yanı sıra aynı ikame ilkesinin kabul edilmesi hâlinde inanılanın (ya da üçüncü kişi lehtarın) gerçek anlamda korunabileceği yönünde bkz. Becker, s. 371-373; Cincelli, s. 483.

¹⁵²⁵ Bkz. yukarıda s. 43 vd.

¹⁵²⁶ Barrière, French Fiducie, s. 227; Cantin Cumyn, Reflections, s. 25; Reichard, s. 119 vd.

¹⁵²⁷ Barrière, French Fiducie, s. 231; Reichard, s. 123. İnanç anlaşması konusu mal varlığının inanılanın mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturduğu yönünde bkz. Code Civil Art. 2011 ("La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.") Ayrıca inanılanın iflasi durumunda da bu özel mal varlığının etkilenmeyeceği yönünde bkz. Code civil Art. 2024 ("L'ouverture d'une procédure de sauvegarde,

konusu özel mal varlığı üzerinde aynı ikame ilkesinin (*subrogation réelle*) işleyeceği açıkça hükme bağlanmamış olmakla birlikte, öğretide aynı ikamenin özel mal varlığı kavramında içkin olduğu, bu nedenle inanç konusu şeyin yerine geçen ikame değerler bakımından da inananın haklarının devam ettiği ifade edilmektedir.¹⁵²⁸

Özetle, inançlı işlemin pozitif dayanağa kavuşturularak inanç konusunun bir özel mal varlığı olarak kabul edilmesi, özellikle inanılanın iflası ve ölümü durumunda inananın veya üçüncü kişi lehtarın menfaatlerinin korunması bakımından yukarıda incelenen sorunlarının büyük bir bölümünü çözüme kavuşturmaktadır.¹⁵²⁹ Bununla birlikte inanç anlaşması konusu mal varlığının özel bir mal varlığı olarak nitelendirilmesinin, inanılanın sözleşmeye aykırı davranışları karşısında inananın veya üçüncü kişi lehtarın korunması bakımından yetersiz kalacağı ifade edilmelidir.¹⁵³⁰ Bu nedenle inanan veya üçüncü kişi lehtar bakımından daha korunaklı bir inançlı temlik yapısının sağlanabilmesi için, özel mal varlığı yapısının aynı ikame ilkesiyle desteklenmesi gerektiğinin altı çizilmelidir.¹⁵³¹

e. Ara Sonuç

Sonuç olarak, özel mal varlığı yapısı ve aynı ikame ilkesi sayesinde geleneksel trust yapısında içkin asli mülkiyet – türev mülkiyet ayrımı benimsenmeksizin, diğer bir deyişle inanana ya da üçüncü kişi lehtara bir aynı hak tanınmaksızın trusta işlevsel olarak hemen hemen denk düşen korunaklı bir yapının kurulması mümkün gözükmektedir.¹⁵³² Bu tabiri caizse ‘güncellenmiş’ inançlı işlem yapısının en

de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.”)

¹⁵²⁸ Reichard, s. 122-123.

¹⁵²⁹ Becker, s. 371; Cincelli, s. 482.

¹⁵³⁰ Becker, s. 371; Cincelli, s. 482.

¹⁵³¹ Becker, s. 371-372; Cincelli, s. 482.

¹⁵³² Benzer yönde bkz. Guillaume, s. 32-33; Hayton, Counterparts, s. 24; Koessler, s. 3-4; Verhagen, s. 488. Krş. Justin Thorens, Le Trust de Common Law Dans Les Systèmes de Droit Civil (bundan böyle ‘Festschrift’), Festschrift für Walther J. Habscheid (ed. Walter Lindacher/Dieter Pfaff/Günter Roth/Peter Scholsser/Eberhard Wieser), Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1989, s. 334.

azından Lahey Konvansiyonu'nun 2. maddesi bağlamında kabul edildiği ve bu çalışmada da benimsendiği şekliyle trust yapısının özelliklerini taşıdığı ifade edilmelidir. Bu nedenle Konvansiyon bağlamında kabul edilen trust tanımının hatırlatılması yerinde olacaktır.¹⁵³³ Konvansiyon'un 2. maddesinde trustın sahip olması gereken özellikler şu şekilde sıralanmıştır: Devir konusu mal varlığı unsurları, güvenilenin/inanılanın mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı oluşturmalıdır; bu mal varlığı unsurları üzerindeki mülkiyet hakkı güvenilene/inanılana veya güvenilenin/inanılanın hesabına olmak üzere başka bir kimseye ait olmalıdır ve güvenilen/inanılan trustın koşulları ve uygulanacak hukuk kuralları uyarınca devir konusu unsurları yönetmek, kullanmak ve başkasına devretmek konusunda yetkili ve görevli kabul edilmelidir.¹⁵³⁴ Dolayısıyla inananın ya da üçüncü kişi lehtarın sahip olduğu hakkın bir alacak hakkı olarak nitelendirilmesi, trust yapısının kurulması için başlı başına bir engel teşkil etmemektedir. Başka bir deyişle bu bölümün başında, asli mülkiyet/türev mülkiyet ve *common law/equity law* ayrımlarının trustın olmazsa olmaz unsurları olduğu yönündeki önermenin isabetli olmadığına altı bir kere daha çizilmelidir. Nitekim Avrupa Trust Hukukunun İlkeleri'ne göz attığımızda, İlkelerin de bu bakış açısını benimsediği görülmektedir.¹⁵³⁵ Zira İlkelerin ilk maddesinden, özel mal varlığı yapısına sahip trust fonu üzerinde lehtarın kural olarak bir alacak hakkına sahip

¹⁵³³ Trustın tanımlanmasına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 129 vd.

¹⁵³⁴ Lahey Konvansiyonu m. 2: "*For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. / A trust has the following characteristics - a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. / The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.*"

¹⁵³⁵ Avrupa Trust Hukukunun İlkelerine ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 86 vd.

olduğu, bununla birlikte lehtarın aynı hakka sahip olmasının ise seçimlik bir karar olduğunu anlamak mümkündür.¹⁵³⁶

Bununla birlikte, inanç anlaşması konusunun bir özel mal varlığı kabul edildiği ve bu özel mal varlığı üzerinde aynı ikame ilkesinin geçerli olduğunun kabul edildiği kurguda inananın (veya üçüncü kişi lehtarın) sahip olduğu hukuki korumayla geleneksel bir trust yapısında lehtarın sahip olduğu hukuki korumanın eş değer olmadığı itiraf edilmelidir.¹⁵³⁷ Zira bu durumda inananın ya da üçüncü kişi lehtarın sahip olduğu hak, sadece inanılana karşı ileri sürebileceği bir nisbi haktır. Diğer bir ifadeyle, trust ilişkisinde olduğunun aksine, inananın ya da üçüncü kişi lehtarın, inançlı temlik ilişkisinin dışında kalan üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği bir aynı hakkı bulunmamaktadır.¹⁵³⁸ Dolayısıyla aynı ikame ilkesiyle sağlanan koruma, İngiliz hukukunda *following* ve *tracing* süreçleriyle sağlanan korumanın bir derece gerisinde kalmaktadır.¹⁵³⁹ Örneğin inanç anlaşmasının ihlali sonucunda üçüncü kişiye yapılan ivazsız bir devrin söz konusu olduğu durumda inananın konumu ve üçüncü kişiye karşı *in rem* hakkını ileri sürebilen lehtarın konumu karşılaştırıldığında, ikicisinin çok daha avantajlı bir durumda olduğu görülecektir.¹⁵⁴⁰ Bir diğer çarpıcı örnek ise, üçüncü kişiye yapılan sözleşmeye

¹⁵³⁶ Art. I(4): “*In respect of the separate trust fund a beneficiary has personal rights and may also have proprietary rights against the trustee and against third parties to whom any part of the fund has been wrongfully transferred.*” Ayrıca bkz. **Hayton/Kortmann/Verhagen**, Commentary, s. 41-42.

¹⁵³⁷ Benzer yönde **Becker**, s. 372.

¹⁵³⁸ Bu doğrultuda aynı ikame ilkesiyle desteklenmiş özel mal varlığı yapısının, inana bir aynı hak verilmediği ihtimalde sağlanabilecek en iyi koruma olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Cincelli**, s. 483.

¹⁵³⁹ Bu kavramlara ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 374 vd.

¹⁵⁴⁰ **Becker**, s. 372. Bir örnek üzerinden bu farkı açıklamaya çalışalım: İnanç sözleşmesi konusunun, inanan (A)'nın, (Ş) şirketinde sahip olduğu 100 adet hisse olduğunu ve bu hisselerin mülkiyetinin taraflar arasındaki yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesi doğrultusunda inanılan (B)'ye devredildiğini varsayalım. (B), inançlı temlik sözleşmesini ihlal ederek söz konusu 100 adet hisseyi, üçüncü kişi (C)'ye 30.000 TL'ye satmış olsun. Bu durumda inanç konusunun özel mal varlığı kabul edildiği ve bu özel mal varlığı üzerinde de aynı ikamenin geçerli olduğu kurguda, (A)'nın alacak hakkının 100 adet hissenin yerine geçen 30.000 TL üzerinde devam ettiğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla ivazlı bir kazanım söz konusu olduğunda, (A)'nın hakkının bir aynı hak ya da nisbi hak olarak nitelendirilmesinin (A)'nın ekonomik menfaatinin korunması bakımından büyük bir fark yaratmayacağı düşünülebilir. (Nitekim bu yönde bkz. **Reid**, Patrimony, s. 436) Buna karşılık söz konusu hisselerin ivazsız devredildiği kurguda menfaatler dengesinin büyük ölçüde sarsılacağını öngörmek güç değildir. Zira bu durumda (A)'nın yapabileceği tek şey sözleşmeyi ihlal eden (B)'ye

aykırı devrin ivazlı olması ancak elde edilen ikame değerini belirliliğini yitirdiği gerekçesiyle özel mal varlığı yapısının sağladığı korumadan yararlanamaması ihtimalidir. Özellikle, olayların genelinde olduğu gibi, devir karşılığında elde edilen ivazın bir miktar para olduğu (dolayısıyla inanılanın şahsi hesaplarıyla karışma riskinin yüksek olduğu) ihtimalde inanılanın hakkının bir aynı hak ya da nisbi hak olarak nitelendirilmesinin önemi göze çarpacaktır.¹⁵⁴¹

Bununla beraber, inananın ya da üçüncü kişi lehtarın hakkının bir aynı hak olarak nitelendirilmesinin bir hukuk politikası tercihi olduğu, diğer bir ifadeyle eldeki hukuki kurumun işlevini yerine getirebilmesi için temel bir zorunluluk olmadığı ifade edilmelidir.¹⁵⁴²

3.1.2. Teminat İşlevi

Hatırlanacağı üzere trustın varlık yönetimi veya miras planlaması gibi işlevlerinin yanında uygulamada yerine getirdiği düşünülen bir diğer işlev de trustın bir teminat

karşı tazminat talebi ileri sürmek olup, (A)'nın kural olarak üçüncü kişi ivazsız alıcıya karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı bulunmayacaktır. Oysaki trust yapısında (A)'nın bir aynı hakka (*equitable title*) sahip olduğu kabul edildiğinden, (A)'nın bu hakkını trust fonunu trustın kurucu belgesine aykırı bir şekilde edinen üçüncü kişilere karşı da kural olarak ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Zira lehtarın türev mülkiyet hakkını, sadece ivazlı ve iyi niyetli alıcılara karşı ileri süremeyeceği hatırlanacaktır. (bkz. yukarıda s. 282)(A)'nın üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği hiçbir talebinin bulunmadığına ilişkin kuralın istisnası daha önce de belirtildiği üzere, (C)'nin ahlaka aykırı bir fiille (A)'ya kasten zarar vermek istediğinin kanıtlanması, yani TBK m. 49/2 hükmünün devreye sokulmasıdır. (bkz. yukarıda dn. 1467.) Ancak bu durumda da üçüncü kişinin ifa kabileyeti önem kazanacaktır. Örneğin üçüncü kişinin müflis olması durumunda (A)'nın diğer alacaklılarla birlikte sıraya girmesi gerekecektir. Oysaki (A)'nın bir aynı hakkı bulunduğu kabul edildiğinde, üçüncü kişinin ifa gücü de (A)'nın hukuken korunması için önemini yitirmektedir. Bunun inananın/lehtarın sahip olduğu hakkın bir aynı hak olarak nitelendirilmesinin uygulamada yaratabileceği en önemli fark olduğuna dair bkz. Reid, *Patrimony*, s. 436. Benzer yönde bkz. Becker, s. 372.

¹⁵⁴¹ Becker, s. 375. Örneği şu şekilde değiştirelim: (B), söz konusu hisseleri 30.000 TL karşılığında satmış, ancak bu bedeli şahsi birikimlerinin de bulunduğu banka hesabına devretmiş olsun. Bu durumda inanç anlaşmasının devredilmesi sonucunda elde edilen ikame değer, karışma nedeniyle belirliliğini yitirmiş olur (Watter, s. 227). Dolayısıyla ne özel mal varlığı yapısı, ne de aynı ikame ilkesinin bu durumda (A)'nın menfaatlerini gereği gibi korumaz. Zira bu durumda belirlenebilir bir özel mal varlığı tespit edilemeyeceği için (A), (B)'nin iflası durumunda diğer tüm alacaklılarla birlikte sıraya girmek zorunda kalır. Buna karşılık lehtarın hakkının bir aynı hak kabul edildiği trust yapısında, özellikle hakkaniyet hukuku bağlamında geliştirilen özel *tracing* kuralları sayesinde karışma probleminin üstesinden geldiği hatırlanacaktır.

¹⁵⁴² Benzer yönde bkz. Verhagen, s. 494.

aracı olarak kullanılmasıdır.¹⁵⁴³ Bu doğrultuda trustın Türk hukuku bağlamında gerekli bir yapı olup olmadığı sorusunu yanıtlarken bu başlık altında incelenmeye çalışılacak olan hususlar, teminat işlevi bakımından trustın sağladığı, Türk hukukundaki benzer hukuki araçlarla yeri doldurulamayan avantajlarının bulunup bulunmadığının araştırılması ve varsa bu avantajların tespit edilmesidir. Bu incelemeye geçmeden önce, teminat hukukunun önemine ve bu alandaki hukuk reformlarının etkinlik potansiyeline ilişkin kısa bir değerlendirme yapılması yol gösterici olacaktır.

Bir ülkenin ekonomik gelişmişlik düzeyi ile bu ülkedeki teminat hukukunun sağlamlığı arasında organik bir bağ bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁴⁴ Zira gelişmiş ve güvenilir bir teminat hukuku sisteminin, kredi kuruluşlarının sisteme ve teminat araçlarına duydukları güvenin sağlam olması ve bu sayede kullanılan kredi hacminin artması ve maliyetinin azalması sonucunu doğurduğu düşünülmektedir. Bu nedenle finansmanın sermaye piyasası araçlarından ziyade geleneksel yöntemlerle, yani bankalardan alınan krediler sayesinde sağlandığı sistemlerde (örneğin Türkiye’de) teminat hukukunun öneminin daha da öne çıktığını söylemek mümkündür. Özellikle ekonomik kalkınma bağlamında hayati öneme sahip küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin ihtiyaç duydukları finansmana rahatça erişebilmeleri için modern hukuk sistemlerinde esnek ve güvenilir teminat araçlarına ihtiyaç duyulduğu ortadadır. Bu nedenle teminat hukukunun da günün şartlarına uygun ve ihtiyaçlara cevap veren, dinamik bir alan olarak görülmesi gerekmektedir. Kuşkusuz bu alanda yapılan değişiklikler, söz gelimi ihtiyaç duyulan birtakım esnek ve yeni hukuki araçların kabul edilmesi veya mevcut araçların modern ihtiyaçlara uygun hâle gelecek şekilde güncellenmesi, her yeni

¹⁵⁴³ **Hayton**, Commercial, s. 165 vd.; **Hayton/Kortmann/Verhagen**, Introduction, s. 6-7; **Underhill/Hayton**, s. 25 vd.; **Thomas/Hudson**, s. 1369; **Donovan Waters**, The Use of the Trust in Canada Today (bundan böyle ‘Canada’), Modern International Developments in Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, s. 113.

¹⁵⁴⁴ **Eva Maria Kieninger**, Introduction, Security Rights in Movable Property in European Private Law (ed. Eva Maria Kieninger), CUP, 2004, s. 7-8; **UNCITRAL Legislative Guide of Secured Transactions**, s. 1; **Louise Gullifer**, Introduction, Secured Transactions Law Reform (ed. Louise Gullifer/Orkun Akseli), Hart Publishing, 2016, s. 1.

yasal düzenleme gibi beraberinde birtakım maliyetler getirmektedir. Bununla birlikte yasama faaliyetinden ve uygulamadan kaynaklanan bu maliyetlerin, finansmana erişimin kolaylaştırılması sayesinde ülke ekonomisi içinde kısa sürede kompanse edileceği, bu nedenle en azından bu alanda yapılacak yeni düzenlemeler tartışılırken bunun her zaman göz önünde tutulması gerektiği şimdiden bir çekince olarak ortaya konmalıdır.¹⁵⁴⁵

Bilindiği üzere teminatlar bakımından yapılan en temel ayırım, aynı teminatlar ve şahsi teminatlar ayırımıdır. Teminat kavramının temelinde yatan borçlunun ödeme gücünü kısmen de olsa kaybetmesi riskinin şahsi teminatlarda kendini daha çok gösterdiği, bu nedenle aynı teminatların şahsi teminatlar karşısında daha avantajlı bir konuma sahip olduğu düşünülmektedir.¹⁵⁴⁶ Bu nedenle aynı teminatların ve özellikle teminat amaçlı devirlerin uygulamadaki öneminin git gide arttığını söylemek yanlış olmayacaktır. Aynı nitelikteki teminat araçlarını da genel olarak iki şekilde sınıflandırmak mümkündür. Bunlardan ilki aynı teminatın bir sınırlı aynı hak (söz gelimi taşınır ya da taşınmaz rehni) tesisi ile sağlanması, ikincisiyse mülkiyetin devri ya da saklı tutulması üzerinden teminatın kurulmasıdır.¹⁵⁴⁷ Bir hukuk sisteminde bu teminat sınıflarından birine veya ikisine de yer verilmesi mümkündür. Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere Türk hukukunda her iki tipte de teminat aracına rastlanmaktadır. Sınırlı aynı haklar Kanun'da sahip oldukları yer nedeniyle teminat araçlarının prototipini teşkil etmekte, teminaten temlik veya mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış ise *atipik* teminat araçları olarak nitelendirilmektedir.¹⁵⁴⁸

¹⁵⁴⁵ UNCITRAL Legislative Guide of Secured Transactions, s. 1-2.

¹⁵⁴⁶ Aschenbrenner, s. 2.

¹⁵⁴⁷ Öğretide, bu ayırma benzer yönde gerçek teminatlar (*true securities*) ve işlevsel teminatlar (*functional securities*) şeklinde bir ayırma da rastlandığı ifade edilmelidir. Bu doğrultuda taşınır rehni ve ipotek ilk başlık altında, buna karşılık mülkiyetin teminat amaçlı devri ikinci başlık altında değerlendirilmektedir. Bkz. Andrew Steven/Hamish Patrick, Reforming Secured Transactions Law in Scotland, Secured Transactions Law Reform (ed. Louise Gullifer/Orkun Akseli), Hart Publishing, 2016, s. 255-257.

¹⁵⁴⁸ Rona Serozan, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik (bundan böyle 'Armağan'), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta, 2. Tıpkı baskı, 2011, s. 1013.

Trust yapısının teminat işlevinin öne çıktığı hâllerden biri olan ve uygulamadaki önemini geçtiğimiz yıllarda git gide arttıran menkul kıymetleştirme (*securitization*) sürecinden çalışmanın ilk bölümünde kısaca bahsedildiği anımsanacaktır.¹⁵⁴⁹ Menkul kıymetleştirme, uygulamada genellikle kredi kuruluşlarının sahip oldukları kredi kartı alacakları veya konut kredisi alacakları gibi alacaklarını bir havuzda toplamak suretiyle teminat gösterdiği ve bu doğrultuda borçlanma senedi ihraç ettiği bir alternatif finansman yöntemi olarak tanımlanmaktadır.¹⁵⁵⁰ Söz konusu alacak havuzunun değişken yapısı ve bu teminat havuzunun ihraççının mal varlığından ayrı bir özel mal varlığı teşkil etmesi, menkul kıymetleştirme faaliyetinin temel yapı taşları arasında yer almaktadır. Bu doğrultuda Türk hukukunda kurulan varlık ve finansman fonlarının da trust yapısının özelliklerini taşıdığına altı bir kere daha çizilmelidir.¹⁵⁵¹ Dolayısıyla trustın teminat ve finansman işlevlerinin öne çıktığı bu alanda Türk hukukunda hâli hazırda birtakım adımların atılmış olduğunu söylemek mümkündür.

Menkul kıymetleştirme faaliyeti bağlamında trustın yerine getirdiği işlevlere çalışmanın üst bölümlerinde değinildiği için bu konuda daha fazla ayrıntıya girilmeyecek, aşağıda trust yapısının bir teminat aracı olarak öne çıkabileceği başka ihtimaller değerlendirilmeye çalışılacaktır.¹⁵⁵² Bunun için öncelikle taşınır, alacak hakları ve taşınmazlar bakımından mevcut hukuki düzende kullanılan

¹⁵⁴⁹ Bkz. yukarıda s. 107 vd.

¹⁵⁵⁰ Benzer tanımlar için bkz. **Akkayan Yıldırım**, s. 15-16.

¹⁵⁵¹ Krş. **Akkayan Yıldırım**, s. 12-13, dn. 20. Bkz. SerPK m. 58: “*Konut finansmanı fonu, ipoteğe dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, ipoteğe dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına; varlık finansmanı fonu, varlığa dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, varlığa dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülkiyet esaslarına göre fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği olmayan mal varlığıdır. (...) Bu maddede yer alan fonların mal varlığı, fon hesabına olması ve fon iç tüzüğünde hüküm bulunması şartıyla kredi almak, türev araç işlemleri, açığa satış işlemleri veya fon adına taraf olunan benzer nitelikteki işlemlerde bulunmak haricinde teminat gösterilemez ve rehnedilemez. Fonun mal varlığı, kurucunun, fonahizmet sağlayanların ve fon portföyüne alacaklarını veya varlıklarını devredenlerin mal varlığından ayırır. Fon mal varlığı, ipoteğe veya varlığa dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar; kurucunun, fona hizmet sağlayanların ve fon portföyüne alacak veya varlıklarını devredenlerin yönetiminin veya denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi hâlinde dahi başka bir amaçla tasarruf edilemez, kamu alacaklarının tahsili amacı da dâhil olmak üzere haczedilemez, ihtiyati tedbir konulamaz ve iflas masasına dâhil edilemez. (...)*”

¹⁵⁵² Bkz. yukarıda s. 107 vd.

teminat araçlarının varsa eksik kaldığı yönler araştırılacak ve bu eksikliklerin trust yapısı ile telafi edilip edilemeyeceği değerlendirilecektir. Ardından özellikle büyük ölçekli projelerin finansmanında söz konusu olan sendikasyon kredileri bağlamında, kredi alan tarafından sağlanan teminatların trust yapısı sayesinde bir teminat temsilcisine (*security agent*) devredilmesi hususu ve özellikle bu çerçevede karşımıza çıkan 'paralel sözleşme' kavramı Türk hukuku bakımından ele alınacaktır.

3.1.2.1. Rehin, Teminatın Temlik ve Trust Kurumlarının Karşılaştırılması

Trustın teminat işlevi dolayısıyla Türk hukukunda gerekli bir kurum olup olmadığına ilişkin incelemenin ilk ayağı, teminat aracının konusu dikkate alınarak yapılacak bir sınıflandırma esas alınarak yürütülmeye çalışılacaktır. Daha açık bir ifadeyle aşağıda trust kurumuna gerek duyulup duyulmadığı taşınırların, alacakların ve taşınmazların teminat gösterilmesi bakımından ayrı ayrı tartışılacaktır. Tercih edilen bu yöntemin arkasındaki temel sebep, Türk hukukunda devreye giren teminat kurumlarının ve kuralların teminat konusuna göre değişiklik göstermesi, dolayısıyla alternatif bir teminat aracına gerek bulunup bulunmadığının bu düzen dikkate alınarak incelenmesi gereğidir.

Bununla birlikte özellikle son yıllarda dünyada bu tür bir ayırımın terk edilmesi, teminatların şekilden ziyade içeriğine ve işlevine önem verilmesi ve bu doğrultuda (en azından taşınırlar bakımından) tek bir teminat türünün benimsenmesi yönünde bir eğilim (*unitary approach*) olduğu da ifade edilmelidir.¹⁵⁵³ ABD'de *Uniform Commercial Code*'un 9. bölümü¹⁵⁵⁴ ve Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası (*European Bank for Reconstruction and Development*) Teminat İşlemlerine İlişkin

¹⁵⁵³ Bkz. Michael Bridge, The Quistclose Trust in a World of Secured Transactions, Oxford Journal of Legal Studies, C. 12, 1992, s. 335; Steven/Hamish, s. 259.

¹⁵⁵⁴ Bridge, s. 335; Steven/Hamish, s. 259. Ayrıntılı bilgi için bkz. Harry C. Sigman, Security In Movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: A Basis For Comparison, Security Rights in Movable Property in European Private Law (ed. Eva Maria Kieninger), CUP, 2004, ss. 54-80.

Model Kanunu¹⁵⁵⁵ bu eğilimin örnekleri arasında gösterilebilir. Ancak teminat hukukunda tek tip teminat aracını esas alan ve yukarıda kısaca bahsi geçen güncel eğilimin avantajlarının ve dezavantajlarının bu çalışmanın kapsamı bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle aşağıdaki değerlendirmelerin temelde *de lege lata* teminat hukuku kuralları dikkat alınarak yapılacağı ifade edilmelidir.

3.1.2.1.1 Taşınırlar ve Alacaklar Bakımından

a. Taşınırlar

Taşınırları konu alan aynı teminatların prototipinin TMK m. 939 ve devamı hükümlerinde düzenlenen taşınır rehni olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte taşınır rehninin yanında mülkiyeti saklı tutma kaydı ve taşınırların teminatlen temliki de başvurulan *atipik* aynı teminatlar olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵⁵⁶

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış, TMK'nın taşınır mülkiyetine ilişkin kuralları arasında, 764. maddede şu şekilde hükme bağlanmıştır: "*Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralarının yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur./Hayvan satışlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılamaz.*"

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış, satıcının sattığı mal karşılığı olan bedel kendisine ödenene kadar mal üzerindeki mülkiyet hakkını alıcıya devretmediği, diğer bir deyişle söz konusu mülkiyet hakkının devrinin bedelin tamamen ödenmesi

¹⁵⁵⁵ Model Kanun'un giriş notunda ilk maddede şu ifade yer almaktadır: "Model Kanun, tüm haklar ve şeylere ilişkin tek tip teminat hakkı kavramı üzerine kuruludur. Geleneksel teminat araçları bağlamında karşımıza çıkan ayırım, söz gelimi taşınır rehni, alacak rehni veya ipotek gibi araçlar, tek bir teminat hakkında toplanmıştır." ("The Model Law is based on the idea of a single security right (a 'charge') in respect of all types of things and rights. The distinction between various traditional types of security rights, such as pledges of movables, pledges of rights, and mortgages is merged in one right.") Model Kanun'un tam metni için bkz. <https://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html> (son erişim tarihi 24.07.2019)

¹⁵⁵⁶ Serozan, Eşya, s. 343.

şartına bağlandığı bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁵⁵⁷ Satıcının, sözleşme gereği gibi ifa edilene kadar mülkiyeti saklı tutması uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve 'veresiye satış' olarak adlandırılan bu satış sözleşmesi bağlamında sağlayabildiği önemli bir teminat aracıdır. Taşınır rehninde teslim şartının beraberinde getirdiği dezavantajları aşmak için kullanılan¹⁵⁵⁸ mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesinin geçerliliği için şekil şartı ve tescil zorunluluğu öngörülmüştür.¹⁵⁵⁹ Bununla birlikte şekil ve tescil zorunluluğu bu teminat türünün uygulamada tercih edilirliliğini de önemli ölçüde azalttığı belirtilmelidir.¹⁵⁶⁰ Uygulamadaki bu durum ve söz konusu teminatın sadece belirli bir sözleşme türüne özgü yapısı¹⁵⁶¹ dikkate alındığında, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışın daha ayrıntılı bir incelemesine bu başlık altında gerek bulunmadığı ifade edilmelidir.¹⁵⁶²

Teminaten temlik sözleşmesine gelince; kanımca öncelikle bir hukuk sisteminde hâli hazırda pozitif bir düzenlemeye sahip aynı teminatların mevcut olmasına rağmen, bu tür bir isimsiz sözleşme yoluyla teminat tesis edilmesi yolunun tercih edilmesinin arkasındaki gerekçenin ne olduğu sorgulanmalıdır. Türk hukukuna

¹⁵⁵⁷ Benzer tanımlar için bkz. **Fahrettin Aral**, Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi (bundan böyle 'Mülkiyeti Muhafaza'), *AÜHFD*, C. 30, S. 1-4, 1973; **BSK ZGB II/Schwander**, Art. 715, N. 2; **Serozan**, Armağan, s. 988; **Müge Ürem Çetinel**, Eigentumsvorbehalt und andere Mobiliarsicherheiten, Mohr Siebek, 2018, s. 19. Bu şartın geciktirici mi yoksa bozucu şart mı olduğu yönünde tartışma bulunduğu ifade edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aral**, Mülkiyeti Muhafaza, s. 204-206; **Abu Ayanoglu Morali**, Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydının Anlamı ve Teminat Fonksiyonu (bundan böyle 'Mülkiyeti Saklı Tutma'), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, 2004, s. 413-415; **BSK ZGB II/Schwander**, Art. 715, N. 5; **Serozan**, Armağan, s. 990-993; **Sirmen**, s. 499-500; **Ürem Çetinel**, s. 21-24.

¹⁵⁵⁸ **BSK ZGB II/Schwander**, Art. 715, N. 2; **Serozan**, Armağan, s. 989.

¹⁵⁵⁹ **Aral**, Mülkiyeti Muhafaza, s. 207-208; **Ayanoglu Morali**, Mülkiyeti Saklı Tutma, s. 416-418; **Sirmen**, s. 500; **Ürem Çetinel**, s. 31 vd. Buna karşılık Alman hukukunda bu yönde bir şekil zorunluluğunun öngörülmediği ifade edilmelidir. Bkz. **Staudinger/Beckmann**, §449, Rn. 17; **Moritz Brinkmann**, The Peculiar Approach of German Law in the Field of Secured Transactions and Why it has Worked (So Far), Secured Transactions Law Reform (ed. Louise Gullifer/Orkun Akseli), Hart Publishing, 2016, s. 342; **Ürem Çetinel**, s. 31. Nitekim bu şekil şartı noksanlığı nedeniyle Almanya'da mülkiyeti saklı tutma kaydının bir teminat türü olarak sıklıkla kullanıldığı, hatta bedelin şeyin tesliminden sonra ödeneceğinin kararlaştırıldığı hemen hemen her satış sözleşmesinde bu kayda yer verildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Brinkmann**, s. 342.

¹⁵⁶⁰ **Serozan**, Armağan, s. 998.

¹⁵⁶¹ **Ayanoglu Morali**, Mülkiyeti Saklı Tutma, s. 411; **BSK ZGB II/Schwander**, Art. 715, N. 4.

¹⁵⁶² Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışa ilişkin ayrıntılı ve güncel karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. **Ürem Çetinel** (dn. 1559)

baktığımızda bu gerekçelerin başında bir sınırlı aynı hak olarak rehin hakkı tesis edildiğinde, bu rehinin özel yoldan paraya çevrilmesinin önünün kural olarak kapalı olması gelmektedir.¹⁵⁶³ Bu durumda rehin sözleşmesi konusu malın ederinin altında bir değer karşılığında paraya çevrilmesi riski dikkate alındığında, bunun ne alacaklının ne de borçlunun menfaatine olduğu görülmektedir. Bu nedenle zamanla bu dezavantajı bertaraf eden bir başka aynı teminat türü olan teminaten temlikin uygulamada yerini edindiğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte taşınır bakımından özel yoldan paraya çevirme yolunun kabul edilmesi gerektiğinin günümüzde birçok yazar tarafından savunulduğu dikkate alındığında,¹⁵⁶⁴ bir aynı teminat türü olarak taşınır rehininin ikinci plana atılmasının diğer sebebinin daha da önem kazandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebep ise taşınır rehinine ilişkin teslim şartıdır.¹⁵⁶⁵

Öğretide, *Corpus Juris Civilis*'de yerini bulamayan teminat amacıyla inanca temlik sözleşmesinin (*fiducia cum creditore*) 19. yüzyılda hukuk sahnesine yeniden bir giriş yapmasının arkasındaki belki de önemli sebebin taşınır rehinine ilişkin olarak getirilen teslim zorunluluğu olduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁶⁶ Diğer bir ifadeyle

¹⁵⁶³ Ayanoğlu Morali, s. 85; Güvenç, s. 28-30; Oktay Özdemir, s. 659; Özsunay, s. 141; Parlak Börü, s. 238-239; Şafak, s. 66. Taşınmazlar bakımında taşınmaz rehinin kurulması yerine taşınmazın teminaten temlik edilmesinin beraberinde getirdiği temel avantajın taşınmazın özel yoldan paraya çevrilebilmesi olduğu yönünde bkz. Güvenç, s. 96.

¹⁵⁶⁴ Bkz. Gökhan Antalya/Faruk Acar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, 2. bası, 2017, s. 145; Ali Eskiocak, Teslime Bağlı Taşınır Rehinde Alacaklının Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 140-143; İlhan Helvacı, Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria Yasağı (bundan böyle 'Lex'), Alfa Yayınevi, 1997, s. 125-126, 134; Makaracı Başak, s. 293-294; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 1028; Serozan, Eşya, s. 356; Şirmen, s. 675. Rehlin özel yoldan paraya çevrilmesine ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliği hususunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Makaracı Başak, s. 287 vd.

¹⁵⁶⁵ Eva Maria Kieninger, Introduction, Security Rights in Movable Property in European Private Law (ed. Eva Maria Kieninger), CUP, 2004, s. 9-10.

¹⁵⁶⁶ Ayanoğlu Morali, s. 79, 85; Brinkmann, s. 341; Güvenç, s. 28-30; Oktay Özdemir, s. 659; Parlak Börü, s. 237; Serozan, Armağan, s. 1002; Thévenoz, Réforme, s. 302; Wiegand, s. 544. Bu doğrultuda TMK m. 939'un emredici düzenlemesi anımsanacaktır. "*Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınır, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir. (...) Taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz.*" Zilyetliğin devrinin, rehin hakkının geçerliliği için bir şart olarak düşünülmesinin Roma hukukundan gelen bir kural olmadığı, bunun 19. yüzyıldaki düzenlemelerin bir ürünü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ayanoğlu Morali, s. 80; Thévenoz, Réforme, s. 302-303; Wiegand, s. 543; Zimmermann, s. 116. İsviçre

teslimli taşınır rehninin uygulamada duyulan kredi ihtiyacı karşısında gereken finansmanın sağlanması konusunda yetersiz kalmasının¹⁵⁶⁷ *hükmen teslimle* teminat amaçlı inançlı temlik sözleşmesinin kullanımının yaygınlaşmasının temel sebeplerinden bir diğeri olduğu düşünülmektedir.¹⁵⁶⁸ Bu doğrultuda teslimli taşınır rehninin beraberinde getirdiği dezavantajları bertaraf eden bu atipik teminat aracının uygulamadaki yerinin gittikçe sağlamlaşacağı düşünülürken, bu gelişmeye TMK m. 766 hükmüyle önemli bir sekte vurulduğu belirtilmelidir.¹⁵⁶⁹ İlgili hükümde hükmen teslimin taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmış olması hâlinde mülkiyetin nakli sonucunun doğmayacağı hükme bağlanmıştır.¹⁵⁷⁰

hukukunda 19. yüzyılda yaşanan bu yöndeki gelişmelere ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Dieter Zobl/Christopf Thurnherr**, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Band IV, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, Art. 884-887 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 34-35. Teslim şartının rehin kurumunun beraberinde getirdiği en önemli dezavantajlardan olduğu yönünde ayrıca bkz. UNCITRAL Legislative Guide of Secured Transactions, s. 44.

¹⁵⁶⁷ **Arschenbrenner**, s. 10; **Brinkmann**, s. 341; **Makaracı Başak**, s. 330; **Parlak Börü**, s. 237; **Şafak**, s. 23; **Ürem Çetinel**, s. 200.

¹⁵⁶⁸ **Arschenbrenner**, s. 18-19; **Brinkmann**, s. 341; **Ayanoğlu Moralı**, s. 79-80; **Oktay Özdemir**, s. 659. Aslında burada, bir üst bölümde yönetme amaçlı inançlı temlikte de incelendiği gibi, üçüncü kişi alacaklılar ve inananın menfaatlerinin çatıştığını ve bu doğrultuda yine ilkinin öncelik verildiğini söylemek mümkündür. Zira taşınır rehninde teslim şartının arkasındaki temel sebebin de, rehinli bir taşınırı elinde bulunduran borçlunun bu sayede yarattığı yanıltıcı ekonomik görüntünün üçüncü kişileri aldatma riskinin bertaraf edilmesi olduğu düşünülmektedir. Benzer yönde bkz. **Makaracı Başak**, s. 329. Öğretide, ekonomik görünüşten dolayı üçüncü kişi alacaklıların korunması yönünde yapılan hukuk politikası tercihinin ‘yanıltıcı servet öğretisi’ (*false wealth doctrine*) olarak da anıldığı görülmektedir. Bu tercihte bulunan hukuk sistemlerinin, ki bunların arasında Almanya ve İsviçre gibi *civil law* sistemleri de mevcuttur, trust kurumunu benimsemek konusunda da diğerlerine göre çok daha temkinli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Phillip R. Wood**, *Comparative Financial Law: A Classification of the World’s Jurisdictions, Making Commercial Law: Essays In Honour of Roy Goode* (ed. Ross Cranston), Clarendon Press, 1997, s. 37 vd.

¹⁵⁶⁹ **Ayanoğlu Moralı**, s. 83; **Oktay Özdemir**, s. 661, 672; **Serozan**, Armağan, s. 1005; **Serozan**, Eşya, s. 343; **Thévenoz/Dunand**, s. 318. Ayrıca bkz. **Wiegand**, s. 551-552, 565. **Özsunay**, taşınırın inançlı işlemle teminat amacıyla temlikinin ancak teslim veya teslim yerine geçen işlemlerle mümkün olduğunu, buna karşılık hükmen teslim yoluyla taşınırın teminaten temlik konusu yapılamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Özsunay**, s. 139. Krş. **Aschenbrenner**, s. 18-19. Alman hukukunda inançlı işlemler bakımından hükmen teslim yolunun kapalı olmadığı, bu nedenle uygulamada özellikle taşınırın konu alan teminaten temlik sözleşmelerinin sıkça akdedildiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Brinkmann**, s. 340-343; **Güvenç**, s. 53-54; **Serozan**, Eşya, s. 343; **Wiegand**, s. 553.

¹⁵⁷⁰ **Serozan**, bu hükmün teminaten temlik bakımından dar yorumlanması gerektiğini ve ancak somut bir dolandırma kastının kanıtlanabildiği hâllerde anlaşmanın geçersizliğine yol açmasının isabetli olacağını savunmaktadır. Bkz. **Serozan**, Armağan, s. 1003. Aynı yönde bkz. **Eskiöçak**, s. 16. Krş. **Başak Şit İmamoğlu**, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 5 (“*Taşınırın hükmen teslim yoluyla teminaten temliki*”

Teminat amacıyla yapılan bu devrin en azından dış ilişkide geçerli olmaması¹⁵⁷¹ (buna öğretide nisbi mülkiyet¹⁵⁷² veya nisbi etkisizlik¹⁵⁷³ denilmektedir), teminat veren kişinin iflası durumunda bu taşınırın da onun iflas masasına girmesi anlamına gelmektedir; ki bu olasılık dahi alacaklı tarafından söz konusu teminat yolunun tercih edilmemesi için yeterlidir.¹⁵⁷⁴ Bu doğrultuda, TMK m. 766 hükmü dikkate alındığında bugün teminaten temlik sözleşmesinin teslimli taşınır rehnine gerçek bir alternatif oluşturduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.¹⁵⁷⁵ Diğer bir deyişle taşınır rehninde teslim şartının beraberinde getirdiği sakıncaların giderilmesinde, hükmen teslim durumunda geçerliliğinin tartışmalı olduğu teminaten temlik kurumunun yetersiz kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak mülkiyet devrinin zilyetliğin devri veya hükmen teslim yoluyla yapılmasının büyük bir fark yaratmadığı emre ve hamiline yazılı kıymetli evrak bakımından teminat amaçlı temlik anlaşmasının uygulamadaki öneminin devam ettiğini söylemek mümkündür.¹⁵⁷⁶ Bu nedenle aşağıda teminat amacıyla temlik sözleşmesinin işleyişi kısaca incelenecektir.

Öncelikle yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesi bağlamında, bu işlemin hukuki yapısına ve işleyişine ilişkin olarak yapılan açıklamaların büyük ölçüde teminat amaçlı inançlı temlik açısından da geçerli olduğu ifade edilmelidir.¹⁵⁷⁷ Teminaten temlikte de hakların bir bütün olarak devri teorisi gereğince mülkiyet hakkı

taşınır rehninin teslim zorunluluğunu dolanmak amacıyla yapılır ve TMK m. 766 uyarınca geçersizdir.”)

¹⁵⁷¹ **Aydıncık**, s. 139; **Özkaya**, s. 52-53; **Ürem Çetinel**, s. 185-187; **Şafak**, s. 67; **Wiegand**, s. 552; **Zobl/Thurnherr**, s. 464-465. Eski Medeni Kanun döneminde bu şekilde yapılan bir mülkiyet naklinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği düzenlenmiş olmasına rağmen TMK m. 766'da bu yönde bir kısıtlama getirilmemiştir. Bununla birlikte madde gerekçesinde hükmün dilinin sadeleştirilmesi dışında bir değişiklik yapılmadığının ifade edilmesi, mülkiyet devrinin taraflar arasında geçerli olup olmadığı hususunun tartışmalı olmasına neden olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Parlak Börü**, s. 244-245, özellikle dn. 50.

¹⁵⁷² **Serozan**, Armağan, s. 1005.

¹⁵⁷³ **Oktay Özdemir**, s. 661; **Ürem Çetinel**, s. 186.

¹⁵⁷⁴ Benzer yönde **Thévenoz/Dunand**, s. 318.

¹⁵⁷⁵ **Eskiocak**, s. 14.

¹⁵⁷⁶ **Şafak**, s. 38; **Thévenoz**, Réforme, s. 304; **Thévenoz/Dunand**, s. 318. Benzer yönde bkz. **UNCITRAL Legislative Guide of Secured Transactions**, s. 45.

¹⁵⁷⁷ İnançlı işlemin yapısına ilişkin genel açıklamalar için bkz. yukarıda s. 443 vd.

devralana tamamen devredilmekte, mülkiyeti devralan kişi sözleşmede belirlenen şartın gerçekleşmesi (teminat amaçlı devirlerde bu şart, teminat altına alınan borcun ifa edilmesidir) durumunda mülkiyeti devretme borcu altına girmektedir. Kısacası yönetme amaçlı inançlı temlikte olduğu gibi burada da terazinin bir tarafının daha ağır bastığı, dengesiz bir yapının söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.¹⁵⁷⁸ Teminat olarak mülkiyeti devralan kişi bir mutlak hak olan mülkiyet hakkını kazanmakta, inançlı temlik eden kişi mülkiyetin kendisine iadesine ilişkin bir alacak hakkı sahibi olmaktadır.¹⁵⁷⁹

Yönetme amaçlı inançlı temlikte vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin doğrudan veya kıyasen bu ilişkiye uygulanacağı, bu doğrultuda dolaylı temsil ilişkisinde kanuni temlik ve çıkarma hakkına ilişkin TBK m. 509 hükmünün yönetme amaçlı inançlı işlemler bakımından uygulama bulacağına kabul edildiği anımsanacaktır.¹⁵⁸⁰ Bununla birlikte öğretide hâkim olduğu söylenebilecek olan görüşe göre teminat amaçlı inançlı işlemler bakımından bu sonuca varılması mümkün değildir.¹⁵⁸¹ Zira teminat amaçlı inançlı işlemler, yönetme amaçlı inançlı işlemlerin aksine bir vekalet akdi ya da vekalet benzeri iş görme sözleşmesi olarak değil; bir *sui generis* sözleşme olarak nitelendirilmektedir.¹⁵⁸² Bunun sebebi, vekalet sözleşmesinin ve yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesinin aksine teminat amaçlı inançlı temlikte öne çıkan inananın değil, inanılanın menfaatinin korunmasıdır.¹⁵⁸³ Bu nedenle eldeki *sui generis* sözleşmeye uygulanacak kuralların somut olayın niteliğine göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁷⁸ Thévenoz, Réforme, s. 302. Benzer yönde bkz. Oktay Özdemir, s. 663; Tandoğan, s. 548.

¹⁵⁷⁹ Teminat amacıyla temlik sözleşmesine ilişkin çeşitli tanımlamalar için bkz. Ayanoğlu Moralı, s. 78; Eskiocak, s. 15; Oktay Özdemir, s. 658, 662; Özsunay, s. 37.

¹⁵⁸⁰ TBK m. 509 hükmünün uygulanabilirliğine ve kapsamına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 464 vd.

¹⁵⁸¹ Bu yönde örneğin bkz. Ayanoğlu Moralı, s. 287; Fellmann, Art. 394, N. 64; Oktay Özdemir, s. 678-679; Raymond, s. 57; Thévenoz/Dunand, s. 334; Watter, s. 224; Zobl/Thurnherr, s. 486. Krş. Serozan/Baysal/Sanlı, s. 111; Tandoğan, s. 561.

¹⁵⁸² Aydıncık, s. 170; Güvenç, s. 151; Oktay Özdemir, s. 671, 676; Özsunay, s. 134; Parlak Börü, s. 258, 262; Şafak, s. 30; Thévenoz/Dunand, s. 334.

¹⁵⁸³ Ayanoğlu Moralı, s. 66; Fellmann, Art. 394, N. 64; Güvenç, s. 154; Oktay Özdemir, s. 678; Özsunay, s. 137; Şafak, s. 49.

¹⁵⁸⁴ Şafak, s. 30; Thévenoz/Dunand, s. 334. Krş. Gautschi, Art. 394, N. 15a.

Dolayısıyla teminat amaçlı inançlı temlik sözleşmesine yeri geldiğinde vekalet sözleşmesine ilişkin kuralların, yeri geldiğinde ise rehin sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁸⁵ Dolaylı temsil yetkisini içeren vekalet sözleşmesi bağlamında öngörülen TBK m. 509 hükmünün ise teminat amaçlı inançlı temlik sözleşmesinin doğasına ve yapısına uygun olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁵⁸⁶ Bu nedenle teminat amaçlı inançlı temlik bağlamında yukarıda kısaca incelenmeye çalışılan dezavantajlara bir yenisinin daha eklendiğini söylemek mümkündür.

Özetle, yönetme amaçlı inançlı temlikte inanan kişinin inanılanın iflası riski karşısında sınırlı da olsa bir korumaya sahip olduğunu, buna karşılık teminat amacıyla inançlı temlikte inananın bu sınırlı korumadan dahi mahrum olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla TMK m. 766 hükmü karşısında taşınırları konu alan teminaten temlik anlaşmasının uygulamasının önemli ölçüde daraldığı, istisnai durumlarda tercih edilen bu teminat aracının da bünyesinde birtakım hukuki sorunları bulundurduğu ortadadır. Bu nedenle taşınırları konu alan teminat araçları düşünüldüğünde ne taşınır rehininin ne de teminaten temlik sözleşmesinin kişilere ihtiyaç duydukları esnek ve güvenilir teminat aracını sağladığını söylemek mümkün gözükmemektedir.

Geçtiğimiz yıllarda teslimli rehinin inançlı temlik mekanizmasıyla da aşılamayan sorunlu yapısının, kanun koyucu tarafından bir başka yoldan ele alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Bilindiği üzere 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle taşınır rehininde teslim zorunluluğunu ortadan kaldıran bir 'taşınır sicili' sistemi devreye girmiştir.¹⁵⁸⁷ Kanun'un amacının öğretide artık çağdaşıktan uzak¹⁵⁸⁸ ve uygulamanın ihtiyacına cevap vermekten

¹⁵⁸⁵ Aydınçık, s. 171.

¹⁵⁸⁶ Thévenoz/Dunand, s. 334.

¹⁵⁸⁷ Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce de belirli taşınır mallar için sicilli rehin sisteminin söz konusu olduğu ifade edilmelidir. Hayvan rehni, motorlu araç rehni, ticari işletme rehni ve geni ipotegi bunların başında gelmektedir. Bkz. Eskiocak, s. 29-37; Şit İmamoğlu, s. 6.

¹⁵⁸⁸ Serozan, Armağan, s. 1003.

aciz olarak nitelendirilen¹⁵⁸⁹ teslimli taşınır rehni yerine teslimsiz taşınır rehninin kullanımının yaygınlaştırılması ve bu sayede özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler için finansmana erişimin kolaylaştırılması olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁹⁰ Bunun yanı sıra söz konusu Kanun ile rehnin paraya çevrilmesi bağlamında alternatif yolların da mümkün kılınması, bu düzenlemenin taşınır rehni karşısındaki bir diğer avantajlı yönünü teşkil etmektedir.¹⁵⁹¹ Dolayısıyla taşınır rehninde inançlı temlikle aşılamayan teslim engelinin, bir başka yoldan aşıldığını söylemek mümkündür. Bu nedenle en azından söz konusu Kanun'un kapsamına giren taşınırlar bakımından inançlı temlikin yapısının güncellenmesine veya trust kurumunun benimsenmesine duyulan ihtiyacın da önemli ölçüde azaldığı belirtilmelidir.¹⁵⁹²

b. Alacak Hakları

Tıpkı taşınırlarda olduğu gibi, alacak hakları bakımından da iki farklı teminat türüyle karşılaşılmaktadır. Bunlardan ilki alacak rehni, ikincisi ise alacağın teminaten temlik edilmesidir. Alacak rehni, TMK m. 954 ve devamı hükümlerinde

¹⁵⁸⁹ Benzer yönde bkz. **Gökhan Antalya/Faruk Acar**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, 2. bası, 2017, s. 2; **Mehmet Ali Aksoy**, Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Ticari İşletme Rehni İle Karşılaştırılması Olarak Değerlendirilmesi (bundan böyle 'Rehin'), Ankara Barosu Dergisi, C. 76, S. 1, 2018, s. 56.

¹⁵⁹⁰ 6750 sayılı Kanun'un amaç ve kapsam başlıklı 1. Maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "*Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır.*" Ayrıca bkz. 6750 sayılı Kanun'un genel gerekçesi (<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0753.pdf>, son erişim tarihi 22.07.2019).

¹⁵⁹¹ **Antalya/Acar**, s. 5. Bkz. 6750 sayılı Kanun m. 14. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksoy**, Rehin, s. 84; **Antalya/Acar**, s. 145 vd.; **Hakan Hasırcı**, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. 33, 2017, s. 216 vd.; **İdil Tuncer Kazancı**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, s. 75 vd. Hükmün eleştirisi için bkz. **Celal Göle/Gökhan Aydoğan**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. 33, 2017, s. 44 vd.; **M. Turgut Öz**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (bundan böyle 'Taşınır Rehni'), Prof. dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, s. 175 vd.

¹⁵⁹² Bkz. 6750 sayılı Kanun m. 1 ve m. 5. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Antalya/Acar**, s. 66 vd.; **Göle/Aydoğan**, s. 23 vd.; **Hasırcı**, s. 210 vd.; **Öz**, Taşınır Rehni, s. 152 vd.

düzenlenmiştir.¹⁵⁹³ Buna göre “*Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehedilebilir.*” Buna karşılık alacağın teminaten devri kurumu, taşınırın ve taşınmazların inançlı işlemle devrinde olduğu gibi pozitif bir düzenlemeye sahip olmayıp öğreti ve içtihat hukuku doğrultusunda gelişmiş bir teminat aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alacağın teminat amacıyla devri sayesinde cebri icra yoluyla paraya çevirme zorunluluğunun ve rehin hakkının feriliğinin beraberinde getirdiği zorlukların bertaraf edilebilmesi,¹⁵⁹⁴ alacağın teminaten devrinin alacak rehni karşısında tercih edilmesinin temel sebepleri olarak gösterilmektedir.¹⁵⁹⁵ Bu nedenle alacağın teminaten temlikinin uygulamada gittikçe önem kazanan bir teminat aracı olduğu, hatta alacak rehninin yerini aldığı ifade edilmektedir.¹⁵⁹⁶ Bunun yanı sıra

¹⁵⁹³ Alacak rehninin hukuki niteliğinin öğretide tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Buna ilişkin olarak bkz. **Seda İrem Çakırca**, *Adi Alacakların Rehni*, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 18-20; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1051; **Lale Sirmen**, *Alacak Rehni* (bundan böyle ‘Alacak Rehni’), *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 1990, s. 5 vd.; **Ebru Şensöz/Arif Barış Özbilen/Burcu Savaş**, *Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı*, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 4, S. 8, 2005, s. 235 vd.

¹⁵⁹⁴ Alacağın teminaten temlikinin ferî değil, asli bir teminat aracı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Hüseyin Can Aksoy**, *Sendikasyon Kredisi Alacaklılarının Ferî Teminatlarla Güvence Altına Alınması*, *On İki Levha*, 2019, s. 58; **Şafak**, s. 128-129; **Wiegand**, s. 561; **Zobl/Thurnherr**, s. 451-454.

¹⁵⁹⁵ Bkz. **Fahrettin Aral**, *Topyekün Temlik*, *AÜHFD*, C. 42, S. 1-4, 1991, s. 98; **Aydıncık**, s. 140; **Saibe Oktay Özdemir**, *Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri* (bundan böyle ‘Alacak Devri’), *İÜHFM*, C. LVII, S. 1-2, 1999, s. 267; **Şafak**, s. 67; **Thévenoz**, *Réforme*, s. 306-307. Alacağın temlikinin, alacak rehnine kıyasla uygulamada daha güçlü bir yer edinmesinin temel sebebinin, alacağın temlikî durumunda verilen teminatın ferî nitelikte olmaması olduğu ifade edilmektedir. Böylece alacağın temlikî durumunda, teminatın ana alacağın geçerliliği veya ifasından bağımsız bir şekilde geçerliliğini koruyacağı, ayrıca ana alacaktan bağımsız bir şekilde devredilebileceği kabul edildiğinden, bunun alacak rehnine kıyasla daha tercih edilebilir bir teminat aracı olarak karşımıza çıktığı ifade edilmektedir. Bkz. **Thévenoz/Dunand**, s. 318-319; **Wiegand**, s. 561.

¹⁵⁹⁶ **Oktay Özdemir**, *Alacak Devri*, s. 266; **Thévenoz**, *Réforme*, s. 306. Alacağın teminaten temlikinin İsviçre uygulamasında sık kullanılan bir teminat aracı olduğu yönünde ayrıca bkz. **Wiegand**, s. 560. Alacak rehninin ise özellikle kıymetli evraka bağlı alacakların teminat olarak gösterilmesi ve mevduat rehni bağlamında öne çıkan bir teminat aracı olduğunu söylemek mümkündür. **TMK m. 956** uyarınca “*Hamile yazılı senetlerin rehni için senetlerin rehni alacaklısına teslimi yeterlidir./ Diğer kaymetli evrakan rehni için senedin ciro edilmiş veya yazılı devir beyanı yapılmış olarak teslimi gerekir.*” Bu doğrultuda hamiline yazılı senetlerde senedin zilyetliğinin devri, emre yazılı senetlerde rehin ciroyu yapıldıktan sonra senedin zilyetliğinin devri ve nama yazılı senetlerde yazılı devir beyanı ile birlikte senedin zilyetliğinin devriyle kıymetli evraka bağlı alacak hakkı üzerinde rehin hakkı geçerli olarak tesis edilmiş olmaktadır. Bkz.

uygulamada en sık karşılaşılan teminaten temlik sözleşmelerinin de alacak haklarını konu aldığı ifade edilmektedir.¹⁵⁹⁷

Uygulamada alacak hakkının teminaten devrinin sıkça karşılaşıldığı bir örnek, borçlunun mevcut ve müstakbel alacaklarının tamamının bir alacağın temlik sözleşmesine konu olmasıdır. Bu işlem öğretide toptan ya da topyekün temlik (*Globalzession*) olarak adlandırılmaktadır.¹⁵⁹⁸ Toptan temlikin kural olarak geçerli kabul edilmesi, aynı haklar bakımından kabul edilen ve taşınırın ya da taşınmazların konu oldukları inançlı devirlerde de karşımıza çıkan belirlilik ilkesinin sınırlarının esnetilmesi sayesinde mümkün olmuştur. Kuşkusuz mevcut ve özellikle ileride doğacak tüm alacakların temlikinin geçerli kabul edilebilmesi ancak bunların en azından bir derece belirlenebilir olması durumunda mümkündür; aksi takdirde kişinin ileride doğacak tüm ilişkilerinden kaynaklanan alacaklarının, borçlunun kim olduğu veya alacağın miktarı belirli olmaksızın devredilmesinin kişinin ekonomik özgürlüğünü kaldıran, dolayısıyla kişilik haklarına aykırı ve bu nedenle TBK m. 27 uyarınca geçersiz bir sözleşme olduğunun kabul edilmesi gerekir.¹⁵⁹⁹

Nomer/Ergüne, s. 297; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 1053; **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 60. Anonim şirket paylarının rehnine gelince, bu rehin hakkının hukuki niteliği konusunda öğretide görüş ayrılığı olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre anonim şirket paylarının devri taşınır rehni olarak nitelendirilmeli; bir diğer görüşe göre ise burada bir hak rehni olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **Mehmet Serkan Ergüne**, Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehni Kurulması (bundan böyle 'Rehin'), *İÜHF*, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 741; **Nomer/Ergüne**, s. 297; **Sirmen**, s. 57. Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Damla Keskin**, Yediemin Sözleşmesi Yoluyla Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehni Kurulması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 54 vd. Rehni ciro su kavramına ilişkin olarak bkz. **Sirmen**, Alacak Rehni, s. 63-66. Mevduat rehnine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Fahri Can Doğan**, Bankacılık Uygulamasında Mevduat Rehni, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

¹⁵⁹⁷ **Oktay Özdemir**, Alacak Devri, s. 266; **Şafak**, s. 65; **Thévenoz/Dunand**, s. 318. Benzer yönde bkz. **Aydıncık**, s. 138.

¹⁵⁹⁸ **Aral**, s. 96; **Aydıncık**, s. 146; **Oktay Özdemir**, Alacak Devri, s. 285; **Şafak**, s. 88; **Zobl/Thurnherr**, s. 547.

¹⁵⁹⁹ **Aral**, s. 123; **Aydıncık**, s. 146; **Oktay Özdemir**, Alacak Devri, s. 287; **Şafak**, s. 89; **Thévenoz, Réforme**, s. 308; **Zobl/Thurnherr**, s. 549. Dolayısıyla gelecekteki alacaklara ilişkin toptan temlik anlaşmasının geçerli olabilmesi için iki aşamalı bir belirliliğin sağlanması gerekmektedir. Bunlardan ilki, gelecekte doğacak alacağın temelinde yatan hukuki ilişkinin ve bu alacağın borçlusunun

Alacakların teminaten temlik durumunda karşılaşılan temel sorunlar yine daha önce de üzerinde durulan, inançlı işlemin yapısında içkin teknik sorunlardır. Bunlar teminaten devredilen alacağın üçüncü bir kişiye devri hâlinde teminat verenin durumuna ve teminaten devralan inanılan kişinin iflası durumunda alacak hakkının akıbetine ilişkindir. Tıpkı mülkiyetin teminaten devrinde olduğu gibi, alacağın teminaten temlik hâlinde de alacağı devralan kişinin bu alacak hakkı üzerinde tam bir hak sahipliğini kazandığı kabul edilmektedir.¹⁶⁰⁰ Dolayısıyla bu kişinin, inanan ile arasındaki sözleşmeye aykırı olarak alacağı üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda bu devrin kural olarak geçerli olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁰¹ Bir diğer önemli sorun ise alacağı devralan kişinin iflası durumunda bu alacak hakkının da iflas masasına dahil olması ve yönetme amaçlı inançlı temlik sözleşmesi bakımından TBK m. 509 hükmüyle sağlanan sınırlı korumanın kapılarının dahi teminaten temlik için kapalı olmasıdır.¹⁶⁰² Bu nedenle bahsi geçen bu iki ihtimal için bir trust yapısının öngörülmesinin bir anlam ifadeceğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte uygulamada alacağın teminaten devrinin özellikle bankacılık uygulamasında kullanılan bir teminat aracı olarak öne çıkmasının bu iki sorunun ağırlığını görece azalttığı da itiraf edilmelidir.

3.1.2.1.2. Taşınmazlar Bakımından

Taşınmaz rehni TMK m. 850 ve devamı hükümlerinde düzenlenen ve ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilen bir sınırlı ayni haktır. Bilindiği üzere, uygulamada en sık karşılaşılan taşınmaz rehni türü olan ipotek, kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını taşıyan, ferî bir teminat aracıdır. Buna karşılık uygulamada taşınmazın değerinin tedavül etmesini sağlayan irat

belirlenebilir olması, ikincisiyse bu alacağın miktarının belirlenebilir olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 124 vd.; Aydınçık, s. 147; Oktay Özdemir, Alacak Devri, s. 285 vd.; Şafak, s. 89; Zobl/Thurnher, s. 555 vd.

¹⁶⁰⁰ Oktay Özdemir, Alacak Devri, s. 270; Şafak, s. 69.

¹⁶⁰¹ Aydınçık, s. 140; Şafak, s. 68.

¹⁶⁰² Aydınçık, s. 141; Oktay Özdemir, Alacak Devri, s. 268; Şafak, s. 69, 199.

senesine¹⁶⁰³ veya bununla birlikte aynı zamanda kişisel bir alacağın teminat alınması amacını da taşıyan ipotekli borç senesine¹⁶⁰⁴ pek rastlanmadığı ifade edilmektedir.¹⁶⁰⁵ Kanımca uygulamada bu taşınmaz rehni türlerinin rağbet görmemesinin sebebi hukuki muhafazakarlık olabileceği gibi, ipotekli borç senedi veya irat senedi ile taşınmaz rehni kurulabilmesi için alacaklıya bu kıymetli evrak sayesinde sağlanacak alacağın belirli olması şartının ekonomik ihtiyaçlarla uyumsuzluğu da olabilir.¹⁶⁰⁶ Zira alacağın belirli olması şartı nedeniyle söz gelimi cari hesaplar ya da rotatif krediler bakımından bu teminat türünün tercih edilmesi mümkün değildir.

İpotekli borç senedinin ve irat senedinin uygulamada önemli bir yer edinmemesi neticesinde, bir başka asli teminat türü olan taşınmazların teminaten temlikinin öne çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hatırlanacağı üzere hükmen teslim ilişkisi TMK m. 766 hükmü nedeniyle uygulamada taşınırları konu alan teminaten temlik sözleşmelerine hemen hemen hiç rastlanmamasına rağmen, taşınmazları konu alan teminaten temlik anlaşmaları bakımından aynı yorumu yapmak mümkün değildir. Zira Türk hukukunda, İsviçre uygulamasının aksine,¹⁶⁰⁷ taşınmazları konu alan inançlı temlik sözleşmeleriyle sıkça karşılaşılmaktadır.¹⁶⁰⁸ Öyle ki Yargıtay'ın inançlı temlik konusunda verdiği kararların büyük bir kısmının taşınmazların

¹⁶⁰³ Bkz. TMK m. 903. Ayrıca bkz. Faruk Acar, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Turhan Kitapevi, 2008, s. 63; Sümer Altay/Ali Eskiocak, *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni*, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 301; İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 25 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 900; Rona Serozan, *Taşınmaz Rehni (bundan böyle 'Taşınmaz')*, İÜHF, C. LXIV, S. 2, 2006, s. 306; Sirmen, s. 581.

¹⁶⁰⁴ Bkz. TMK m. 898. Ayrıca bkz. Acar, s. 58-59; Altay/Eskiocak, s. 299; Helvacı, s. 21 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 901; Serozan, *Taşınmaz*, s. 306; Sirmen, s. 581.

¹⁶⁰⁵ Altay/Eskiocak, s. 298; Ayanoğlu Morali, s. 84; Oktay Özdemir, s. 664. Nitekim ipotekli borç senedi veya irat senedinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin hemen hemen hiç mahkeme kararının da bulunmadığı belirtilmelidir. Bu nedenle ipotek hakkının taşınmaz rehni'nin 'paradigması' olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Serozan, *Taşınmaz*, s. 305. Benzer yönde bkz. Acar, s. 57.

¹⁶⁰⁶ Helvacı, s. 22-23, 25; Serozan, *Taşınmaz*, s. 307.

¹⁶⁰⁷ Thévenoz, Réforme, s. 304; Thévenoz/Dunand, s. 317. Almanya uygulaması bakımından benzer yönde bkz. Aschenbrenner, s. 22-23.

¹⁶⁰⁸ Güvenc, s. 20. Uygulamadaki bu farklılığın olası sebeplerine ilişkin olarak bkz. Ayanoğlu Morali, s. 83-84; Oktay Özdemir, s. 664; Parlak Börü, s. 257.

teminaten temlikinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında olduğunu söylemek mümkündür.

Öğretide ve mahkeme kararlarında taşınmazları konu alan teminaten temlik anlaşmalarının şekle aykırılık veya muvazaa nedeniyle geçersizliği hususunun uzun süre tartışıldığı görülmektedir.¹⁶⁰⁹ Bununla birlikte Yargıtay'ın bu konudaki tutumunun ekonomik hayatın gereklerine paralel bir şekilde olumlu ve istikrarlı olduğu ifade edilmelidir.¹⁶¹⁰ Yüksek Mahkeme teminat amaçlı temlik sözleşmesinin taşınmazlar bakımından resmi şekilde yapılmasını aramamakta¹⁶¹¹ ve tapu sicilinde satış sözleşmesi olarak gösterilen bu anlaşmaların sadece bu nedenden dolayı muvazaalı olduğunu kabul etmemektedir.¹⁶¹² Ayrıca teminaten temlik sözleşmesinin kural olarak *lex commissoria* yasağına takılmadığı da ifade edilmektedir.¹⁶¹³ Dolayısıyla taşınırın aksine taşınmazlarda teminat amaçlı inanca temlikin mevcut diğer teminat yollarına göre bir avantaja sahip olduğunu, bu nedenle uygulamada bu tür yapılarla görece sık karşılaşıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte maalesef taşınmazların teminaten temliki bağlamında dile getirilen hukuki sorunlar inanca anlaşmasının şekil, muvazaa veya *lex commissoria* yasağı yüzünden geçersiz olup olmadığıyla sınırlı değildir. Öncelikle taşınmazını bir kimseye teminaten devreden kişinin bu taşınmazın sahip olduğu tabiri caizse teminat gücünü de tükettiğini söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz rehninin aksine taşınmazın teminaten temlikinde bu teminat sadece ilk alacaklıya

¹⁶⁰⁹ Ayanoglu Morali, s. 185 vd.; Güvenç, s. 129 vd.; Parlak Börü, s. 259; Şafak, s. 39 vd. Alman hukukunda benzer yönde bkz. Aschenbrenner, s. 12 vd.

¹⁶¹⁰ Parlak Börü, s. 259.

¹⁶¹¹ Güvenç, s. 134, 137; Parlak Börü, s. 260; Şafak, s. 40. Bu yönde örneğin YİBGK, E. 1945/20, K. 1947/6, T. 5.2.1947; 14. HD, E. 2003/8686, K. 2004/1141; T. 24.2.2004; YHGK, E. 2000/2-888, K. 2000, 885, T. 17.05.2000; 1. HD, E. 2012/2258; K. 2012/4778, T. 30.5.2012.

¹⁶¹² Güvenç, s. 148, dn. 86; Oktay Özdemir, s. 670; Şafak, s. 40. Bu tutumun eleştirisi için bkz. Şafak, s. 40.

¹⁶¹³ Güvenç, s. 97-98; Oktay Özdemir, s. 670; Özsunay, s. 139 vd.; Parlak Börü, s. 263 vd.; Serozan, Armağan, s. 1004; Şafak, s. 40-41. İnançlı devirler bakımından *lex commissoria* yasağına dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Helvacı, Lex, s. 107 vd.

verilebilmektedir; zira teminatın verilebilmesi için taşınmazın bu kişiye devri gerekmektedir.¹⁶¹⁴ Bu devir bir kere gerçekleştikten sonra inanan, yani teminat veren kişinin elinde eşya üzerinde bir hak değil, ancak bir alacak hakkı kalmaktadır. Bu alacak hakkının içinde barındırdığı teminat gücününse bir hayli düşük olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu çalışmanın konusu bakımından belki de en çok önem arz eden sorun ise, yönetme amaçlı inançlı işlem bağlamında da incelendiği üzere, inanç konusu şeyin üçüncü bir kişiye devri veya inanılanın iflası durumunda inananın sahip olduğu hukuki korumanın kapsamına ilişkindir.¹⁶¹⁵ Bir önceki başlıkta incelendiği üzere Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen hakların bir bütün olarak devri teorisi bağlamında, inanç anlaşmasının konusunu oluşturan şeyin mülkiyeti, inanç anlaşması konusu şeyi devralan kişinin mal varlığına girmektedir. Dolayısıyla inanç konusunu oluşturan mal varlığı unsuru bu kişinin ölümü hâlinde terekesine, iflası hâlinde ise iflas masasına dahil olmaktadır. Kısacası teminaten temlik yapıldıktan sonra inanılanın iflası durumunda teminat veren inananın sahip olduğu hukuki korumanın sınırlı olduğu hatırlanacaktır.¹⁶¹⁶ Benzer yönde, inanılan kişinin inanç anlaşmasını ihlal ederek bu malın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda da inananın hukuki imkânlarının inanılana karşı ileri sürebileceği tazminat talebiyle sınırlı olduğu ifade edilmelidir.¹⁶¹⁷ Yine bir üst başlık altında

¹⁶¹⁴ Aschenbrenner, s. 3; Brinkmann, s. 346; Güvenç, s. 96. Söz konusu teminatın tabiri caizse bu teknelci ya da ayrıcalıklı özelliğinin inançlı temlikin avantajlarından ve teminat alan açısından tercih edilme nedenlerinden biri olduğu yönünde bkz. François Barrière, La Fiducie-Sûreté en Droit Français (bundan böyle 'Sûreté'), McGill Law Journal, C. 58, S. 4, 2013, s. 873.

¹⁶¹⁵ Nitekim teminaten devredilen alacağın ya da şeyin, devralanın iflası durumunda iflas masasına girmesinin ve devreden kişiye bir çıkarma hakkı verilmemesinin teminaten temlik sözleşmesinin en zayıf noktasını oluşturduğu ve bu kurumun uygulamadaki önemini azalttığı ifade edilmektedir. Bkz. Oktay Özdemir, s. 660; Thévenoz, Réforme, s. 304. Alman hukukunda ise teminat verenin konumunun, Türk-İsviçre hukukuna göre daha üstün bir hukuki korumaya sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira Alman hukukunda öğretiler ve mahkeme kararlarında, teminat verenin Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 771. maddesi uyarınca istihkak davası (Drittwiderspruchsklage) açabileceği veya Alman İflas Kanunu'nun (InsO) 47. maddesi doğrultusunda teminat alanın iflası durumunda aralarındaki inançlı temlik sözleşmesini ileri sürerek inanç konusu şeyi masadan ayırabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Aschenbrenner, s. 20.

¹⁶¹⁶ Ürem Çetinel, s. 197. Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 461 vd.

¹⁶¹⁷ Güvenç, s. 167; Tandoğan, s. 551.

yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere TBK m. 509 hükmünün (doğrudan veya kıyasen) uygulanması sonucunda taşınırlar ve alacakları bakımından bir ayırma hakkının mevcut olduğu, bununla birlikte inanç konusunun bir taşınmaz olması durumunda, ne yönetme amaçlı inançlı temlikte ne de teminaten temlikte inanan kişiye sunulan bir hukuki korumanın söz konusu olduğu kabul edilmektedir.

Türk hukukunda taşınmazların teminat gösterilmesi bağlamında trustın gerekli bir kurum olup olmadığı sorusunun sağlıklı bir şekilde yanıtlanabilmesi için, ipotek ve taşınmazların teminaten temlikinin beraberinde getirdiği hukuki sorunların doğru tespit edilebilmesi şarttır. Öncelikle ipotek ve taşınmazların teminaten temlik yapıları karşılaştırıldığında, teminat alanın (yani alacaklının) iki durumda sahip olduğu maddi hukuka ilişkin korumanın birbirinden önemli ölçüde *farklılaşmadığı* ifade edilmelidir.¹⁶¹⁸ Kuşkusuz teminaten temlik durumunda alacaklı bir mülkiyet hakkına sahip olmakta, buna karşılık ipotekte bir sınırlı ayni hak kazanmaktadır. Ancak bu farkın pratik anlamda düşünüldüğü kadar önemli bir yansıması olmadığı ifade edilmelidir.¹⁶¹⁹ Zira iki durumda da alacaklı, borçlunun iflası durumunda diğer alacaklılara kıyasla ayrıcalıklı bir konuma sahip olmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, teminaten temlikte söz konusu taşınmaz zaten borçlunun mal varlığında bulunmadığı için bu teminat türünün borçlunun ödeme güçsüzlüğü ya da iflası riskinden aridir.¹⁶²⁰ Buna karşılık ipotekte aynı koruma seviyesi İİK m. 185 ve m. 206 hükümleri üzerinden sağlanmaktadır.¹⁶²¹

İki kurumun ayrıştığı esas nokta, borcun ödenmemesi durumunda taşınmazın paraya çevrilmesinde izlenmesi gereken usul bakımından karşımıza çıkmaktadır. Zira ipotekte borcun ifa edilmemesi durumunda rehni paraya çevrilmesi yolunun takip edilmesi gerekirken,¹⁶²² teminaten temlikte özel yoldan satışın mümkün olması bu kurumun taşınmaz rehni karşısında tercih edilmesinin en önemli sebebi

¹⁶¹⁸ Aschenbrenner, s. 2-3; Güvenç, s. 95.

¹⁶¹⁹ Güvenç, s. 95.

¹⁶²⁰ Benzer yönde bkz. Güvenç, s. 95.

¹⁶²¹ Güvenç, s. 92-93.

¹⁶²² Bkz. Helvacı, Lex, s. 126-127, dn. 353.

olarak gösterilmektedir.¹⁶²³ Öte yandan, inançlı temlik sözleşmesinin beraberinde getirdiği inanılanın sözleşmeye aykırı devir yapma veya iflası riski taşınmaz rehlinde söz konusu değildir. Dolayısıyla eldeki iki kurumdan birinin bahsedilen dezavantajlı durumunun törpülenmesi, taşınmazları konu alan teminatların güçlendirilmesi bakımından makul bir çözüm yolu olarak gözükmektedir. Diğer bir deyişle ya ipotekte tarafların anlaşması durumunda özel yoldan paraya çevirme yolunun açılması, ya da inançlı temlik sözleşmesinin tapu siciline kaydedilmesiyle üçüncü kişilerin iyi niyetli kazanımlarının önüne geçilmesi¹⁶²⁴ ve teminat konusu mal varlığının ayrı bir mal varlığı teşkil ettiğinin kabul edilmesiyle inanılanın iflası riskinin bertaraf edilmesi yoluyla¹⁶²⁵ taşınmazları konu alan teminat araçlarından birinin işlerliğinin artacağını öngörmek mümkündür. Bu durumda da kanımca ayrıca bir trust yapısının benimsenmesine gerek bulunmamaktadır.

3.1.2.1.3. Değerlendirme

Özetle şahsi teminatlara kıyasla daha güvenilir olduğu kabul edilen aynı teminatlar bakımından şu çıkarımların yapılması mümkündür:

- Aynı teminatların prototipi olan rehin, hem taşınır ve alacak hakları, hem de taşınmazlar bakımından başta TMK'nın ilgili hükümleri olmak üzere yasal düzenlemeye sahip, güvenilir bir teminat aracıdır. Bununla birlikte bu teminat aracının beraberinde getirdiği birtakım eksikliklerin uygulamada zaman içinde bazı atipik teminat yollarının benimsenmesiyle giderilmeye çalışıldığı görülmüştür. Bu atipik aynı teminatların başında teminaten temlik kurumu gelmektedir.

- Teminaten temlik, taşınır ve alacak hakları açısından en başta özellikle teslim şartının bertaraf edilmesi amacıyla uygulamadaki yerini edinmiştir. Bununla birlikte TMK m. 766'da yer alan emredici düzenleme neticesinde taşınır ve alacak hakları konu alan teminaten temlik sözleşmelerinin iktisadi işlevi hemen hemen ortadan kalkmıştır. 2017 yılında

¹⁶²³ Güvenç, s. 160-161.

¹⁶²⁴ Güvenç, s. 179; Oktay Özdemir, s. 667, dn. 32.

¹⁶²⁵ Güvenç, s. 179.

yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu sayesinde taşınır rehнинin teslim şartının bu Kanun'un kapsamına giren işlemler bakımından kaldırılmış olduğu, bu nedenle ilgili Kanun kendi içinde birtakım hukuki sorunları barındırsa da, bu gelişmenin olumlu karşılanması gerektiği ifade edilmelidir. Dolayısıyla kanımca trust kurumunun taşınırları konu alan teminat araçları karşısındaki katkısının sınırlı olduğu kabul edilmelidir.

- Alacak hakları bakımından da benzer bir sonuca varılması mümkündür. Alacağın teminaten temlik uygulamasında sıkça karşılaşılan bir teminat aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yönetim amaçlı inanca temlik sözleşmesinin aksine teminat amaçlı inanca temlik bakımından TBK m. 509'da düzenlenen kanuni temlik ve çıkarma hakkının kabul edilmemesi, bu teminat aracının belki de en zayıf yönünü teşkil etmektedir. Bununla birlikte, kredi kuruluşlarının tâbi oldukları sıkı yasal rejim nedeniyle fırsatçı davranış ve iflas riski diğer kişilere kıyasla daha az olduğundan, bu dezavantajların uygulamadaki yansımalarının da görece önemsiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

- Taşınmazlara gelince, hem Kanun'da düzenlenen taşınmaz rehni türlerinden biri olan ipoteğin, hem de atipik bir teminat olan teminaten temlik anlaşmasının uygulamada sıkça kullanıldığını söylemek mümkündür. Her iki teminat aracı da kendi bünyesinde birtakım eksiklikler barındırmaktadır. İpotek hakkının belki de en büyük dezavantajı, ilgili taşınmazın özel yoldan paraya çevrilmesinin mümkün olmamasıdır. Buna karşılık teminaten temlik durumunda inanan kişinin içinde bulunduğu korumasız hukuki durum da bu teminat aracının zayıf yönünü teşkil etmektedir. Kanımca trust kurumunun bu bağlamda da sunabileceği olası katkının yeri doldurulamaz değildir; örneğin ipoteğin paraya çevrilmesinde özel yoldan paraya çevirmenin yolunun açılması, bu kurumun içinde barındırdığı dezavantajların törpülenmesi için alternatif bir çözüm olarak düşünülebilir.

- Ancak taşınırlar, alacak hakları ve taşınmazlar bakımından ayrı ayrı yapılan değerlendirme neticesinde varılan sonuçla ilgili önemli bir çekincenin ortaya konması gerekmektedir. Dikkat edilirse bu teminat araçlarının avantajları ve

dezavantajları karşılaştırılırken, tek bir borçlunun ve tek bir alacaklının söz konusu olduğu tipik ve basit bir kurgu esas alınmıştır. Bununla birlikte uygulamada birden fazla alacaklının söz konusu olduğu kurgularla da nadir karşılaşılmadığı ifade edilmelidir. Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan sendikasyon kredileri bunun belki de en güzel örneğini teşkil etmektedir.

Bilindiği üzere birden çok alacaklı söz konusu olduğunda kural, borçlunun teminat sözleşmesini bu alacaklıların tümüne ayrı ayrı kurmasıdır. Bu durumunsa beraberinde ekonomik ve bürokratik açıdan birtakım maliyetler getireceği açıktır. Dolayısıyla bu kurguda trust yapısının hâli hazırdaki hukuki düzende sağlanamayan bir katkısının olabileceği ifade edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, trust yapısı sayesinde alacaklılar arasından ya da bunların dışından seçilen bir kişinin güvenilen olarak atanması ve teminatların bu kişi lehine kurulması, trustın hükümleri gereği teminatların paraya çevrilmesi gerektiği takdirde tüm lehtarların bu teminat havuzu üzerinde oransal bir hakka sahip olması, birden çok alacaklının mevcut olduğu olasılıkta teminatlandırma işlemini önemli ölçüde kolaylaştıracaktır.¹⁶²⁶ Nitekim Fransa'da 2007 yılında kabul edilen *fiducie* kurumunun kabul edilmesinden hemen sonra kurulan ilk *fiducie* yapısının da bu amaçla kurulmuş olmasının kanımca bir tesadüf olmadığı ifade edilmelidir.¹⁶²⁷

¹⁶²⁶ Bu hakkın niteliği geleneksel trust yapısında olduğu gibi bir ayni hak olabileceği gibi, özel mal varlığı ve ayni ikame ilkelerinin kabul edildiği kurguda bir nisbi hak da olabilir.

¹⁶²⁷ Fransa'da 2008 yılında kurulan ilk teminat amaçlı *fiducie (fiducie-sûreté)* yapısı, Gaz de France şirketinin alacaklılarına karşı sahip olduğu yükümlülükleri teminat altına almak amacıyla kurulmuştur. Bkz. Barrière, Sûreté, s. 884.

**3.1.2.2. Teminat Hukukunun Uygulamadaki İhtiyaçlar
Karşısında Eksik Kaldığı Noktalara Bir Örnek:
Sendikasyon Kredilerinde Teminatlandırma**

**3.1.2.2.1. Sendikasyon Kredilerine İlişkin Genel Açıklamalar ve
Teminat Temsilcisi Kavramı**

Özellikle köprü, baraj inşası gibi büyük ölçekli projelerin finansmanında birden fazla kredi kuruluşunun bir araya gelmek suretiyle finansman sağladığı ve sendikasyon kredisi (*syndicated loan*) ya da konsorsiyum kredisi olarak adlandırılan kurguyla sıkça karşılaşılmaktadır.¹⁶²⁸ Sendikasyon kredisinin avantajlarından ilki, büyük ölçekli projelerin finansmanından kaynaklanan, doğası gereği büyük riskin birden çok banka arasında paylaşılmasıdır.¹⁶²⁹ Avantajlardan bir diğeri, sermayeye ilişkin yasal kısıtlamalar nedeniyle tek başına bu denli büyük ölçekli bir projenin finansmanını üstlenemeyen kredi kuruluşlarının bir araya gelerek bu finansmanı sağlaması ve böylece kârlılığını arttırabilmesidir.¹⁶³⁰ Kredi kuruluşları bakımından sendikasyon kredisinin sunduğu bir diğer avantaj ise

¹⁶²⁸ Aksoy, s. 9-10; Theodor Baums, *Recht der Unternehmensfinanzierung*, C.H. Beck, 2017, s. 228-229; Magnus Bleifeld, *Akzessorische Kreditsicherheiten im Rahmen von Syndizierten Krediten*, De Gruyter, Berlin, 2015, s. 6; Carl Philipp Eberlein, *Besicherung von Gläubigermehrheiten bei der Unternehmensfinanzierung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2014, s. 37; Keskin, s. 3; Martin H. Picherer, *Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt Am Main, 2002, s. 25; Reichard, s. 96; Başak Şit, *Kredi Düzeni Açısından Sendikasyon Kredileri*, BATİDER, C. 27, S. 2, 2011, s. 158; Rolf H. Weber, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Das Darlehen (Anlisch: 'Darlehen')*, Art. 312-318 OR, Verlag Stämpfli, 2013, s. 292.

¹⁶²⁹ Aksoy, s. 22; Sebastian Apfelbaum, *Die Verpfändung der Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 235; Baums, s. 229; Bleifeld, s. 20; Eberlein, s. 38; Guido Harpering, *Die Übertragung akzessorisch besicherter Forderungen im Rahmen von syndicated loans*, Mensch & Buch Verlag, Berlin, 2003, s. 3; Yorck Jetter, *Fremdfinanzierung durch Dritte, Unternehmensfinanzierung* (ed. Stephan Eilers/Adalbert Rödding/Dirk Schmalenbach), Verlag C.H. Beck, München, 2. bası, 2014, s. 224; Picherer, s. 25; Reichard, s. 96; Şit, s. 158; Weber, *Darlehen*, s. 292; Ralf Willer, *Die 'Parallel Debt' als Sicherheitsträger*, *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 209, S. 6, 2009, s. 809; Andrea Zbinden, *Das Pfandrecht an Aktien*, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 138.

¹⁶³⁰ Aksoy, s. 23-24; Bleifeld, s. 20; Harpering, s. 3; Jetter, s. 225. Benzer yönde bkz. Şit, s. 158; Picherer, s. 25; Zbinden, s. 138.

müşteri tabanının genişlemesi ve buna bağlı olarak sektörel ve coğrafi bazda derinleşmenin sağlanmasıdır.¹⁶³¹ Kredi alan açısından daha büyük bir kredi havuzuna erişimin sağlanması, müzakere ve sözleşmenin ifası safhalarının birden fazla bankayla ayrı ayrı yürütülmesinin bertaraf edilmesi sayesinde işlem maliyetinin önemli derecede azaltılması¹⁶³² ve piyasadaki itibarın artması¹⁶³³ da sendikasyon kredisinin öne çıkan avantajları arasında yer almaktadır.

Sendikasyon kredisi ayrı bir kredi türü değil, özel bir kredi açma şeklidir.¹⁶³⁴ Ancak uygulamada özellikle sınır ötesi işlemlerde, söz gelimi kredi konsorsiyumunda yer alan kredi kuruluşlarından birinin yabancı bir banka olması hâlinde, bu işlemlere uygulanacak hukuk kurallarının özellik gösterdiği ifade edilmelidir. Bunun sebebi bu tür sendikasyon kredilerinde uygulanacak kuralların *common law* etkisi altında belirginleşmiş olmasıdır.¹⁶³⁵ Uygulamanın bu şekilde gelişmiş olmasının sebeplerinden biri, sendikasyon kredilerinde lider bankanın genellikle bu hukuk sistemine tâbi bir kredi kuruluşu olması ve bu durumun sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukuk seçimini etkilemesidir.¹⁶³⁶

Türk bankacılık uygulamasında, dünya genelindeki uygulamaya paralel olarak,¹⁶³⁷ sendikasyon kredileri düzenlenirken Kredi Piyasası Birliği'nin (*Loan Market Association, LMA*) hazırladığı sözleşme modellerinin esas alındığı

¹⁶³¹ Aksoy, s. 23; Jetter, s. 225.

¹⁶³² Aksoy, s. 24; Eberlein, s. 39; Şit, s. 159. Benzer yönde bkz. Bleifeld, s. 21; Weber, Darlehen, s. 292.

¹⁶³³ Jetter, s. 225. Sendikasyon kredisinin, bu gruba dahil olan kredi kuruluşları bakımından da itibar kazandırıcı olduğu yönünde bkz. Harpering, s. 4; Şit, s. 159.

¹⁶³⁴ Aksoy, s. 11; Baums, s. 228; Şit, s. 159.

¹⁶³⁵ Aksoy, s. 2; Willer, s. 808. *Common law* sistemlerinin uluslararası sendikasyon piyasası üzerindeki etkisi için ayrıca bkz. Harpering, s. 15-16.

¹⁶³⁶ Aksoy, s. 3; Harpering, s. 15.

¹⁶³⁷ Bleifeld, s. 97; Jetter, s. 228; Weber, Darlehen, s. 299. Uluslararası sendikasyon sözleşmelerinde standardizasyonun son derece yüksek olduğu yönünde ayrıca bkz. Mike Danielewsky/Jasmin Isabel Dettmar, Instrumente der Vertragsgestaltung zur Übertragung akzessorischer Sicherheiten im Rahmen von Konsortialkreditverträgen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, S. 16, 2008, s. 713.

görülmektedir.¹⁶³⁸ Bu sözleşme modellerinde eldeki çalışmanın konusu açısından önem arz eden husus ise sendikasyon kredilerinde teminatlandırmaya ilişkin olarak öngörülen yapıdır. Buna göre bir sendikasyon kredisi bağlamında borçludan alınacak olan teminatların, bu kredi konsorsiyumuna dahil tüm kuruluşlarla ayrı ayrı yapılacak sözleşmeler üzerinden değil, ilgili kreditorlerden biri arasından veya bunların dışında bir üçüncü kişi olarak belirlenen teminat temsilcisi (*security agent*) ile akdedilecek bir sözleşme üzerinden verilmesi gerekmektedir.¹⁶³⁹ Sendikasyon kredisinde teminatlandırma işleminin tüm kredi kuruluşları ile değil tek bir kişiyle, yani teminat temsilcisiyle yapılması fikrinin arkasındaki temel nedenlerden biri teminatların kuruluşu, yönetimi ve gerektiğinde paraya çevrilmesi aşamalarından bunların tek elden yönetilerek işlem maliyetinin azaltılması gayesidir.¹⁶⁴⁰ Bir diğer önemli sebep ise, teminatların kredi konsorsiyumunun zaman içinde değişebilen dinamik yapısı karşısında olduğu gibi korunabilmesinin sağlanmasıdır.¹⁶⁴¹

¹⁶³⁸ Aksoy, s. 50; Keskin, s. 3. LMA, 1996 yılında Londra'da kurulan ve Avrupa, Orta Doğu ve Afrika ülkelerinde sendikasyon kredisinin tercih edilir ve etkin bir teminat aracı olarak teşvik edilmesini sağlama misyonuna sahip olan bir kuruluştur. LMA, bugün itibarıyla 60'tan fazla ülkeden gelen toplamda 700'ün üstünde hukuk bürosu, kredi kuruluşu, değerlendirme kuruluşu ve kurumsal yatırımcının dahil olduğu bir organizasyondur. LMA uygulamacılara kredinin türü veya konusu gibi değişkenleri dikkate alan farklı standart sözleşme modelleri sunmakta ve uluslararası bankacılık uygulamasında LMA'in sunduğu bu sözleşme modelleri esas alınmaktadır. Bkz. Aksoy, s. 49-50; Keskin, s. 3-4. Ayrıca bkz. <https://www.lma.eu.com/> (son erişim tarihi 06.08.2019)

¹⁶³⁹ Aksoy, s. 3; Baums, s. 274; Eberlein, s. 151; Keskin, s. 4; Willer, s. 808.

¹⁶⁴⁰ Aksoy, s. 3; Apfelbaum, s. 241; Keskin, s. 4; Zbinden, s. 144.

¹⁶⁴¹ Aksoy, s. 3; Keskin, s. 4. Genellikle büyük ölçekli ve uzun süreli projelerin finansmanında karşımıza çıkan sendikasyon kredilerinin hayatın olağan akışına göre iki temel aşaması olduğu kabul edilmektedir. İlk aşama (birincil sendikasyon) orijinal kredi konsorsiyumunu oluşturan kredi kuruluşlarının bir araya gelmesi ve kredi açma işleminin gerçekleşmesi olarak özetlenebilir. Konsorsiyumu yönetme ve bazı hâllerde temsil yetkisine sahip lider bankanın seçilmesi, kredi sözleşmesinin hükümlerinin hazırlanması, kredinin açılması gibi durumlar hep birincil sendikasyon aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Ancak söz konusu uzun süreli kredi sözleşmesi boyunca kredi konsorsiyumunda yer alan bankalardan bazılarının, *club deal* olarak adlandırılan istisnai bir hâl dışında, bu konsorsiyumdan ayrılmak istemeleri ve 'pay'larını bir başka kredi kuruluşuna satmaları sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu doğrultuda kredi konsorsiyumunun yapısı değişmekte, bu durum ise ikincil sendikasyon olarak anılmaktadır. Bkz. Aksoy, s. 40-41; Bleifeld, s. 17-19; Zbinden, s. 139. *Club Deal* yapısına ilişkin olarak bkz. Aksoy, s. 45-46; Jetter, s. 226; Zimmermann, Paralel, s. 43. Kredi alacaklarının devredildiği bu ikincil piyasaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Harpering, s. 47 vd.

Tahmin edilebileceği üzere *common law* ülkelerinde bu yapının trust vasıtasıyla sorunsuz bir şekilde inşa edilmesi mümkündür.¹⁶⁴² Bu doğrultuda teminat temsilcisi söz konusu teminatları güvenilen sıfatıyla elinde tutmakta, teminatların paraya çevrilmesi durumunda elde edilen parayı oransal olarak kredi kuruluşlarına dağıtmaktadır. Teminat temsilcisinin güvenilen olarak atandığı bu olasılıkta güven ve sadakate dayalı ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerin devreye girmesi ve teminatların bu kişinin iflası riskinden arı olması kuşkusuz bu kurumun güvenilirliğini önemli ölçüde arttırmaktadır.¹⁶⁴³

Trust yapısına ya da trust benzeri bir kuruma sahip olmayan *civil law* sistemlerinde ise durum daha karmaşıktır ve bu karmaşa kendini söz konusu teminatların asli veya ferî nitelikte olmasına göre farklı şekillerde göstermektedir. Alacağın teminaten temlik, mülkiyetin teminaten devri veya garanti sözleşmesi gibi bağımsız (asli) teminatlar bakımından bu teminatların alacaklı sıfatına sahip olmayan bir üçüncü kişiye verilmesi ilk bakışta kolay bir şekilde uygulanabilir, makul bir yöntem olarak düşünülebilir.¹⁶⁴⁴ Aslında aşağıda incelenecek olan ferî teminatların durumuyla kıyasladığımızda, asli teminatlara ilişkin bu önermenin kısmen doğru olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte özellikle aynı teminatlar bakımından inançlı işlem kurumunun beraberinde getirdiği ve üst başlıkta incelenen dezavantajlar dikkate alındığında, asli teminatlar bakımından teminat temsilcisi kurumunun sorunsuz bir yapı sunduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

Burada incelenecek olan daha önemli bir sorun ise ferî teminatların teminat temsilcisi aracılığıyla kurulması bağlamında karşımıza çıkmaktadır. Zira taşınır rehni, alacak rehni veya ipotek gibi bir ferî teminat söz konusu olduğunda kural alacaklı ve teminat alanın aynı kişi olmasıdır.¹⁶⁴⁵ Ferî teminatın kaderi alacağın akıbetine adeta bir organik bağ ile bağlı olduğu için bu teminatın alacaktan ayrı bir

¹⁶⁴² Bkz. Hayton, Counterparts, s. 35-36, 42; Zimmermann, Parallel, s. 47.

¹⁶⁴³ Güven ve sadakate dayalı ilişki kavramına ve bu ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerle ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 257 vd.

¹⁶⁴⁴ Nitekim benzer yönde bkz. Aksoy, s. 4; Baums, s. 274; Picherer, s. 33; Zbinden, s. 145.

¹⁶⁴⁵ Baums, s. 274; Willer, s. 811; Zbinden, s. 146.

şekilde devredilmesi ya da alacak devrine rağmen elde tutulması mümkün değildir.¹⁶⁴⁶ Bu durum özellikle ikincil sendikasyonda, yani kredi konsorsiyumunda yer alan kredi kuruluşlarından birinin bu yapıdaki konumunu üçüncü bir kredi kuruluşuna devrederek yapıdan ayrılması durumunda önem kazanmaktadır.¹⁶⁴⁷ Bunun temel gerekçesi ise uygulamada bu işlemin alacağın devri veya sözleşmenin devri kurumları üzerinden değil, yenileme (*novation*) üzerinden yapılıyor olmasıdır.¹⁶⁴⁸

Sendikasyon kredilerinde ikinci el piyasasında, diğer bir deyişle ikincil sendikasyonda en çok tercih edilen hukuki yolun yenileme olması ilk başta şaşırtıcı gelebilir. Zira konsorsiyumdan çıkan kişi lehine kurulan teminatların ve bu teminatlardaki önceliğin konsorsiyuma yeni dahil olan kredi kuruluşu için tehlikeye düştüğü en belirgin ihtimal yenilemedir.¹⁶⁴⁹ Örneğin konsorsiyumdan çıkan kredi kuruluşunun sahip olduğu alacağı devretmesi durumunda bu alacağa bağlı ferî hakların da alıcıya *ipso iure* geçtiği kabul edilmektedir (TBK m. 189).¹⁶⁵⁰ Konsorsiyumdan çıkan bu kuruluşun kredi verme yükümlülüğünün devam ettiği kurguda (örneğin bir rotatif kredi bulunması ihtimalinde) alacağın devri yerine sözleşmenin devri kurumuna başvurulması, teminatlar bakımından akla gelen bu sorunların yine önemli ölçüde bertaraf edilmesini sağlamaktadır.¹⁶⁵¹ Buna karşılık

¹⁶⁴⁶ Aksoy, s. 56; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 25; Sirmen, s. 578. Ferilik ilkesi doğuştan, kapsamda, el değiştirmede, savunmada ve sona ermede ferilik olarak beş ayrı aşamada kendini gösterir. Bkz. Bleifeld, s. 40-41; Rona Serozan, Aynı Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminin Bağımsızlığı İlkesi ve Aynı Teminat Haklarının Feriliği Ayrılığı (bundan böyle 'Ferilik'), Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta, 2008, s. 365-366.

¹⁶⁴⁷ Zbinden, s. 139.

¹⁶⁴⁸ Aksoy, s. 81; Bleifeld, s. 86; Danielewsky/Dettmar, s. 714; Eberlein, s. 146; Harpering, s. 59; Zbinden, s. 140; Zimmermann, Parallel, s. 45.

¹⁶⁴⁹ Benzer yönde bkz. Zbinden, s. 140.

¹⁶⁵⁰ Aksoy, s. 77; Bleifeld, s. 86.

¹⁶⁵¹ Aksoy, s. 80. Sözleşmenin devri TBK m. 205'de düzenlenmiştir. İlgili hükümde sözleşmenin devri hâlinde daha önceden verilmiş teminatların akibetinin ne olacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte alacaklının sözleşmeyi devretmesi durumunda teminatların varlığını sürdüreceği, borçlunun sözleşmeyi devretmesi durumunda ise teminatın borçlu tarafından verilmiş olması hâlinde teminatın kendiliğinden varlığını devam ettireceği, teminatın üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması hâlindeyse bu kişinin yazılı rızası ile bu sonucun sağlanabileceği kabul edilmektedir (TBK m. 198). Bkz. Aksoy, s. 80; Christoph Bauer, Parteiwechsel im Vertrag:

uygulamada alacağın temliki veya sözleşmenin devri kurumları yerine yenileme yolunun tercih edildiği (ya da edilmek istendiği) görülmektedir. Bu tercihin arkasındaki temel sebep, daha önce de belirtildiği üzere, İngiltere ve ABD'nin uluslararası finans piyasasındaki güçlü konumu nedeniyle sendikasyon kredilerine uygulanacak kuralların da *common law* doğrultusunda şekillenmiş olmasıdır.¹⁶⁵² Bu nedenle alacağın temliki kurumunun tâbi olduğu sıkı şekil şartı ve beraberinde getirdiği vergi yükü nedeniyle,¹⁶⁵³ sözleşmenin devri kurumunun ise İngiliz hukukuna yabancı olması nedeniyle arka plana atıldığını söylemek mümkündür.¹⁶⁵⁴

İngiliz hukukundaki *novation* ve Türk-İsviçre hukukundaki yenileme kurumlarının birbiriyle tam anlamda örtüştüğünü söylemek mümkün değildir.¹⁶⁵⁵ Ancak bu çalışmanın konusu açısından önem arz eden husus, her iki durumda önceki borç ilişkisine bağlı feri hakların bu nedenle son bulmasıdır.¹⁶⁵⁶ Daha önce de belirtildiği gibi *common law* ülkelerinde teminat haklarının feriliğinin beraberinde getirdiği bu dezavantaj trust yapısı sayesinde bertaraf edilebilmektedir. Buna karşılık trust benzeri bir yapıya sahip olmayan *civil law* ülkelerinde bu sorunun çözülebilmesi için uygulamada çeşitli yolların geliştirildiği görülmektedir. Bu çözüm yollarının başında ise aşağıda incelenecek olan 'paralel borç' yapısı gelmektedir.

Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Dike Verlag, 2010, s. 201 vd.; Gökhan Çayan, Sözleşmenin Devri, Adalet Yayınevi, 2016, s. 129. Pascal G. Favre, Le transfert conventionnel de contrat, Schulthess, 2005, s. 554-558; Z. Damla Taşkın/Ali Şahbaz, Sözleşmenin Devri, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 178, 2017, s. 4989 vd. Krş. Berna Öztürk, Sözleşmenin Devri, TBB Dergisi, C. 125, 2016, s. 275-276; Yalçın Tosun, Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler (ed. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 173.

¹⁶⁵² Benzer yönde bkz. Eberlein, s. 146-147; Willer, s. 810-811.

¹⁶⁵³ Aksoy, s. 78; Mike Danielewsky/Jasmin Isabel Dettmar, Instrumente der Vertragsgestaltung zur Übertragung akzessorischer Sicherheiten im Rahmen von Konsortialkreditverträgen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, S. 16, 2008, s. 714; Eberlein, s. 146-147; Willer, s. 810; Zbinden, s. 141; Zimmermann, Parallel, s. 45-46. İngiliz hukukunda alacağın temliki durumunda bir damga vergisi yükümlülüğü doğmasına rağmen yenilemede böyle bir vergi yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Bkz. Apfelbaum, s. 241; Harpering, s. 59; Willer, s. 810; Zimmermann, Parallel, s. 46.

¹⁶⁵⁴ Aksoy, s. 79.

¹⁶⁵⁵ Zbinden, s. 141.

¹⁶⁵⁶ Zbinden, s. 141. Türk hukukunda yenilemenin teminatlar açısından sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Işık Önay, Yenileme, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 138 vd.

3.1.2.2.2. Uygulamanın Getirdiği Bir Çözüm: Paralel Borç Yapısı

Paralel borç yapısını incelemeye geçmeden önce yenileme kurumunun teminatlar üzerindeki tüketici etkisini ve bu etkinin bertaraf edilebilmesi için önerilen diğer çözüm yollarını kısaca değerlendirmekte yarar vardır. TBK m. 131/1 uyarınca “*Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.*” Yenileme de bir borcun sona erme hâli olduğu için (TBK m. 133), yenileme durumunda da feri teminatların kural olarak sona erdiği kabul edilir.¹⁶⁵⁷ Bu nedenle öğretide, yenileme hâlinde teminatların (geniş anlamda) muhafaza edilebilmesi için, tüm teminatların yeniden kurulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁵⁸ Bu öneri ilk bakışta yenileme durumunda teminatların feriliği sorunsalının çözümü için uygun gözükse de birkaç sebepten dolayı bunun her durumda, özellikle de sendikasyon kredileri gibi çok tarafın söz konusu olduğu ve uluslararası boyuta sahip kurgularda uygun olmadığı ifade edilmelidir.

Öncelikle tüm teminatların yeniden kurulması, özellikle geçerliliği şekle bağlı teminatlar açısından önemli bir işlem maliyeti arz etmektedir.¹⁶⁵⁹ Hatırlanacağı üzere teminat temsilcisi kurgusunun birincil sendikasyon aşamasında dahi önem kazanmasının en temel sebebi, birden çok kredi kuruluşunun ve özellikle yurt dışında faaliyet gösteren kuruluşların teminatların kurulmasına ilişkin bürokratik süreçten kaçınmak istemesidir.¹⁶⁶⁰ Bu nedenle kredi konsorsiyumunda yaşanan her değişiklik sonucunda teminatlandırma sürecinin yeniden başlaması uygulamanın ihtiyaçlarına hizmet edecek bir çözüm olmaktan uzak gözükmektedir. Bu kurgunun bir diğer önemli dezavantajı ise rehinde sıra ilkesi doğrultusunda, alacaklının sahip olduğu teminatın sırasının bir önceki sözleşmedekine göre aşağıya düşmesi, bu

¹⁶⁵⁷ Öney, s. 138.

¹⁶⁵⁸ Apfelbaum, s. 241; Harpering, s. 126.

¹⁶⁵⁹ Öney, s. 143; Zbinden, s. 142.

¹⁶⁶⁰ Keskin, s. 4. Benzer yönde bkz. Baums, s. 274.

nedenle çok daha dar kapsamlı bir hukuki korumaya sahip olunmasıdır.¹⁶⁶¹ Dolayısıyla özellikle uluslararası boyuta sahip sendikasyon kredisi uygulamasında kreditorlerin konsorsiyumdan çıkarken bunu yenileme yoluyla yapmalarının önüne geçilemediğinden, ferî teminatların korunması için alternatif çözüm yolları araştırılmıştır.

Bu çözüm yollarının başında paralel borç yapısı gelmektedir.¹⁶⁶² Bu yapı kısaca şu şekilde işlemektedir:¹⁶⁶³ Borçlu, sendikasyon kredisi bağlamında üstelendiği yükümlülüklerle ilişkin teminatlarını kreditor kuruluşlar arasından seçilen (ki bu genellikle lider kuruluş olmaktadır)¹⁶⁶⁴ bir alacaklı veya bunların dışında bir üçüncü kişi olan teminat temsilcisi lehine kurar.¹⁶⁶⁵ Bu şekilde teminatların tek bir kişi lehine kurulması sayesinde teminatların kuruluşu, yönetimi ve gerektiğinde paraya çevrilmesi aşamalarında karşılaşılabilecek bürokratik ve mali engeller bertaraf edilmiş olur. Bu durumda tüm kredi verenler arasında akdedilen bir sözleşmeyle bir teminat havuzu (*Sicherungspool*) oluşturulur.¹⁶⁶⁶ Bu sözleşmede tipik olarak hangi

¹⁶⁶¹ Önay, s. 143; Harpering, s. 13; Zbinden, s. 142, 165. Benzer yönde bkz. Danielewsky/Dettmar, s. 714. Öğretide bu sorunların aşılması için TBK m. 134/3 (OR art. 117/3) hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda yenileme neticesinde teminatların sona ermediğinin kabul edilmesi gerektiği fikri ileri sürülmüş olsa da bu görüş azınlıkta kalmıştır. Önay ise TBK m. 131/1 hükmünün emredici bir kural değil, bir yedek hukuk kuralı olduğunun kabul edilmesi durumunda bu sorunun ortadan kalkacağını bir öneri olarak sunmaktadır. Bkz. Önay, s. 143-145. Krş. Danielewsky/Dettmar, s. 714. Bununla birlikte yenilemenin ferî teminatlar bakımından doğurduğu bu olumsuz sonuçların törpülenmesi için dile getirilen bu önerilerin (en azından henüz) kabul görmediği, bu nedenle daha ayrıntılı bir şekilde incelenmeyeceği ifade edilmelidir.

¹⁶⁶² Ferî teminatların teminat temsilcisine verilebilmesi için geliştirilen başka yöntemler de mevcuttur. Ancak paralel borç yöntemi hem öğretide en çok üzerinde durulan hem de uygulamada en sık başvurulan yöntem olduğu için (Bleifeld, s. 108-109) bu çalışma kapsamında sadece bu model esas alınacaktır. Alternatif yöntemler arasında uygulamada nadir kullanılan müteselsil alacaklılık ve yetkisiz temsil kurumları yer almaktadır. Bunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy, s. 146 vd.; Apfelbaum, s. 246 vd. ve s. 265 vd.; Bleifeld, s. 155 vd.; Danielewsky/Dettmar, s. 715 vd.; Harpering, s. 139 vd.; Zbinden, s. 151 vd.

¹⁶⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy, s. 10 vd.; Apfelbaum, s. 249 vd.; Bleifeld, s. 108 vd.; Danielewsky/Dettmar, s. 713 vd.; Eberlein, s. 159 vd.; Harpering, s. 135-139; Zbinden, s. 157 vd.; Zimmermann, Parallel, s. 47 vd.

¹⁶⁶⁴ Aksoy, s. 91; Bleifeld, s. 92.

¹⁶⁶⁵ Bu durumda teminat temsilcisi ve diğer alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin bir inançlı işlem olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. Aksoy, s. 92 vd.; Bleifeld, s. 101; Picherer, s. 34; Willer, s. 814; Zimmermann, Parallel, s. 49.

¹⁶⁶⁶ Aksoy, s. 89-91; Bleifeld, s. 105-106; Eberlein, s. 155; Picherer, s. 34; Willer, s. 811; Zbinden, s. 145; Zimmermann, Parallel, s. 48.

alacakların teminat altına alındığı, bu teminatların neler olduğu, teminatların paraya çevrilmesine veya sona ermesine ilişkin hususlar düzenlenir ve kredi konsorsiyumunda yer alan kuruluşların teminatların paraya çevrilmesi durumunda teminat temsilcisine karşı ileri sürebileceği (sözleşmesel) talepler hükme bağlanır.¹⁶⁶⁷

Bu kurguda teminat temsilcisi teminat havuzundaki tüm teminatların sahibi olmakla birlikte, kredi sözleşmesinden doğan tüm borcun alacaklısı sıfatına sahip değildir. Dolayısıyla ferî teminatlar bakımından teminatın verildiği kişi ve alacaklı sıfatına sahip kişi arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Teminat havuzunda yer alan ferî teminatların geçerli olabilmesi içinse uygulamada paralel borç olarak adlandırılan ve borçlu ve teminat temsilcisi arasında kredi sözleşmesi bağlamında üstlenilen borca maddi olarak denk düşen bir miktarda bir soyut borç ikrarının akdedilmesiyle¹⁶⁶⁸ oluşturulan bir yapının kurulduğu görülmektedir.¹⁶⁶⁹ Daha açık bir ifadeyle borçlu, sendikasyon kredisi bağlamında kredi konsorsiyumundaki tüm alacaklılara karşı üstlendiği borcun yanı sıra, teminat temsilcisine de soyut borç ikrarı ile aynı miktarda bir borç, yani bir 'paralel' borç üstlenmektedir. Bu şekilde teminat temsilcisinin aynı zamanda alacaklı sıfatını kazanması sayesinde teminat havuzunun geçerli bir şekilde kurulabilmesi ve bu havuzun sendikasyon kredisi yapısında zaman içinde meydana gelebilecek değişiklikler karşısında korunaklı olması amaçlanmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki soyut borç ikrarını içeren paralel borç sözleşmesinde, soyut borç ikrarının miktar anlamında kapsamı, sendikasyon kredisi

¹⁶⁶⁷ Aksoy, s. 89-90. Benzer yönde bkz. Harpering, s. 38 vd.; Zimmermann, Parallel, s. 48-49.

¹⁶⁶⁸ Soyut borç ikrarının hukuki niteliğinin bir tek taraflı hukuki işlem mi yoksa bir sözleşme mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın temel sebebi, soyut borç ikrarının (yani sebebi gösterilmeyen borç tanımının) düzenlendiği TBK m. 18'de kullanılan 'borç tanımı' ifadesinin tek taraflı bir beyanı çağrıştırmasıdır. Bununla birlikte hem öğretideki hâkim görüşe hem de Yargıtay'a göre borç tanımının bir sözleşme niteliğine sahip olduğu ifade edilmektedir. Soyut borç ikrarının hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Karlı, Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanımı, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 34-38.

¹⁶⁶⁹ Aksoy, s. 100; Baums, s. 275; Bleifeld, s. 109; Danielewsky/Dettmar, s. 713; Eberlein, s. 159; Zbinden, s. 161; Zimmermann, Parallel, s. 47.

sözleşmesinden doğan borca tabiri caizse bağlanmaktadır.¹⁶⁷⁰ Örneğin sendikasyon kredisinden doğan borcun bir kısmının ifa edilmesi durumunda soyut borç ikrarıyla üstlenilen borcun miktarı azalmakta veya rotatif kredilerde olduğu gibi borcun artması durumunda, soyut borç ikrarının kapsamı genişlemektedir.¹⁶⁷¹ Bunun yanı sıra borçlunun sendikasyon kredisinden doğan defilerini, bu paralel borç sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri bağlamında da ileri sürebileceğinin genellikle ayrıca hükme bağlandığı görülmektedir.¹⁶⁷²

3.1.2.2.3. Paralel Borç Yapısına İlişkin Sorunlu Hususlar ve Bir Çözüm Önerisi Olarak Trust

Daha önce de belirtildiği gibi paralel borç yapısı, uluslararası sendikasyon sözleşmeleri bağlamında uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda yine uygulama tarafından geliştirilen bir hukuki kurgudur. Hatırlanacağı üzere beraberinde getirdiği vergi avantajları ve uygulamadaki yerleşik teamül nedeniyle ikincil sendikasyonun yenileme yoluyla gerçekleştiği, hatta yenilemenin uluslararası sendikasyon uygulaması bakımından vazgeçilemez bir teknik olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁷³ Bu nedenle özellikle yabancı kredi kuruluşlarının dahil olduğu ikincil sendikasyonda ferî teminatların korunması için akla gelen diğer yollar, söz gelimi alacağın temliki veya sözleşmenin devri kurumları uygulamada aynı yoğunlukta yer bulamamaktadır. Dolayısıyla yenilemenin ferî teminatlar bakımından sona erdirici etkisi dikkate alınarak bir çözüm yolu bulunması arayışına gidilmiş ve yukarıda işleyişi açıklanmaya çalışılan paralel borç yapısı icat edilmiştir.

Bununla birlikte paralel borç yapısının tamamen sorunsuz ve güvenilir bir çözüm yolu sunduğunu iddia etmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira bu yapının

¹⁶⁷⁰ Benzer yönde bkz. Willer, s. 813.

¹⁶⁷¹ Aksoy, s. 101; Apfelbaum, s. 250; Bleifeld, s. 109-111; Zbinden, s. 158. Benzer yönde bkz. Danielewsky/Dettmar, s. 713; Willer, s. 813, 815.

¹⁶⁷² Aksoy, s. 101; Bleifeld, s. 111.

¹⁶⁷³ Zbinden, s. 142. ("Die Syndizierungstechnik der angelsächsischen Novation ist in der internationalen Syndizierungspraxis nicht mehr wegzudenken.")

geçerliliğine ilişkin birtakım hukuki soruların ileri sürülmesi mümkündür. Bunlardan ilki, sendikasyon kredisi sözleşmesine miktar ve koşullar bağlamında ‘bağlanan’ paralel sözleşmenin gerçekten bir soyut borç ikrarı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur.¹⁶⁷⁴ Bir diğeri ise paralel borç yapısıyla söz konusu teminatlarla ilişkin birtakım emredici kuralların, özellikle ferilik ve öncelik ilkelerinin bertaraf edilmesinin bir kanuna karşı hile teşkil edip etmediğidir.¹⁶⁷⁵ Paralel borç yapısının gerçekten bir soyut borç ikrarı niteliğine sahip olup olmadığına veya bir kanuna karşı hile teşkil edip etmediğine ilişkin bu soruların eldeki çalışmanın sınırları bağlamında incelenmesi ve yanıtlanması mümkün değildir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki her ne kadar öğretilerde birçok yazarın görüşünün paralel borç yapısının geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde olduğunu söylemek mümkün gözükse de, kanımca mahkemelerin paralel borç yapısının ferilik ilkesinin önüne geçmek için, diğeri bir deyişle kanunu dolanmak için kurulan bir yapı olduğu kanaatine varması veya bu yapının muvazaalı olduğuna karar vermesi kolaylıkla göz ardı edilebilecek bir ihtimal değildir. Paralel borç yapısı tespit edebildiğimiz kadarıyla henüz Türk-İsviçre¹⁶⁷⁶ veya Alman

¹⁶⁷⁴ Bir görüşe göre paralel borcun kredi sözleşmesinden doğan esas borca kapsam ve defiler bakımından bağlanması, paralel borcun soyut borç ikrarı niteliğini ortadan kaldıracaktır. Bu doğrultuda şüpheli bazı yazarlar için bkz. **Apfelbaum**, s. 250; **Christina Böttcher**, *Das abstrakte Schuldversprechen in der Kreditsicherung*, Peter Lang, 2007, s. 202; **Willer**, s. 822 vd.; **Zimmermann**, *Parallel*, s. 172. Bir diğeri görüşe göre ise paralel sözleşmenin *iktisadi* olarak ana kredi sözleşmesine bağlanmış olması, onun bir soyut borç ikrarı olduğu gerçeğini değiştirmemelidir. Bu yönde bkz. **Aksoy**, s. 105 vd. Paralel sözleşmenin bir soyut borç ikrarı niteliğini haiz olduğu yönünde ayrıca bkz. **Bleifeld**, s. 115 vd.; **Eberlein**, s. 203 vd.

¹⁶⁷⁵ Paralel borç yapısının öncelik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle bir kanuna karşı hile olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. **Bleifeld**, s. 141 vd. Aksi yönde bkz. **Aksoy**, s. 126; **Apfelbaum**, s. 257 vd. Paralel borç yapısının ferilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle bir kanuna karşı hile olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. **Harpering**, s. 138; **İsmail Esin**, *M&A Avoiding the Pitfalls, International Financial Law Review*, 1.07.2011, <https://www.iflr.com/Article/2863277/M-A-Avoiding-the-pitfalls.html?ArticleId=2863277> (son erişim tarihi: 10.08.2019) Paralel borç yapısının ferilik ilkesine aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. **Aksoy**, s. 140; **Bleifeld**, s. 128 vd.; **Böttcher**, s. 210-211; **Danielewsky/Dettmar**, s. 714-715; **Willer**, s. 818 vd.; **Zbinden**, s. 162-164.

¹⁶⁷⁶ Aynı tespit için bkz. **Aksoy**, s. 110; **Sera Somay**, Chapter 24: Turkey, *The Lending and Secured Finance Review* (ed. Azadeh Nassiri), 4. baskı, *The Law Reviews*, s. 283. (http://paksoy.av.tr/Publications/PAKSOY-%23709666-v1-The_Law_Reviews_-_The_Lending_and_Secured_Finance_Review_-_Edition_4_Turkey_2018.PDF (son erişim tarihi: 10.08.2019))

hukukunda¹⁶⁷⁷ bir mahkeme kararına konu olmadığı için bu yapının geçerliliği konusundaki belirsizliğin devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁶⁷⁸ Buna karşılık bir trust yapısının benimsendiği ihtimalde, teminat temsilcisi kurumunun geçerliliğine ilişkin soru işaretlerinin ortadan kalkacağını söylemek mümkündür. Kanımca trust yapısının teminat hukuku bağlamında sunabileceği en büyük katkının da bu olduğu söylenebilir.

Paralel borç yapısı bağlamında değinilmesi gereken bir diğer sorunlu nokta ise teminat temsilcisinin iflası durumunda teminatların akıbetinin ne olacağıdır.¹⁶⁷⁹ Diğer bir ifadeyle, kredi sözleşmesinden doğan alacağa miktar olarak denk düşen bir soyut borç ikrarı ile kurulan paralel borç yapısının hukuken geçerli olduğu kabul edilse dahi, teminat temsilcisinin iflası durumunda diğer alacaklıların ne ölçüde korunacağı dikkate alınması gereken bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere teminat temsilcisi ve diğer alacaklılar arasındaki

¹⁶⁷⁷ Zimmermann, Paralel, s. 54, 57.

¹⁶⁷⁸ Fransız hukukuna bakıldığında ise biraz daha farklı bir resimle karşı karşıya kalınmaktadır. Zira Fransız Yargıtay'ı (*Cour de Cassation*) 2011 yılında verdiği bir kararla New York hukukunun uygulandığı bir paralel borç yapısının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Arrêt No. 840 du 13 Septembre 2011. Kararın tam metni için bkz. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/chambre_commerciale_financiere_economique_3172/2011_3709/septembre_3964/840_13_21061.html (son erişim tarihi 10.08.2019). Bununla birlikte *Cour de Cassation*'un bu kararının, iç hukuka tâbi olarak kurulan paralel sözleşme yapıları için de uygulanabilir olduğu sonucuna varmak kanımca mümkün değildir. Burada Fransız Yüksek Mahkemesi'nin verdiği karar daha ziyade yabancı bir hukuk sistemine göre geçerli olarak kurulan paralel borç yapısının, Fransız hukuku bakımından uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği yönünde, yani sınırlı olarak yorumlanmalıdır. Krş. Reinhard Dammann/André Albertini, L'Arrêt Belvédère: La Réception du Trust et de la Parallel Debt en Droit Français, La Semaine Juridique - Entreprise et affaires, 17 Novembre 2011, https://lexis360.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-entreprise-affaires/46-2011/803_PS_SJE_SJE1146ET01803.htm#.XU7X9FCxUU0 (son erişim tarihi: 10.08.2019), s. 13 ("La Cour de cassation n'a pas assimilé la dette parallèle à ces mécanismes. On le voit bien, l'admission du mécanisme de la dette parallèle repose sur la seule liberté contractuelle découlant de l'article 1134 du Code civil. Se pose dès lors la question de savoir si une consécration législative de la dette parallèle est aujourd'hui nécessaire. Avec l'arrêt Belvédère, il ne semble pas nécessaire de la consacrer législativement.")

¹⁶⁷⁹ Benzer yönde bkz. Lionel Dechmann/Xavier Farde/Etienne Gentil/Michel Houdayer, France Introduces New Legal Regime for Security Agents in Debt Financings, Pratt's Journal of Bankruptcy Law, C. 14, S. 1, 2018, s. 45; Reinout Wibier, Can a Modern Legal System do Without the Trust?, The Worlds of the Trust (ed. Lionel Smith), CUP, 2013, s. 76.

hukuki ilişkinin bir inançlı işlem olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁸⁰ Teminat temsilcisi, söz konusu teminatları diğer alacaklılarla arasındaki sözleşmeye göre elinde tutmak, yönetmek, gerektiğinde paraya çevirmek ve paylaşmakla yükümlüdür. Bu doğrultuda kredi konsorsiyumunda yer alan bu alacaklıların teminat temsilcisine karşı ileri sürebileceği taleplerin ancak bir alacak hakkından ibaret olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde birçok kez dile getirilen, inançlı işlem yapısının sadece borçlar hukuku karakterine sahip olmasının beraberinde getirdiği dezavantajların paralel borç yapısında da adeta 'içeri süzülüşünün' altı çizilmelidir.

Özetle, uygulamada özellikle sendikasyon kredileri bağlamında yenileme kurumunun ferî teminatlar üzerindeki sona erdirici etkisini bertaraf etmek amacıyla paralel borç yapısına sıklıkla başvurulduğu görülmektedir. Alacaklının değiştiği kurguda ferî teminatlar açısından çok daha korunaklı olan alacağın temlik veya sözleşmenin devri kurumları yerine yenilemenin tercih edilmesini ancak *common law* sistemlerinin uluslararası finans piyasasındaki nüfuzu ile açıklamak mümkündür. Bu doğrultuda yenilemenin uluslararası sendikasyon kredilerinde vazgeçilemez bir teknik olduğu gerçeğini göz önünde tutmalı ve buna uygun çözümler üretilmelidir. Bu çözümlerin başında gelen paralel borç ilişkisinin ilk bakışta *common law* sistemlerinde trust yoluyla kolaylıkla kurulabilen teminat temsilcisi kurumuna işlevsel bir alternatif olduğu itiraf edilmelidir. Bununla birlikte bu yapının hukuken geçerliliği hususunda çeşitli itirazların ileri sürülebilmesi, söz konusu kurgunun güvenilirliğinin zayıflamasına neden olmaktadır. Ayrıca bu kurgunun geçerli olduğunun kabul edildiği ihtimalde dahi teminat temsilcisinin iflası durumunda diğer alacaklıların koruma kalkanının zayıf olması, paralel borcun trust karşısındaki bir diğer dezavantajını teşkil etmektedir.

¹⁶⁸⁰ Teminat temsilcisi ve diğer kreditorler arasındaki inançlı işlem bir yönetme amaçlı inançlı işlemdir. Bkz. Picherer, s. 165; Willer, s. 828.

Kanımca paralel borç mekanizmasının bu pürüzlerinin törpülenmesi için trust ya da trust benzeri bir yapının benimsenmesi makul bir tercih olabilir. Bu bağlamda yine Fransız hukukunda son yıllarda yaşanan gelişmelerin de yol gösterici olabileceği ifade edilmelidir. Fransız hukukuna bakıldığında, Türk-İsviçre ve Almanya hukukuna kıyasla farklı bir hukuki manzarayla karşılaşılmaktadır. Fransa’da 2007 yılında *fiducie* kurumuna ilişkin olarak benimsenen Kanun ile *Code Civil*’e eklenen 2328. madde ile, aynı teminatların alacaklıların belirleyeceği bir kişi adına kurulup, yönetilip gerektiğinde paraya çevrilebileceği açıkça düzenlenmiştir.¹⁶⁸¹ Bu hükmün kapsamına (söz gelimi şahsi teminatların kapsam dışı bırakılması hususuna) ve işleyişine (örneğin teminat temsilcisine esas alacağın kurulduğu sözleşmede yer verilmesi zorunluluğuna) ilişkin eleştiriler neticesinde hüküm 2017 ve 2019 yıllarında iki kere daha değişikliğe uğramıştır.¹⁶⁸² Teminat temsilcisine ilişkin hükmün son hâline göre “*Tüm teminat ve garantiler, kendi adına ve teminat alınan alacağın alacaklıları hesabına hareket eden bir teminat temsilcisi tarafından kurulup kaydedilebilir, yönetilebilir ve paraya çevrilebilir. Teminat temsilcisi bu teminatların ve garantilerin esas sahibidir. Teminat temsilcisinin bu sıfatla edindiği teminatlar, bu kişinin şahsi mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı oluşturur. (...)*”¹⁶⁸³ Dolayısıyla Fransız hukukunda *fiducie* ve teminat temsilcisi (*l’agent des sécurités*) kurumlarının açık bir yasal düzenlemeye sahip olduğunu, bu nedenle ferî teminatların sendikasyon kredileri süresince

¹⁶⁸¹ Loi n°2007-211 du 19 février 2007. Code Civil Art. 2328’in ilk hâli şu şekildedir: “*Toute sûreté réelle peut être inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l’obligation garantie par une personne qu’ils désignent à cette fin dans l’acte qui constate cette obligation.*” Hükme ilişkin olarak bkz. Lionel Dechmann/Xavier Farde/Etienne Gentil/Michel Houdayer, France Introduces New Legal Regime for Security Agents in Debt Financings, Pratt’s Journal of Bankruptcy Law, C. 14, S. 1, 2018, s. 44; Reichard, s. 98-101.

¹⁶⁸² Bu değişiklikler (*Ordonnance no. 2017-748 du 4 mai 2017 ve Loi no. 2019-486 du 22 mai 2019*) sonucunda 2328. madde ilga edilmiş ve *Code Civil*’in aynı teminatlara ilişkin hükümlerinin sonuna ‘teminat temsilcisi’ (*de l’agent des sûretés*) başlığı altında 2488-6 vd. hükümleri eklenmiştir. İlgili düzenlemeler için bkz. www.legifrance.gouv.fr (son erişim tarihi 19.12.2019)

¹⁶⁸³ Code Civil Art. 2488-6: “*Toute sûreté ou garantie peut être prise, inscrite, gérée et réalisée par un agent des sûretés, qui agit en son nom propre au profit des créanciers de l’obligation garantie. L’agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties. Les droits et biens acquis par l’agent des sûretés dans l’exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre. (...)*”

korunabilmesi için başvuru için diğer yollara, örneğin paralel borç yapısına gerek kalmadığını söylemek mümkündür.¹⁶⁸⁴

3.1.3. Karşılıksız Kazandırma İşlevi

Hatırlanacağı üzere İngiliz hukukunda kurucunun tek taraflı irade beyanına dayanan trust yapısının temelinde bir sağlar arası işlemin (*inter vivos trust*) veya bir ölüme bağlı tasarrufun (*testamentary trust*) yer alması mümkündür.¹⁶⁸⁵ Bu doğrultuda trustın *common law* sistemlerinde en sık başvuru için geniş anlamda miras planlaması araçlarından biri olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁸⁶ Uygulamada özellikle alt soy veya bakıma veya yardıma muhtaç olduğu düşünülen aile fertleri lehine bu tür trust yapılarının kurulduğu görülmektedir. Nitekim bu nedenle karşılıksız kazandırmaları konu alan bu tür trustların aile trustı (*family trust*) olarak da anıldığı bilinmektedir.¹⁶⁸⁷

Çalışmanın bu bölümünde Türk hukukundaki karşılıksız kazandırma araçları kısaca incelenecek ve trustın bunlar karşısında sunduğu belirli avantajların bulunup

¹⁶⁸⁴ Dechmann/Farde/Gentil/Houdayer, s. 47.

¹⁶⁸⁵ Neu, 26; Panesar, s. 135; Seiler, s. 34-35; Thomas/Hudson, s. 37.

¹⁶⁸⁶ Cincelli, s. 85; Reymond, Trust, s. 142a. Ayrıca bkz. Supino, s. 72-73. Miras planlamasının trustın temel işlevlerinden biri olduğu yönünde ayrıca bkz. Kötz, s. 97; Neu, s. 29; Perrin, s. 159. Geniş anlamda miras planlaması ifadesinden kasıt şudur: Kişinin yapacağı karşılıksız kazandırmaları her zaman ölüme bağlı bir tasarruf ile yapmasına gerek yoktur. Kişi, sağlığı boyunca ihtiyacı olmayacağını düşündüğü ve karşılıksız kazandırma konusu yapmak istediği mal varlığı unsurlarını da bir trust kurma yoluyla geniş anlamda miras planlamasına dahil edebilir. Bu trustın kişinin sağlığında kurulması, onun bir miras planlaması aracı olarak ele alınmasını engellememelidir. Zira bu durumda tek fark kişinin mal varlığına ilişkin planlamayı ölümünden önce hayata geçirmesidir. Burada geniş anlamda miras planlaması ifadesini tercih etmemizin bir diğer sebebi, bu doğrultuda kurulan *inter vivos* trustların, ileride ortaya çıkabilecek değişiklikler karşısında kendini koruma altına almak isteyen kurucular tarafından genellikle geri alınabilir (*revocable*) nitelikte düzenlenmesidir. Bkz. Perrin, s. 160. Dolayısıyla bu her an geri alınabilir trustların esasen kurucunun ölümünden sonra geri alınamaz ve kesin bir kazandırmaya dönüşeceğini, bu nedenle bu yapıların da bir miras planlaması aracı olarak değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür. Geri alınabilir trust kavramına ilişkin olarak bkz. yukarıda dn. 435. Serozan ise geniş anlamda miras planlamasını “tipik bir ölüme bağlı kazandırma amacına atıf bir sağlar arası işlemle ulaşılması” veya “geniş anlamda ölüme bağlı bağışlama” olarak ifade etmektedir. Bkz. Rona Serozan, Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim (bundan böyle ‘Karma’), Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, 2001, s. 1015 vd.

¹⁶⁸⁷ Örneğin bkz. Neu, s. 28; Thévenoz, Global Legal Concept, s. 25.

bulunmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Ancak bu incelemeye geçmeden önce karşılıksız kazandırmaların arkasındaki sebeplere ve karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin olası kaygılarına ışık tutmak, bu kişinin özgecil/diğerkâm (*altruistic*) amaçlarını gerçekleştirebilmesi için ona belirli bir sistem tarafından sunulan hukuki araçların daha doğru bir şekilde değerlendirilmesini sağlayacaktır.¹⁶⁸⁸

Ogus'a göre özgecil kazandırmaların temel olarak üç farklı amaç ve kaygı etrafında şekillendiğini söylemek mümkündür. Bunlardan ilki, kişinin hayatında önem verdiği veya yardıma ihtiyaç duyduğunu düşündüğü kişilere yönelik saf bir iyilikseverlik ve bağışlama amacı (*pure benevolence goal*), ikincisi kişinin kazandırmayı yaparken lehtarın mal varlığını ve dolayısıyla bu kazandırmayı yönetme yetisinden yoksun olduğu şüphesinin beraberinde getirdiği koruma amacı (*paternalistic goal*), üçüncüsü ise kişinin ölümünden sonra söz gelimi belirli malların aile içinde kalmasını sağlayarak gerçekleştirmek istediği kalıcılık amacıdır (*dynastic goal*).¹⁶⁸⁹ Aşağıda Türk hukukunda sağlar arası karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin ya da miras bırakanın başvurabileceği hukuki araçlar ve trust kurumu arasındaki işlevsel karşılaştırma yapılırken, bu değerlendirmenin yukarıda sayılan üç temel amaç çerçevesinde yürütüleceği şimdiden ifade edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki bu inceleme yapılırken sağlar arası karşılıksız kazandırmalar ve ölüme bağlı tasarruflar bakımından esas alınacak olan kurgu, karşılıksız kazandırmanın muhatabı olan kişinin (söz gelimi bağışlananın, lehtarın, mirasçılarının ya da vasiyet alacaklılarının) söz konusu aynı hakkını ya da alacak hakkını somut olaydaki sağlar arası işlem sonucunda veya miras bırakanın ölümünü takiben *hemen* ve *doğrudan* kazandığı kurgu değildir. Zira bu durumda trust

¹⁶⁸⁸ Özgeciliğin ekonomik analizi ile ilgili yol gösterici bazı eserler için bkz. David Collard, *Altruism and Economy*, Martin Robertson, 1978; Richard Posner, *Gratuitous Promises in Economics and Law* (bundan böyle 'Gratuitous'), *Journal of Legal Studies*, C. 6, S. 2, 1977, s. 411 vd.; Steven Shavell, *The Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts*, *Journal of Legal Studies*, C. 20, S. 2, 1991, s. 401 vd.

¹⁶⁸⁹ *Ogus*, s. 199.

yapısına başvurmaya gerek de yoktur. Doğrudan kazandırmada bulunmak isteyen kişinin elinde hem İngiliz hukukunda hem de Türk hukukunda bağışlama sözleşmesi kurma, elden bağışlamada bulunma veya mirasçı ya da vasiyet alacaklısı atama gibi imkânlar zaten mevcuttur. Bu nedenle bu bölümün odak konusu daha ziyade kişinin karşılıksız kazandırmaya konu olan mal varlığı unsurunun veya terekesinin üzerinde belirli bir süre boyunca kontrol sağlayabilmek için başvurabileceği çeşitli hukuki araçlar olacaktır. Bu doğrultuda aşağıda hem sağlar arası karşılıksız kazandırmalarla hem de ölüme bağlı tasarruflara ilişkin genel açıklamalardan kaçınılacak, özellikle şarta bağlı ve yüklemeli bağışlama sözleşmesi, art mirasçılık, vasiyeti tenfiz memuru ve aile vakfı kurumları incelenecektir.

3.1.3.1. Trustın Bir Karşılıksız Kazandırma Aracı Olarak Sıkça Kullanıldığı Kurgular

Hatırlanacağı üzere kurucu, emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine aykırı olmamak koşuluyla, ihtiyaçları veya kaygıları doğrultusunda trust yapısını istediği gibi şekillendirme hakkına sahiptir.¹⁶⁹⁰ Bu nedenle trustın esnek yapısı sayesinde kurucunun düzenleyebileceği ihtimallerin neredeyse sınırsız olduğunun altı bir kere daha çizilmelidir.¹⁶⁹¹ Bununla birlikte trustın karşılıksız kazandırmalar ve miras planlaması alanında yerine getirebileceği işlevler ve kurucu bakımından ortadan kaldıracabileceği çekincelerin birkaç örnek üzerinden açıklanması, bu kurumun Türk hukukunda hâli hazırda mevcut hukuki araçlarla yerinin doldurulup doldurulamayacağıının değerlendirilmesi bakımından yol gösterici olacaktır. Bunun için aşağıda beş farklı olasılık incelenmiştir.

Örnek 1: Bazı durumlarda kişilerin, çeşitli gerekçelerle mal varlıklarından ya da terekelerinden hak kazanacak olanların bu kazanımlarını erteleme ya da belirli

¹⁶⁹⁰ Thomas/Hudson, s. 37.

¹⁶⁹¹ Perrin, s. 159-160; Thomas/Hudson, s. 37.

şartlara bağlama konusunda bir arzusu söz konusu olabilir.¹⁶⁹² Bu ihtimalde kurucunun yaşı, eğitim seviyesi veya tecrübesizliği nedeniyle terekeyi gerektiği gibi yönetebileceğinden şüphe ettiği kişilere yapacağı kazandırmaları trust yapısı üzerinden gerçekleştirmesi ve varlık yönetimi konusunda daha çok güvendiği bir kimseyi güvenilen olarak ataması mümkündür.¹⁶⁹³ Kurucunun söz konusu bu saf kazandırma amacının (*pure benevolence goal*) hemen gerçekleşmesini istememesinin birçok sebebi olabilir. Örneğin kurucu, henüz belirli bir yaşa gelmemiş veya yeterli hayat tecrübesine sahip olmayan lehtarın bir anda önemli bir servete kavuşmasının bu kişinin geleceğini olumsuz etkileyeceğinden çekinebilir.¹⁶⁹⁴ Bu nedenle kişinin doğrudan bir kazandırma yapmak yerine, lehtar lehine bir trust kurma yolunu tercih ederek lehtarın trust fonu üzerindeki tam mülkiyet hakkını da ancak belirli bir yaşa geldiğinde kazanacağını düzenlenmesiyle uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır.¹⁶⁹⁵

Örnek 2: Kurucunun trust kurma yolunu tercih etmesinin bir diğer sebebi, mal varlığını lehtarın trust fonunu gereği gibi yönetmesinden şüphe duyması olabilir.¹⁶⁹⁶ Diğer bir deyişle kurucu, lehtara bir kazandırmada bulunmak istemesine rağmen tam bir kazandırmada bulunmaktan çekinmektedir. Özellikle lehtarın savruk karakterinin kurucunun lehtara kazandırmada bulunurken onu tabiri caizse kendisinden korumak için çeşitli önlemler almaya itmesi mümkündür (*paternalistic goal*). Bu tür endişelere sahip kurucuların uygulamada 'koruyucu trust' (*protective trust*) yapısından yararlandıkları görülmektedir.¹⁶⁹⁷ Bu yapı kısaca şu şekilde

¹⁶⁹² Moffat, s. 5; Ogus, s. 204; Panesar, s. 62; Watter, s. 200.

¹⁶⁹³ Ogus, s. 204; Perrin, s. 161.

¹⁶⁹⁴ James Kessler, *Drafting Trusts and Will Trusts: A Modern Approach*, Sweet & Maxwell, 1995, s. 24; Perrin, s. 161.

¹⁶⁹⁵ Panesar, s. 62-63; Perrin, s. 161. Örneğin ölüme bağlı bir tasarrufta bulunan bir kişinin "Chelsea'deki taşınmazım oğlum (A)'ya kalsın" demek yerine "Chelsea'deki taşınmazımı bir trust kurma yoluyla, oğlum (A)'nın lehine elde tutulmak ve (A) 25 yaşına geldiğinde ona devredilmek üzere dostum (D)'ye devrediyorum." şeklinde bir kazandırmada bulunması mümkündür.

¹⁶⁹⁶ Kessler, s. 25; Ogus, s. 205. Benzer yönde bkz. Lepaule, s. 1132-1133.

¹⁶⁹⁷ Gardner, s. 152; Kessler, s. 25-26; Ogus, s. 205; Panesar, s. 54; Virgo, s. 56. Özellikle İngiliz hukukunda hızlıca popülerite kazanan koruyucu trust yapısı 1925 *Trustee Act*'te açıkça düzenlenmiş ve bu sayede bu hükümlere yapılan atıfla koruyucu trust yapısının kurulması mümkün kılınmıştır. Bkz. Ogus, s. 205. Ayrıca bkz. *Trustee Act 1925*, S. 33.

işlemektedir: Trustın kurucu belgesinde özellikle iflasından endişe duyulan lehtara hayatı boyunca kapsamı duruma göre belirlenecek ve irat şeklinde yapılacak bir kazandırma sağlanır. Buna karşılık lehtarın iflası durumunda veya bu türev mülkiyet hakkını üçüncü bir kişiye satması ihtimalinde lehtarın bu hakkının son bulacağı, bundan sonra trustın yeni lehtarı güvenilen tarafından takdir edilecek bir ihtiyari trusta dönüşeceği hükme bağlanır.¹⁶⁹⁸ Dolayısıyla koruyucu trust yapısı sayesinde lehtara yapılan kazandırmanın lehtarın iflası veya türev mülkiyet hakkını devri bozucu koşuluna bağlandığını ve bununla amaçlananın özellikle kazandırmanın alacaklılara karşı korunması olduğunu söylemek mümkündür.¹⁶⁹⁹

Örnek 3: Bir diğer ihtimalse kurucunun kazandırmadan birden fazla kişinin kademeli olarak yararlanmasını istemesidir.¹⁷⁰⁰ Daha açık bir ifadeyle kurucunun öncelikle bir kişinin, daha sonra bir şartın veya vadenin gerçekleşmesiyle bir başka kişinin trust fonu üzerinde hak kazanacağı bir yapı inşa etmesi mümkündür. Örneğin trust fonunun yönetilmesi belirli bir gelir sağlıyorsa, bu durumda kurucunun söz gelimi bu gelirin trust sona erene kadar lehtarlardan birine (söz gelimi sağ kalan eşe) verilmesine, trustın kurucu belgesinde düzenlenen şart ya da vade (örneğin sağ kalan eşin ölmesi) gerçekleştiğinde ise trust fonunun mülkiyetinin tamamının ikinci kademedeki lehtara (örneğin ortak çocuklarına) devredilmesine karar vermesi mümkündür.¹⁷⁰¹

Örnek 4: Bunların yanı sıra trust, ileride gerçekleşecek bir karşılıksız kazandırma söz konusu olduğunda bu kazandırmanın ileride değişmesi mümkün şartların göz önünde bulundurulmasıyla gerçekleştirilmesini ve şekillendirilmesini sağlayan bir araç olarak da düşünülmesi mümkündür.¹⁷⁰² Bu doğrultuda trust lehtarının belirlenmesi

¹⁶⁹⁸ Kessler, s. 26; Ogus, s. 205; Panesar, s. 54; Virgo, s. 56. İhtiyari trust yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 117 vd.

¹⁶⁹⁹ Gardner, s. 152.

¹⁷⁰⁰ Lepaulle, s. 1139; Moffat, s. 5.

¹⁷⁰¹ Moffat, s. 5. Benzer yönde bkz. Neu, s. 30.

¹⁷⁰² Ogus, s. 202; Panesar, s. 61-62.

konusundaki takdir yetkisi güvenilene bırakılabilmektedir.¹⁷⁰³ Örneğin miras bırakanın güvenilene, ilk kademedeki lehtarın ölümünden sonra çocuklarından hangisi en güç durumdaysa trust fonunun ona devredilmesi yönünde bir yetki vermesi mümkündür.¹⁷⁰⁴ Bu durumda ilk kademedeki lehtarın (örneğin sağ kalan eşin) ölümü durumunda kurucunun çocuklarından hangisinin maddi durumunun daha zayıf olduğunu takdir etme yetkisi güvenilene olmaktadır. Kurucu güvenilene bundan daha geniş bir takdir yetkisi de verebilir. Örneğin kurucunun trust fonunun kalan kısmının “çocuklarımdan birine ya da hepsine”, “iş arkadaşlarımdan birine ya da birkaçına”, “öğrencilerim arasından uygun görülen bir kişiye” şeklinde ucu açık yönlendirmelerde bulunması da kural olarak geçerli kabul edilmektedir.¹⁷⁰⁵

Örnek 5: Kurucunun sahibi olduğu bir mal varlığı unsurunun, örneğin aile yadigarı bir tablonun veya bir taşınmazın elden çıkarılmasını önlemek ve kuşaktan kuşağa aktarılmasını sağlamak amacıyla da trust kurma yoluna başvurması mümkündür. Bu doğrultuda trust sona erene kadar tüm lehtarlar bu mal varlığı unsurundan yararlanabilmekte ancak bu mal varlığı unsuru üzerinde tasarruf edememektedir. Bu kurgu, kurucunun mal varlığı üzerinde ölümünden sonra da kontrol sahibi olma arzusunun belki de en belirgin örneğidir ve *Ogus*'un yukarıda incelenen sınıflandırması bağlamında kalıcılık sağlama amacı (*dynasty goal*) bağlamında düşünülmelidir. Kuşkusuz kurucunun bu mal varlığı üzerindeki kontrolünü ölümünden sonra sınırsız bir süre boyunca sürdürebileceği düşünülmemelidir. Hatırlanacağı üzere trust hukukunun temel prensiplerinden olan (ancak günümüzde ABD'nin bazı eyaletlerinde ve *offshore* sistemlerinin birçoğunda esnetilen)

¹⁷⁰³ *Ogus*, s. 202; *Perrin*, s. 161. Bu tür trust yapılarının ihtiyari trust olarak anıldığı hatırlanacaktır. Belirli ve ihtiyari trust yapılarına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 169 vd.

¹⁷⁰⁴ Benzer yönde bkz. *Panesar*, s. 63.

¹⁷⁰⁵ Bu bağlamda trust lehtarının belirliliğine ilişkin açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz. Bkz. yukarıda s. 200 vd.

ebedilik yasağı uyarınca trustın belirli bir süre sonunda (örneğin İngiliz hukukuna göre 125 yılın sonunda) sona ermesi zorunludur.¹⁷⁰⁶

Tüm bu örneklerde trustın kurucu belgesinde lehtarın trust fonu üzerindeki tam mülkiyet hakkını kazanımının bir vadeye ya da şarta bağlanmasının hukuki sonucu şu şekilde özetlenebilir: Trustın kurulmasından sonraki süreçte, lehtarın trust fonu üzerindeki hakkı bir türev mülkiyet hakkıdır. Trust fonu üzerindeki asli mülkiyet hakkı ise güvenilene aittir. Trust ilişkisi boyunca güvenilen trust fonunu yönetmekle, bu süreçte bir lehtara irat hâlinde ödeme yapılacaksa bunu yerine getirmekle ve nihayetinde trustın kurucu belgesinde belirtilen anın gelmesiyle veya şartın gerçekleşmesiyle bu fonu ilgili lehtara devretmekle yükümlüdür. Güvenilenin bu görevini, güven ve sadakate dayalı ilişki kavramının kendisine yüklediği görevler ve bunlara bağlanan ağır yaptırımlar çerçevesinde yürüttüğü hatırlanacaktır.¹⁷⁰⁷

3.1.3.2. Türk Hukukunda Bu Kurgular Bağlamında Yararlanılabilecek Hukuki Araçlar Nelerdir?

Çalışmanın bu bölümünde, bir sağlar arası ya da ölüme bağlı tasarruf ile kazandırma yapılırken yukarıda incelenen örneklerde öne çıkan endişelerin giderilmesi için Türk hukukunda hangi hukuki imkânlardan yararlanılabileceği araştırılacaktır. Bu inceleme yapılırken ikili bir ayrıma gidilecek ve öncelikle sağlar arası kazandırmalarda kazanımda bulunan kişinin yararlanabileceği hukuki araçlar, ardından miras hukukunun sunduğu imkânlar değerlendirilecektir. Bu inceleme yapılırken söz konusu hukuki kurumların işleyişini daha anlaşılır bir şekilde ortaya koyabilmek için saklı paylı mirasçılık kurumunun beraberinde getirdiği

¹⁷⁰⁶ Ebedilik yasağına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 208 vd.

¹⁷⁰⁷ Güven ve sadakate dayalı ilişki kavramı ve güvenilenin görev ve yükümlülüklerine ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 257 vd.

sınırlamaların, yani denkleştirme ve tenkis kurumlarının şimdilik göz ardı edileceği belirtilmelidir.¹⁷⁰⁸

3.1.3.2.1. Sağlar Arası İşlemler Bakımından Değerlendirme

Sağlar arası karşılıksız kazandırmaların paradigması kuşkusuz TBK m. 285 vd. maddelerinde düzenlenen bağışlama sözleşmesidir.¹⁷⁰⁹ Bu nedenle trustın karşılıksız kazandırmada bulunma işlevinin Türk hukukunda hangi hukuki araçlar üzerinden yerine getirebileceği incelenirken ele alınacak temel yapı da bağışlama sözleşmesi olacaktır. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle bağışlama sözleşmesi ve bu sözleşmenin sunduğu koşullu veya yüklemeli bağışlama gibi incelikler tartışılacak, ayrıca trust yapısının klasik üç köşeli yapısı dikkate alınarak üçüncü kişi lehine kurulan bağışlama sözleşmelerine de yeri geldiğinde değinilmeye çalışılacaktır.

TBK m. 285/1 uyarınca bağışlama, *“bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, mal varlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.”* Tıpkı trust yapısındaki kurucu gibi, bağışlama muhatabına doğrudan yapılacak bir kazandırmanın sonuçlarına ilişkin çeşitli çekincelere sahip olan bağışlayanın da elinde birtakım imkânlar bulunmaktadır. Bunlardan biri bağışlamanın koşula bağlanması (TBK m. 290), bir diğeri ise yüklemeli bağışlama yapılmasıdır (TBK m. 291).¹⁷¹⁰

Koşula bağlı bağışlama, TBK m. 290’da şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bağışlama, bir koşula bağlanarak yapılabilir./Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamada, vasiyete ilişkin hükümler uygulanır.”* Bağışlama sözleşmesinin

¹⁷⁰⁸ Zira saklı paylı mirasçılığın kişinin mal varlığı ve terekesi üzerinde kurabileceği hukuki işlemlerin türünü değil, kapsamını etkileyen bir kurum olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle aşağıda trusta işlevsel olarak denk gelebilecek hukuki kurumlara yönelik teknik inceleme yürütülürken bunların serbest tasarruf oranının içinde kalıp kalmadığı sorusunun fazla önem arz etmediği belirtilmelidir.

¹⁷⁰⁹ Serozan/Baysal/Sanlı, s. 283.

¹⁷¹⁰ Benzer yönde bkz. Lepaulle, s. 1136-1137.

bağlandığı koşulun geciktirici veya bozucu nitelikte olması mümkündür.¹⁷¹¹ Gerçekleşeceği şüpheli olan bir olguya bağlı olarak akdedilebilen bu sözleşmenin, gerçekleşeceği kesin olan vadeye bağlanmasının evleviyetle mümkün olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle **Örnek 1**'de trust yoluyla kurulan yapının bir benzerinin tasarruf işlemi unsuru vadeye bağlanmış bağışlama sözleşmesiyle de kurulabileceğini söylemek mümkündür.

Ancak burada trustın bir tek taraflı işleme dayanmasına karşılık bağışlamanın bir çift taraflı hukuki işlem, yani sözleşme olarak nitelendirilmesinin beraberinde getirdiği önemli bir farka işaret edilmelidir.¹⁷¹² Trustın temelinde kurucunun tek taraflı hukuki beyanı yattığı için, lehtarın ayırt etme gücünden yoksun bir kişi veya henüz yeni dünyaya gelmiş bir bebek, hatta henüz var olmayan bir kişi olması mümkündür. Buna karşılık bağışlananın mevcut bir kişi olması ve bunun yanı sıra bağışlanan olma ehliyetini haiz olması gerekmektedir.¹⁷¹³ Bununla birlikte bağışlama sözleşmesinin de üçüncü bir kişi lehine sözleşme şeklinde kurulmasının önünde bir engel bulunmadığı için, bağışlamanın lehtarının da her zaman mevcut ve ehil olması gereğinin bertaraf edilmesi mümkündür.¹⁷¹⁴ Zira bu durumda dolaylı veya aracılı bir kazandırma söz konusu olduğundan üçüncü kişi lehtarın rızası aranmamakta ve dolayısıyla bu kişinin fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı da önem taşımamaktadır.¹⁷¹⁵

Koşula bağlı bağışlama sözleşmesi sayesinde ilk bakışta **Örnek 2**'de değinilen koruyucu trust yapısının da bir benzerinin kurulabileceği düşünülebilir. Zira hukuka

¹⁷¹¹ Meltem Demiral, Şartlı Bağışlama, Adalet Yayınevi, 2011, s. 68 vd.; Eren, Özel Hükümler, s. 287; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I (bundan böyle 'Borçlar Özel I'), 3. bası Vedat Kitapçılık, 2013, s. 211; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Bağışlama Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 161.

¹⁷¹² Eren, Özel Hükümler, s. 277; Gümüş, Borçlar Özel I, s. 204; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 284; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 350; Vardar Hamamcıoğlu, s. 21.

¹⁷¹³ Eren, Özel Hükümler, s. 278; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 342-343; Vardar Hamamcıoğlu, s. 25. Bağışlanan olma ehliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Borçlar Özel I, s. 207; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 355; Vardar Hamamcıoğlu, s. 80 vd.

¹⁷¹⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 278; Gümüş, Borçlar Özel I, s. 204; Seiler, s. 76; Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 343, 350-351; Vardar Hamamcıoğlu, s. 184. Ayrıca bkz. Lepaulle, s. 1144.

¹⁷¹⁵ Bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, s. 286.

ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla somut olayda koşulun taraflarca serbestçe belirlenmesi mümkün olduğuna göre (TBK m. 176),¹⁷¹⁶ bağışlamanın da bağışlananın iflası bozucu koşuluna bağlanmasının önünde teknik bir engel yoktur. Bununla birlikte bozucu koşula bağlı bağışlamanın, karşılıksız kazandırmada bulunan kişi açısından trust yapısı ile sağlanan hukuki korumayı sunmadığı belirtilmelidir. Bunun esas sebebi bozucu koşul gerçekleştiğinde bağışlama konusunun mülkiyetinin kendiliğinden bağışlayana dönüp dönmeyeceğinin öğretide tartışmalı olmasıdır.¹⁷¹⁷ Bu görüşlerden olumsuz olana öncelik verilirse bağışlamada bulunan kişinin, iflas edenin diğer alacaklılarıyla birlikte iflas masasına karşı ileri sürebileceği ve bu nedenle iflasının riskli olduğu bir alacak hakkından öte bir hukuki korumasının bulunmadığını kabul etmek gerekir. Mülkiyetin kendiliğinden bağışlanana döneceği, diğer bir ifadeyle bağışlama konusunun bir istihkak talebine konu olacağına ilişkin görüş benimsendiği durumda bağışlayan daha korunaklı bir durumdadır. Ancak bu hâlde dahi koşullu bağışlayanın, koruyucu trust kurucusuna kıyasla daha dar bir korumaya sahip olduğu görülmektedir. Zira bağışlama konusunun bir miktar para olması durumunda, paranın bağışlanan kişinin mal varlığına karıştığı kabul edildiğinden,¹⁷¹⁸ bozucu koşulun gerçekleşmesi üzerine bağışlamada bulunanın ileri sürebileceği tek talep nisbi nitelikteki sebepsiz zenginleşme talebi olmaktadır.¹⁷¹⁹ Dolayısıyla **Örnek 2**'de karşımıza çıkan kurgunun bir benzerinin

¹⁷¹⁶ Hukuki işlemin şarta bağlanabilmesinin irade özerkliği ilkesinin bir görünümü olduğu yönünde bkz. **Lale Sirmen**, *Türk Özel Hukukunda Şart* (bundan böyle 'Şart'), *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 1992, s. 99. Aynı yönde bkz. **Hasan Pulaşlı**, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* (bundan böyle 'Şart'), *Dayınlarlı Hukuk Yayınları*, 1989, s. 14-15.

¹⁷¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sirmen**, *Şart*, s. 179 vd. Mülkiyetin kendiliğinden bağışlayana dönmeyeceği, bağışlananın bağışlama konusunun mülkiyetinin kendisine iadesi konusunda bir alacak hakkına sahip olduğu görüşünde bkz. **Ezgi Kutluay**, *Bağışlama Sözleşmeleri*, *Turhan Kitapevi*, 2016, s. 122-123; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 167. Aksi yönde örneğin bkz. **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 288; **Pulaşlı**, *Şart*, s. 221. Taşınır bakımından bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı**, s. 299. Bozucu koşula bağlı bağışlamada hukuki işlemin ileriye yönelik bir şekilde hüküm doğuracağı, dolayısıyla iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanacağı ancak taraflarca bunun aksinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. **Demiral**, s. 74.

¹⁷¹⁸ Kırş. **Burcuoğlu**, s. 93 vd.

¹⁷¹⁹ **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 288. Bu korumanın bir diğer zayıf yönü, bozucu koşula bağlı bağışlamada bağışlananın bağışlama konusunu bir üçüncü kişiye devretmesi durumunda ortaya

Türk hukukunda bağışlama sözleşmesi üzerinden inşa edilmesinin güç olduğunu söylemek mümkündür.

Hatırlanacağı üzere trust yapısına sıkça başvuru bir diğer ihtimal de kademeli bir lehtarlık yapısının kurulduğu olasılıktır (Örnek 3). Kanımca bu kurgunun Türk hukukunda sağlar arası işlemler bakımından intifa hakkı sayesinde inşa edilmesi mümkündür.¹⁷²⁰ Bu doğrultuda bağışlayanın ikinci kademedeki lehtara (söz gelimi çocuğuna) bağışlama yoluyla mülkiyeti devretmesi, bununla birlikte bağışlama konusu üzerinde birinci kademedeki lehtar (örneğin eşi) lehine bir intifa hakkı tesis etmesinin önünde bir engel yoktur.

Örnek 4'te yer verilen, lehtarın kim olduğunun belirlenmesi hususunun güvenilenin takdir yetkisine bırakıldığı ihtiyari trustlar bağlamında Türk hukukunda sağlar arası karşılıksız kazandırmalar bakımından akla ilk gelen alternatif yüklemeli bağışlama sözleşmesidir. TBK m. 291 uyarınca "*Bağışlayan bağışlamasına yüklemeler koyabilir./Bağışlayan, sözleşme gereğince bağışlanan tarafından kabul edilmiş olan yüklemelerin yerine getirilmesini isteyebilir. (...)*" Bu doğrultuda kişinin bir bağışlama yapması, bunun yanı sıra söz gelimi yapılan bağışlamadan her ay belirli bir miktarın bağışlanan kişinin seçeceği iki yardıma muhtaç kişiye verilmesi konusunda bir yükleme öngörmesi mümkündür.¹⁷²¹ Bununla birlikte yüklemeli bağışlama sözleşmesinin de trust karşısında zayıf kaldığı önemli bir noktanın bulunduğu belirtilmelidir. Bu nokta, yüklemenin yerine getirilmesinin kim tarafından talep edilebileceğine ilişkindir. İhtiyari trust yapısında, her ne kadar güvenilen kimlerin lehtar olacağı konusundaki takdir yetkisini kullanmadan önce olası lehtarların bir türev mülkiyet hakkına sahip

çıkılmaktadır. Bu ihtimalde üçüncü kişinin kazanımı korunacağı için bağışlama sözleşmesinde belirlenen bozucu koşulun gerçekleşmesi ihtimalinde bağışlayanın elindeki tek imkân TBK m. 112 uyarınca tazminat talebi ileri sürmektir. Bkz. Kutluay, s. 121; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 299; Vardar Hamamcıoğlu, s. 168.

¹⁷²⁰ Benzer yönde bkz. Lepaulle, s. 1140; Reymond, Trust, s. 154a. Ayrıca bkz. Margareta Baddeley, L'Usufruit au service de la planification du patrimoine familial (bundan böyle 'Usufruit'), Successio, 2013, s. 277 vd.

¹⁷²¹ Eren, Özel Hükümler, s. 289.

olmadıkları kabul edilse de, bu kişilerin yine de güvenilene karşı ileri sürebileceği birtakım haklara sahip olduğu hatırlanacaktır.¹⁷²² Örneğin güvenilen takdir yetkisini kullanmaktan imtina ederse, olası lehtarlardan birinin mahkemeye başvurarak güvenileni takdir yetkisini kullanmaya zorlaması mümkündür. Zaten güvenilenin lehtarları belirlemesinden sonra bu lehtarlar bir türev mülkiyet hakkını kazanacağı için, bu aşamadan sonra bu kişilerin menfaatlerinin korunması bağlamında bir sorunla karşılaşmayacaktır. Buna karşılık üçüncü kişiye bir menfaat sağlanması yönünde bir yüklemeye öngören bağışlama sözleşmelerinde söz konusu üçüncü kişinin bu yüklemenin yerine getirilmesi konusunda herhangi bir talep hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir.¹⁷²³ Bununla birlikte üçüncü kişi yararına yüklemeli bir bağışlama sözleşmesi kurmak yerine üçüncü kişiye de ifayı talep yetkisi tanınan bir üçüncü kişi lehine bağışlama sözleşmesi akdedilmesi mümkündür ve bu durumda lehtar üçüncü kişinin de ifayı talep hakkı söz konusu olacaktır. Bu noktada tıpkı üçüncü kişinin menfaatine olan bir yüklemeye olduğu gibi, üçüncü kişi yararına sözleşmede de lehtarın belirlenmemiş olmasının mümkün olduğunun altı çizilmelidir.¹⁷²⁴ Dolayısıyla kanımca **Örnek 4**'teki yapının üçüncü kişi lehine sözleşme ile kısmen de olsa ikame edilmesi mümkün gözükmektedir.

Son olarak karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin kalıcılık sağlama güdüsüyle karşılıksız kazandırma konusu şeyin bağışlamadan sonra bir başkasına devredilmemesini sağlamasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Hatırlanacağı üzere uygulamada trustın sıkça kullanıldığı hâllerden biri de trust fonunun üçüncü kişilere devrini engellemek, bu mal varlığı unsurunun söz gelimi aile içinde kalmasını sağlamak amacıyla kurulan trustlardır (**Örnek 5**). Bu doğrultuda geniş anlamda miras planlaması bağlamında Türk hukukunda trust kurumuna ihtiyaç bulunup bulunmadığı değerlendirilirken öncelikle benzer bir

¹⁷²² Bkz. yukarıda s. 117 vd.

¹⁷²³ Tandoğan, Borçlar Özel I/1, s. 367; Vardar Hamamcıoğlu, s. 193. Krş. Eren, Özel Hükümler, s. 289.

¹⁷²⁴ Şener Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 98-99.

amacın Türk hukukunda sağlar arası karşılıksız kazandırmalar bakımından sağlanabilir olup olmadığı incelenmelidir.

Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte öğretilerdeki bir görüşe göre bağışlama sözleşmesinde bağışlananın belirli bir süre boyunca bağışlama konusu üzerinde tasarruf edemeyeceğinin düzenlenmesinin kural olarak mümkündür.¹⁷²⁵ Bununla birlikte trustın aksine burada bağışlananın tasarruf yetkisi üzerinde gerçek bir kısıtlamadan söz etmek mümkün değildir. Zira bağışlama sözleşmesinin ifa edilmesi sonucunda bağışlanan tam hak sahibi olacağından, bağışlama konusu şey üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir. Bununla birlikte bağışlananın belirli bir süre boyunca tasarrufta bulunmayacağına ilişkin hükmün borçlar hukuku alanında geçerli olduğu ve bu hükmün ihlalinin bağışlananın tazminat sorumluluğunu doğuracağı belirtilmelidir.¹⁷²⁶

Kişinin karşılıksız kazandırmada bulunmak istediğı kişilerin kazandırma konusu şeyden yararlanması sağlarken bir yandan da bu mal varlığı unsurunun üçüncü kişilere devredilmesini engellemesi karşısında akla gelen bir diğerk ihtimal ise aile vakfı kurulmasıdır. Hatırlanacağı üzere Roma hukukundan gelen bir yapı olan aile fideikomisi (*fideicommissum familia*) belli başlı mal varlığı unsurlarının kuşaktan kuşağa aktarılması ve bu sayede söz konusu ailenin malı olarak kalmasını sağlamak için kurulan bir yapı olarak tanımlanmaktadır.¹⁷²⁷ Bununla birlikte dünyada özellikle 18. ve 19. yüzyılda gerçekleşen yasama faaliyetleri sonucunda birçok sistemde aile fideikomisi kurulması yasaklanmış veya önemli sınırlamalara tâbi kılınmıştır.¹⁷²⁸ Bu eğilimi İMK ve dolayısıyla TMK da takip etmiştir. Bu doğrultuda TMK'da aile fideikomisi kurulması yasağının iki farklı hükümdede karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Bunlardan ilki aile vakfının düzenlendiğı m. 372/, ikincisi ise art mirasçılığın düzenlendiğı hükümdür m.

¹⁷²⁵ Vardar Hamamcıoğlu, s. 232.

¹⁷²⁶ Vardar Hamamcıoğlu, s. 233.

¹⁷²⁷ Benzer yönde tanımlar için bkz. Akıntürk/Ateş, s. 460; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 386; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 14; Künzle, Familienstiftung, s. 183; Özdem, s. 320; Perrin, s. 167.

¹⁷²⁸ Bu yasağa ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 214 vd.

521/2'dir. Dolayısıyla trust kurma yoluyla gerçekleşmesi sağlanan kalıcılık amacına Türk hukukundaki mevcut müesseselerle aynı kolaylıkta ulaşılamayacağı, ancak bunun Türk hukukundaki kurumların teknik yetersizliğinden kaynaklanmadığı, bir hukuk politikası tercihi olduğu ifade edilmelidir.¹⁷²⁹

Özetle, bağışlama sözleşmesinin de tıpkı trust gibi bazıları yukarıda dile getirilen çeşitli ihtiyaçlar ve kaygılar dikkate alınarak tabiri caizse dizayn edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Zira kanun koyucu bağışlama sözleşmesinin özelliklerini dikkate alarak söz gelimi kazandırmada bulunan kişiyi kayıran veya bağışlama sözüyle bağlılığı diğer borçlandırıcı sözleşmelere kıyasla daha hafif tutan birtakım kurallar öngörmüştür.¹⁷³⁰ Aynı yönde kanun koyucu TBK'nın genel hükümleri arasında (TBK m. 170 vd.) düzenlenen koşulu bağışlama sözleşmesi özelinde ayrıca düzenleyerek tasarruf işleminin, ivazlı kazandırmalardaki genel kuralın aksine, koşula bağlanabileceğini kabul etmiş¹⁷³¹ ve sözleşme serbestisi ilkesinin bir ürünü olarak değerlendirilebilecek olan yükleme kavramını ve bunun bağışlamanın geri alınması gibi atipik sonuçlarını da açıkça hükme bağlamıştır (TBK m. 291).

Tüm bu düzenlemelerin esas sebebi bağışlamanın, borçlandırıcı sözleşmelerin paradigması olan iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin aksine, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır.¹⁷³² Zira karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin bu hukuki işlemin bir tarafı olması ve bu tür işlemlerin uygulamadaki yerinin pekiştirilmesi için, karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin

¹⁷²⁹ Bu noktada, bahsedilen bu hukuk politikası tercihi nedeniyle, yabancı bir hukuk sistemine göre geçerli olarak kurulmuş bir trust yapısının tanınmasının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilip reddedilemeyeceği sorusu akla gelebilir. Türk hukukunda henüz bu yönde bir uyuşmazlıkla karşılaşmamıştır, ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin geçtiğimiz yıllarda önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu soruyu olumsuz yanıtladığı ve aile fideikomisi yasağına ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kurallardan (*lois d'application immédiate*) olmadığına karar verdiğinin altı çizilmelidir. Buna ilişkin olarak bkz. Geiser, s. 98-100; Herzog, s. 150; Thévenoz, Swiss Perspective, s. 299.

¹⁷³⁰ Serozan/Baysal/Sanlı, s. 285.

¹⁷³¹ Serozan/Baysal/Sanlı, s. 285.

¹⁷³² Gümüş, Borçlar Özel I, s. 204; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 286-287; Vardar Hamamcıoğlu, s. 19.

en azından belirli derecede bir hukuki korumaya sahip olması gerekmektedir. Özellikle doğrudan/anlık gerçekleşmeyecek karşılıksız kazandırmalar bakımından bu hukuki korumanın öneminin daha da öne çıktığı belirtilmelidir.¹⁷³³

Bu bölümün başında karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin genel olarak üç temel kaygısının söz konusu olabileceği ve karşılıksız kazandırmaya ilişkin hukuki işlemlerin de bu çerçevede şekillendiğinden bahsedilmişti.¹⁷³⁴ Hatırlanacağı üzere bu ihtimallerden ilki kişinin saf kazandırma amacıyla (*pure benevolence goal*) hareket etmesidir. Bu durumda bağışlama sözleşmesinin bu amacın gerçekleştirilmesi için uygun bir hukuki araç teşkil ettiğini, dolayısıyla bu amacın gerçekleştirilmesi bakımından trust kurumuna ihtiyaç bulunmadığını söylemek mümkündür.¹⁷³⁵ Zira saf kazandırma amacıyla hareket eden ancak kazandırmasını belirli bir süreye, amaca veya koşula bağlamak isteyen bağışlayanın elinde hâli hazırda gerekli imkânların mevcut olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁷³⁶ Bunun yanı sıra bağışlamada bulunan kişinin ileride gerçekleşmesi olası ancak şimdiden öngörülerek bir koşul olarak düzenlenmesi mümkün olmayan ihtimaller karşısında da belirli bir korumaya sahip olduğu belirtilmelidir. Çünkü Kanun'da açıkça düzenlenmese de bağışlama sözleşmesinin de, tıpkı trust gibi, serbest dönme hakkı saklı tutularak akdedilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹⁷³⁷

Bununla birlikte koruma amacı (*paternalistic goal*) ve kalıcılık amacı (*dynastic goal*) bakımından yukarıdaki çıkarımın aynı kolaylıkla yapılması mümkün gözükmemektedir. Zira trust üzerinden sağlanabilen parçalanmış mülkiyet yapısının karşılıksız kazandırmalara ilişkin sözleşme yapılarıyla ikame edilmesi kolay değildir. Gerek koruma gerekse kalıcılık sağlama amacıyla kurulan trustlarda kurucunun isteklerinin yerine getirileceğine olan güveninin bir bağışlayana kıyasla

¹⁷³³ Benzer yönde bkz. Oğus, s. 199-200.

¹⁷³⁴ Bkz. yukarıda s. 538.

¹⁷³⁵ Oğus, s. 200.

¹⁷³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan/Baysal/Sanlı, s. 302; Vardar Hamamcıoğlu, s. 228.

¹⁷³⁷ Bu yönde bkz. Demiral, s. 44-45; Ezgi Kutluay, Bağışlama Sözleşmeleri, Turhan Kitapevi, 2016, s. 56-57; Vardar Hamamcıoğlu, s. 229-232.

daha yüksek olduğunu söylemek mümkündür. Zira trust lehtarının kazandırma konusu şey üzerindeki hakkı tam bir mülkiyet hakkı değildir. Dolayısıyla bu kişinin trust fonu üzerindeki tasarruf yetkisi de kurucunun öngördüğü sınırlarla çevrelenmiş durumdadır. Buna karşılık bir bağışlama sözleşmesi ifa edildikten sonra, bu sözleşme bir koşula veya yüklemeye bağlanmış olsa bile tam hak sahibi olan kişinin kazandırmanın muhatabı olduğu açıktır. Bu nedenle kazandırma konusu şeyin veya hakkın sahibi olan bu kişinin tasarrufları, mesela bağışlananın üçüncü bir kişiye devretmeyeceğine söz vermesine rağmen yaptığı devrin hukuken geçerli bir hukuki işlem olduğu ifade edilmelidir.

Bu farklılığın temel sebebi bağışlamanın Kanun'da yeterince iyi düzenlenmemiş olması veya bağışlama sözleşmesinde menfaat dengesinin farklı bir şekilde ele alınmış olması değildir. Bunun temel sebebi bağışlamanın bir sözleşme niteliğine sahip olmasıdır. Bu nedenle üçüncü kişiye devir veya iflas riski karşısında bağışlama kurumunun da tıpkı yukarıda incelenen inançlı temlik ve vekalet sözleşmesi gibi tabiri caizse eli kolu bağlı olduğu ifade edilmelidir. Bu doğrultuda trustın sağlar arası karşılıksız kazandırmalar bağlamında sunduğu katma değer karşılıksız kazandırmanın koşullarının serbestçe belirlenmesi veya esnek ve ihtiyaçlara uygun bir yapının kurulabilmesine imkân vermesi değil, kazandırmanın muhatabının kazandırma konusu üzerindeki tasarruflarının sınırlandırılması olduğunu söylemek mümkündür.

Karşılıksız kazandırmalardaki menfaatler dengesinde hangi tarafa ağırlık verileceği, diğer bir ifadeyle bağışlayanın iradesine mi yoksa bağışlananın iradesine mi öncelik verileceği kuşkusuz bir hukuk politikası sorunudur.¹⁷³⁸ Bununla birlikte kanımca sağlar arası kazandırmalar bakımından bağışlayanın korunma ihtiyacının, ölüme bağlı tasarruflarda bulunan bir kişiye kıyasla daha zayıf olduğunu söylemek mümkündür. Zira bağışlayanın birtakım çekinceleri mevcut olmasına rağmen

¹⁷³⁸ Bu konuda istenmeyen nüfuz mantığına (*dead hand rationale*) ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 418 vd.

hayattayken bu kazandırmayı yapmasını kişinin bu riski üstlenmesi olarak yorumlamak gerekir. Bunun yanı sıra bağışlamayı belirli bir koşula ya da yüklemeye bağlamış olan kişinin bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğini veya yüklemenin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek konusunda da önemli bir inisiyatif söz konusu olmalıdır. Bu nedenle bu kişinin söz gelimi bozucu koşulun gerçekleşmesi üzerine bağışlama konusunun iadesini veya yüklemenin yerine getirilmesini talep etme konusunda daha atak olmasını beklemek anlamlıdır. Öte yandan bir ölüme bağlı tasarruf söz konusu olduğunda, ölüme bağlı tasarruf ile kazandırmada bulunan kişinin konumunun aynı seviyede güçlü olmadığı açıktır. Bu nedenle kanun koyucu ölüme bağlı tasarruflar bakımından tasarrufta bulunan kişiye başka hukuki imkânlar da sunmuştur. Bu hukuki imkânların başında ise aşağıda incelenecek olan art mirasçılık ve vasiyeti tenfiz memuru kurumları gelmektedir.

3.1.3.2.2. Ölüme Bağlı Tasarruflar Bakımından Değerlendirme

Kurucunun ölüme bağlı bir tasarruf yoluyla trust kurmasının temel amacı, ölümünden sonra terekesi üzerindeki kontrolünü en azından belirli bir süre boyunca sürdürmek istemesidir. Aslında kişilere terekeleri üzerinde belirli derecede bir kontrolün sınırlı bir süre için verilmesinin anlamlı olduğunu ve bu yetkinin mülkiyet hakkının bir uzantısı olarak düşünülmesi gerektiğini söylemek mümkündür.¹⁷³⁹ Dünyadaki hukuk sistemlerine bakıldığında ise bu yetkinin sınırlarının önemli ölçüde ayrıştığı görülmektedir. Örneğin İngiliz hukukunda miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufları konusunda hemen hemen tam bir serbestisi bulunmasına karşılık, Kara Avrupası sistemlerinde saklı paylı mirasçılık kurumu, kişilerin ölüme bağlı tasarruflarının önündeki belki de en belirgin engeli teşkil etmektedir.¹⁷⁴⁰

¹⁷³⁹ Serozan/Engin, s. 36.

¹⁷⁴⁰ Marius J. De Waal, Chapter 38: Comparative Succession Law (bundan böyle 'Succession'), The Oxford Handbook on Comparative Law (ed. Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann), OUP, 2. bası, 2019, s. 1073. Ayrıca bkz. yukarıda s. 116 vd.

Kara Avrupası sistemlerinin, özellikle Türk-İsviçre ve Alman hukuklarının, miras bırakana sunulan tasarruf serbestisinin yanında İngiliz hukukundan ayrıldığı bir diğer nokta, ölüme bağlı tasarruf ile kurulan trusta işlevsel olarak denk gelen tek tip bir hukuki aracın bulunmamasıdır.¹⁷⁴¹ Zira bu sistemlerde trusta işlevsel olarak denk geldiği düşünülebilecek olan hukuki araçların, borçlar hukuku ve miras hukuku sistemlerinde dağınık bir şekilde karşımıza çıktığı görülmektedir. Bunların başında gelen art mirasçılık ve vasiyeti yerine getirme görevlisi kavramları ile vakıf kurumu aşağıda öneminden dolayı ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.¹⁷⁴²

a. Art Mirasçılık

Daha önce de belirtildiği üzere miras planlaması bağlamında trustın yerine getirdiği temel işlevlerden biri, birden fazla kişinin kademeli olarak kazandırmadan yararlanabilmesinin sağlanabilmesidir.¹⁷⁴³ Bu şekilde belirli bir süre boyunca (ki bu genellikle ilk kademedeki mirasçının ölümüne kadarki süre olarak belirlenmektedir) lehtarlardan birinin kazandırmadan yararlanabileceği, bu sürenin geçmesinden sonra ise bir başka lehtarın ya da lehtarların trust fonu üzerinde tam mülkiyet hakkını kazanacağı düzenlenebilmektedir.¹⁷⁴⁴ Bu süreci ve geçişi ise kuşkusuz güvenilen yönetmektedir.

Trustın bu spesifik işlevi hukukumuzda art mirasçılık kurumu üzerinden gerçekleştirilebilmektedir.¹⁷⁴⁵ Olağanüstü ikame olarak da anılan art mirasçılık TMK'nın 521 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁷⁴⁶ Bu hükümler doğrultusunda

¹⁷⁴¹ Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. Kötz, s. 111; Neu, s. 84.

¹⁷⁴² Kötz, s. 111; Neu, s. 84.

¹⁷⁴³ Neu, s. 85.

¹⁷⁴⁴ Bu durumda ilk kademedeki lehtarın menfaati *life interest*, bu kişinin ölümünden sonraki kademedeki yer alan lehtarın menfaati ise *remainder interest* olarak nitelendirilmektedir.

¹⁷⁴⁵ Neu, s. 85. Benzer yönde bkz. Archie Allen, *Notwendigkeit und Einführungsmöglichkeiten des Trust in Continentalen Rechtssystemen*, Diss. Ludwig Maximilians Universität, Münih, 1961, s. 89; Reymond, *Trust*, s. 156a; Thévenoz, *Réforme*, s. 297.

¹⁷⁴⁶ İmre/Erman, s. 150; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras*, s. 290; Serozan/Engin, s. 414.

mirasbırakanın kademeli bir mirasçılık yapısı oluşturması mümkündür.¹⁷⁴⁷ Hatta TMK m. 583 doğrultusunda mirasın açıldığı anda henüz var olmayan kişilerin dahi art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak atanabileceğinin kabul edilmesiyle, miras bırakanın bu konudaki serbestisinin sınırlarının da epey genişletildiği ifade edilmelidir.¹⁷⁴⁸

Serozan/Engin'in deyişiyle art mirasçılık kurumu miras bırakan kişinin “ölüm sonrasına hükmetme konusundaki erkini genişletir.”¹⁷⁴⁹ Bu kurum sayesinde miras bırakan, ölüme bağlı tasarruf serbestisi bağlamında sadece ölümü anında kimlerin, ne şekilde mirasçısı ya da vasiyet alacaklısı olacağını belirlemekle kalmaz, bunun daha da ötesine giden, daha uzun süre boyunca etkili olacak bir düzenlemede bulunur. Ancak miras bırakanın ölümü sonrasına hükmetme konusundaki bu gücünün sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Zira TMK m. 521/2’de açıkça düzenlendiği üzere miras bırakan, art mirasçılık kurumundan sadece bir kademe için yararlanabilir.¹⁷⁵⁰ Bu kural daha önce de bahsedildiği gibi aile fideikomisi

¹⁷⁴⁷ Bu durumda ön mirasçının mirasçılığının bozucu bir şarta, art mirasçının mirasçılığının ise geciktirici bir şarta tâbi olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. *BSK ZGB II/B/Rickli*, Art. 488, N. 2; *Mischa Salathé*, Die Nacherbfolge im schweizerischen Recht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, s. 7; *Serozan/Engin*, s. 417; *Steinauer*, s. 281-281; *Peter Weimar*, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen Art. 457-516 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 2009, Vorbemerkungen Art. 488, N. 15. Krş. *İmre/Erman*, s. 153.

¹⁷⁴⁸ İlgili hükmün ilk fıkrası şu şekildedir: “Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir.” Henüz var olmamaktan kasıt, mirasın açıldığı anda henüz döllenenmiş, diğer bir deyişle ana rahmine düşmemiş olmaktır. Zira mirasın açıldığı anda ana rahmine düşmüş olan bir kişinin sağ doğmak koşuluyla mirasçılık sıfatını kazanacağı zaten TMK m. 28/2 hükmü doğrultusunda belirlidir. Burada TMK m. 583’ün katkısı, henüz ana rahmine düşmemiş kişilerin de art mirasçı ya da art vasiyet alacaklısı olarak atanabilmesidir. Bkz. *Salathé*, s. 37 vd.; *Serozan/Engin*, s. 416; *Özdemir*, s. 107 vd.; *Thévenoz*, Réforme, s. 297.

¹⁷⁴⁹ *Serozan/Engin*, s. 417. Benzer yönde bkz. *BSK ZGB II/Bessenich/Rickli*, Vor Art. 488-492a, Rn. 1; *İmre/Erman*, s. 152; *Steinauer*, s. 282.

¹⁷⁵⁰ TMK m. 521/2: “Aynı yükümlülük artmirasçıya yüklenemez.” Bkz. *BSK ZGB II/Bessenich/Rickli*, Art. 488, N. 4; *İmre/Erman*, s. 154; *Kocayusufpaşaoğlu*, Miras, s. 290; *Salathé*, s. 22 vd.; *Steinauer*, s. 282-282; *Weimar*, Art. 488, N. 9 vd. Alman hukukunda bunun yanı sıra 30 senelik bir süre sınırı daha öngörülmüştür. BGB § 2109 uyarınca art mirasçının, mirasın açılmasından itibaren 30 yıl içinde bu hakkı kazanması gerekmektedir. Bkz. *Allen*, s. 90; *Kötz*, s. 106; *Neu*, s. 86.

yaşasının TMK'da yer alan iki görünümünden biridir.¹⁷⁵¹ Art mirasçının kazanımının ön mirasçının ölümüne değil, bir vadeye bağlandığı ihtimalde ise bu sürenin 100 yıl ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁵² Miras bırakanın ölümünden sonraki bu kontrol kabiliyetinin belirli bir süreyle sınırlı tutulmasının sebebi, trust bakımından ebedilik yaşasının öngörülüşünün arkasındaki nedene paraleldir.¹⁷⁵³ Bu bağlamda iki kurumun birçok açıdan birbiriyle örtüştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

İki kurumun birbiriyle örtüştüğü bir diğer nokta, kademeli mirasçılık durumunda terekenin nihai mirasçıya ulaşana kadar bir özel mal varlığı teşkil etmesidir. Tıpkı trust yapısında olduğu gibi, ön mirasçılık durumunda da terekenin bir özel mal varlığı olduğu¹⁷⁵⁴ ve bu özel mal varlığı üzerinde aynı ikame ilkesinin işlediği kabul edilmektedir.¹⁷⁵⁵ Bununla birlikte arada önemli bir fark bulunmaktadır. Trust yapısında, güvenilenin lehtarlardan biri olduğu istisnai kurgu dışında, bu özel mal varlığı lehtar dışında bir üçüncü kişi olan güvenilenin elinde tutulmaktadır.¹⁷⁵⁶ Buna karşılık art mirasçılık yapısında ön mirasçı, mirasın açılmasıyla terekenin ilgili kısmı üzerinde mülkiyet hakkını (daha sonra art mirasçıya devir yükümlülüğüne tâbi olarak) doğrudan kazanmaktadır.¹⁷⁵⁷ Bu farklılığın temel yansımaları ise şunlardır:

¹⁷⁵¹ BSK ZGB II/Bessenich/Rickli, Art. 488, N. 4; Salathé, s. 22; Steinauer, s. 283; Weimar, Art. 488, N. 11. Diğeri ise aile vakıflarına ilişkin TMK m. 372/2 (İBK m. 335/2) hükmüdür.

¹⁷⁵² BSK ZGB II/Bessenich/Rickli, Art. 488, N. 4; Salathé, s. 15; Serozan/Engin, s. 313-314; Weimar, Art. 488, N. 14.

¹⁷⁵³ Bu sebeplere ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 418 vd.

¹⁷⁵⁴ Ayiter, s. 33; İmre/Erman, s. 153; Serozan/Engin, s. 316; Steinauer, s. 286; Weimar, Art. 491, N. 7.

¹⁷⁵⁵ İmre/Erman, s. 157; Serozan/Engin, s. 422; Weimar, Art. 491, N. 7-8. Ancak miras bırakanın art mirasçının kazanımını, ön mirasçının faydalanmasından sonra terekenin kalanıyla sınırlandırması da mümkündür. Bu durumda 'bakiyeye ait olağanüstü ikame' söz konusu olur. Bkz. İmre/Erman, s. 160; Steinauer, s. 288-289. Bakiyeye ait olağanüstü ikame söz konusu olduğundaysa aynı ikame ilkesi doğası gereği bir kenara itilir.

¹⁷⁵⁶ Bkz. yukarıda s. 98 vd.

¹⁷⁵⁷ Reymond, Trust, s. 156a. İlgili hüküm şu şekildedir: TMK m. 524: "Önmirasçı, mirası atanmış mirasçılar gibi kazanır./ Önmirasçı, mirasa artmirasçıya geçirme yükümlülüğü ile sahip olur." Bu düzenlemeye ilişkin olarak bkz. İmre/Erman, s. 156; Steinauer, s. 285.

- Öncelikle art mirasçının kimliğinin (bu kişi henüz sağ olmayan (*nondum conceptus*) bir varlık dahi olsa) miras bırakan tarafından belirlenmiş olması şarttır.¹⁷⁵⁸ Bunun sebebi, art mirasçının da tıpkı ön mirasçı gibi, miras bırakanın mirasçısı olmasıdır.¹⁷⁵⁹ Buna karşılık ihtiyari trust yapısında ikinci ve sonraki kademelerdeki lehtarın kim olacağını takdir etme yetkisinin de güvenilene bırakılması mümkündür.

- İkinci önemli farklılık art mirasçının beklentisinin korunması metodu yönünden karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere trust yapısında ikinci kademedeki lehtarın da birinci kademedeki lehtarın da hakkı bir türev mülkiyet hakkıdır. Trust fonunun asli mülkiyeti ise güvenilende olduğu için fonun yönetimi yetkisi de bu kişidedir. Bu nedenle prensipte farklı kademelerdeki lehtarların birbirlerine karşı bir yükümlülükleri ya da taahhütleri bulunmadığı için, bu kişiler arasında bu yönde bir uyuşmazlıktan söz edilmesi mümkün değildir. Zira trust fonunun yönetimi ve kurucunun isteklerini ifa görevi, kural olarak bir üçüncü kişi olan ve adeta bir 'hakem' gibi görev yapan güvenilene aittir. Dolayısıyla bu yapıda olsa olsa güvenilenin yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemesi ve bu nedenle lehtarların menfaatlerinin zarara uğrama riskiyle karşılaşması mümkün olabilir; ki bu durumda da lehtarların türev mülkiyet hakları sayesinde sahip oldukları korumanın kapsamlı olduğu hatırlanacaktır.¹⁷⁶⁰

Buna karşılık art mirasçılıkta terekenin yönetimi ön mirasçıya ait olup art mirasçının geciktirici koşula bağlı bir hakkı söz konusudur.¹⁷⁶¹ Diğer bir deyişle yukarıdaki kurgunun aksine kural olarak burada bir hakem görevi yapan ve böylece farklı kademedeki menfaat sahipleri arasında ortaya çıkabilecek asil vekil sorununu bertaraf edecek bir güvenilen yoktur.¹⁷⁶² Bu nedenle söz konusu geciktirici koşul

¹⁷⁵⁸ İmre/Erman, s. 151; Serozan/Engin, s. 416.

¹⁷⁵⁹ İmre/Erman, s. 151; Steinauer, s. 280-281.

¹⁷⁶⁰ Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda lehtarın sahip olduğu hukuki imkânlarla ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 335 vd.

¹⁷⁶¹ BSK ZGB II/Bessenich/Rickli, Vor Art. 488-492a, Rn. 3; Serozan/Engin, s. 417.

¹⁷⁶² Asil vekil sorunu kavramına ilişkin olarak bkz. yukarıda dn. 614.

gerçekleşene kadar, eş deyişle ölüme bağlı tasarrufta belirtilen geçiş anının gelmesine veya böyle bir düzenleme yoksa ön mirasçının ölümüne kadar geçen sürede bu kişinin menfaatinin nasıl korunacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu bu bağlamda TMK m. 523 ile bir güvence sistemi öngörmüştür. İlgili hüküm şu şekildedir: “Önmirasçıya geçen mirasın sulh mahkemesince defteri tutulur./ Mirasbırakan açıkça bağışık tutmadıkça, mirasın önmirasçıya teslimi onun güvence göstermesine bağlıdır. Taşınmazlarda bu güvence, yeterli görüldüğü takdirde miras geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesiyle de sağlanabilir./ Önmirasçı güvence göstermez veya artmirasçının beklenen haklarını tehlikeye düşürürse, mirasın resmen yönetimine karar verilir.”¹⁷⁶³ Ancak şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucu ön mirasçının vereceği güvence konusunda bir sınırlama getirmemiştir.¹⁷⁶⁴ Dolayısıyla ön mirasçı aynı bir güvence verebileceği gibi, şahsi bir güvence de verebilir. Hangi güvence türünün tercih edildiğine göre art mirasçının beklenen hakkının korunması bağlamında önemli farklılıklar söz konusu olacağı açıktır. Örneğin ön mirasçı bir garanti ya da kefalet vermişse, bu durumda art mirasçının menfaatlerinin korunması garanti verenin veya kefilin ödeme gücüne doğrudan bağlı olacağından, art mirasçının trust yapısında ikinci kademedeki lehtara göre daha dezavantajlı bir konuma sahip olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca özellikle art mirasçının kendi lehine yapılan bu ölüme bağlı tasarruftan haberdar olmaması ihtimalinde bu kişinin beklentisinin boşa çıkmasının pek de düşük bir ihtimal olmadığı belirtilmelidir.¹⁷⁶⁵

Bu nedenle ölüme bağlı tasarrufta bulunarak bir art mirasçılık yapısı yaratan kişinin iradesine saygı duyulup duyulmayacağı konusunda bir tereddütü varsa, aynı zamanda bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atamasının isabetli olacağı belirtilmelidir. Nitekim bir ölüme bağlı tasarrufta art mirasçılık kurumunun ancak vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumuyla birlikte düzenlenmesi ihtimalinde

¹⁷⁶³ Hükme ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Salathé, s. 76 vd.

¹⁷⁶⁴ Salathé, s. 83.

¹⁷⁶⁵ Serozan/Engin, s. 422.

trusta işlevsel olarak denk gelen bir hukuki yapıya ulaşılabilmektedir.¹⁷⁶⁶ Bu doğrultuda aşağıda TMK m. 550 ve devamı hükümlerinde düzenlenen vasiyeti yerine getirme görevlisi kavramı kısaca incelenecektir.

b. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi Atama

Nasıl ki art mirasçılık miras bırakanın ölümünden sonra da mal varlığına hükmetme erkini genişleten bir kurum olarak düşünülüyorsa,¹⁷⁶⁷ vasiyeti yerine getirme görevlisi de bu kişinin *ölüm sonrasına hükmetme erkini hayata geçiren kişi* olarak düşünülmelidir.¹⁷⁶⁸ TMK m. 552/1'de de açıkça ifade edildiği üzere vasiyeti yerine getirme görevlisi, miras bırakanın son arzularını (bunlar mirasçıların bir kısmının menfaatlerine aykırı da olsa) hayata geçirmek için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.¹⁷⁶⁹

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin hukuki niteliği öğretilerde tartışmalıdır.¹⁷⁷⁰ Ancak vasiyeti yerine getirme görevlisinin bir tür *post mortem* vekil niteliğine sahip olduğunu benimseyen görüşün¹⁷⁷¹ dahi kabul ettiği üzere vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılar tarafından azledilmesi mümkün değildir.¹⁷⁷² Diğer bir deyişle vasiyeti yerine getirme görevlisinin mirasçılar karşısında bağımsız bir konuma sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁷³

¹⁷⁶⁶ De Waal, Succession, s. 1080. Benzer yönde bkz. Hans Rainer Künzle, Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügung von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker Art. 517-518 ZGB, Stämpfli Verlag AG Bern, 2011, Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 55.

¹⁷⁶⁷ Serozan/Engin, s. 417.

¹⁷⁶⁸ Serozan/Engin, s. 3443.

¹⁷⁶⁹ Akbıyık, Vasiyet, s. 16; Serozan/Engin, s. 444.

¹⁷⁷⁰ Vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumunun hukuksal niteliğine ilişkin olarak bkz. Akbıyık, Vasiyet, s. 20 vd.; BSK ZGB II/Karrer/Vogt/Leu, Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 5 vd.; Köksal Kocağa, Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin Yayınları, 2006, s. 79 vd.; Künzle, Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 25 vd.; Steinauer, s. 540-541.

¹⁷⁷¹ Bu yönde örneğin bkz. Akbıyık, Vasiyet, s. 40; Serozan/Engin, s. 444. Bu görüşe ilişkin olarak ayrıca bkz. Kocağa, s. 87-89.

¹⁷⁷² Kocayusufoğlu, Miras, s. 298; Serozan/Engin, s. 444.

¹⁷⁷³ Akbıyık, Vasiyet, s. 15.

Terekeyi miras bırakanın iradesine uygun bir şekilde yönetmek ve paylaşmakla yükümlü olan vasiyeti yerine getirme görevlisinin birçok açıdan trust yapısındaki güvenilene benzediğini söylemek mümkündür.¹⁷⁷⁴ Bu benzerliklerden ilki, hem vasiyeti yerine getirme görevlisinin hem de trustta güvenilenin atanmasının arkasında bir tek taraflı hukuki işlemin bulunmasıdır. Bu doğrultuda yine tıpkı güvenilen gibi vasiyeti yerine getirme görevlisinin de bu görevi kabul etmesinin gerektiği ifade edilmelidir (TMK m. 550/3).¹⁷⁷⁵ Bir diğer benzerlik bu kurumların yerine getirdiği işlev bakımından karşımıza çıkmaktadır. Hem miras planlamasında kullanılan trust yapısı hem de vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasıyla ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin, terekesi üzerinde üçüncü bir kişi eliyle, bir süre daha kontrole sahip olması sağlanmaktadır.¹⁷⁷⁶ Örneğin mirasçısının savurganlığından ya da mal varlığını yönetme yetisinden şüphe duyan bir kurucunun, bu kurumlara başvurmak suretiyle hem mirasçısına belli aralıklarla sağlanacak bir kazandırmada bulunabilmesi hem de söz konusu bu mal varlığını mirasçının savrukluğundan ya da deneyimsizliğinden koruyabilmesi mümkün olmaktadır.¹⁷⁷⁷

Öte yandan trust ve vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumları arasında birtakım önemli farklılıklar bulunduğu da ifade edilmelidir. Bu farklılıkların başında güvenilenin trust fonu üzerinde bir mülkiyet hakkına sahip olmasına karşılık vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke üzerinde bir aynı hak sahibi olmaması gelmektedir.¹⁷⁷⁸ Bilindiği üzere miras hukukunda külli iktisap ilkesi gereği mirasın açılmasıyla birlikte mirasçılar kendiliğinden tereke üzerinde mülkiyet hakkını

¹⁷⁷⁴ Benzer yönde bkz. **Allen**, s. 86; **Druey**, s. 183; **Kötz**, s. 98; **Künzle**, Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 55; **Reymond**, Trust, s. 179a.

¹⁷⁷⁵ **BSK ZGB II/Karrer/Vogt/Leu**, Art. 517, N. 21; **Künzle**, Art. 517-518, N. 27 vd.; **Steinauer**, s. 542.

¹⁷⁷⁶ **Reymond**, Trust, s. 183a.

¹⁷⁷⁷ **Reymond**, Trust, s. 179a.

¹⁷⁷⁸ **Cincelli**, s. 466; **İmre/Erman**, s. 169; **Gubler**, s. 356a; **Kötz**, s. 98; **Künzle**, Art. 517-518, N. 76; **Reymond**, Trust, s. 158a. Bu nedenle terekenin tıpkı trust yapısında olduğu gibi, vasiyeti yerine getirme görevlisinin iflası riskine karşı başışıklık sahibi olduğu belirtilmelidir. Bkz. **Gubler**, s. 355a.

kazanır (TBK m. 599/1).¹⁷⁷⁹ Miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufunda bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atanacağını öngörmüş olması ise bu *ipso iure* hak kazanımı bakımından bir engel teşkil etmez.¹⁷⁸⁰ Bununla birlikte vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmış olmasının mirasçılarının kendiliğinden hak kazanımını etkilemese de, mirasçılarının şahsi mal varlığı ile tereke mal varlığının terekenin açılması anında birbirine karışmasını engellediği belirtilmelidir.¹⁷⁸¹ Diğer bir deyişle vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi sona erene kadar terekenin bir özel mal varlığı teşkil ettiği ve bu özel mal varlığı üzerinde de aynı ikame ilkesinin işlediği kabul edilmektedir.¹⁷⁸² Bu açıdan bakıldığında trust yapısı ve vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumu arasında göze çarpan bir paralellik bulunduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.¹⁷⁸³

İki kurum arasındaki önemli farklılıklardan bir diğeri ise vasiyeti yerine getirme görevlisinin ve trust güvenilenin yetkilerinin kapsamına ilişkindir. TMK m. 552/1 uyarınca "*Mirasbırakan, tasarrufunda aksini öngörmüş veya sınırlı bir görev vermiş olmadıkça vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir.*" Bu hükümden ilk bakışta vasiyeti yerine getirme görevlisinin yetkilerinin sınırsız olduğunun izlenimi doğsa da bu çıkarım isabetli değildir.¹⁷⁸⁴ Zira ölümüne bağlı tasarruflar bakımından geçerli olan maddi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlılık prensibi (*Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit*), vasiyeti yerine getirme görevlisinin takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlamaktadır.¹⁷⁸⁵ *Delegasyon*

¹⁷⁷⁹ Künzle, Art. 517-518, N. 73.

¹⁷⁸⁰ Akbıyık, Vasiyet, s. 62. Benzer yönde bkz. Künzle, Art. 517-518, N. 76.

¹⁷⁸¹ Akbıyık, Vasiyet, s. 62. Bu durumda mülkiyet hakkı mirasçılara ait olmakla birlikte, bu mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi vasiyeti yerine getirme görevlisine aittir. Bkz. İmre/Erman, s. 169; Künzle, Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 55; Steinauer, s. 551.

¹⁷⁸² Bkz. Akbıyık, Vasiyet, s. 62-64. Ayrıca bkz. Eggel, s. 220-221.

¹⁷⁸³ Zira hatırlanacağı üzere trust fonu da güvenilenin mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturmakta ve *civil law* sistemlerindeki aynı ikame prensibine hemen hemen denk düşen *tracing* usulü ile korunmaktadır. Buna ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 385 vd.

¹⁷⁸⁴ Akbıyık, Vasiyet, s. 68.

¹⁷⁸⁵ Akbıyık, Vasiyet, s. 68; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 146; Weimar, Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen, N. 27 vd. Ayrıca bkz. BSK ZGB II/Karrer/Vogt/Leu, Art. 518, N. 11.

yasağı olarak da anılan bu prensip doğrultusunda ölüme bağlı tasarrufta bulunan bir kişinin kazandırmanın türünü, konusunu veya lehtarını seçme yetkisini bir başkasına, örneğin vasiyeti yerine getirme görevlisine devredemeyeceği kabul edilmektedir.¹⁷⁸⁶ Diğer bir deyişle ölüme bağlı tasarrufta bulunan kişinin kazandırmanın türünü, lehtarını, tutarını bizzat belirlemiş olması şarttır.¹⁷⁸⁷ Buna karşılık *common law* sistemlerinde trust yapısı sayesinde kurucunun daha fazla hareket kabiliyeti olduğu ve bu kararların birçoğunu güvenilene delege edebildiği anımsanacaktır.¹⁷⁸⁸

Bu bağlamda iki kurum arasında değinilmesi gereken son önemli fark, güvenilenin ve vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev süresine ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatırlanacağı üzere trustın ebedilik yasağını ihlal etmeyecek şekilde ancak epey uzun süreli olarak kurulması mümkündür.¹⁷⁸⁹ Bununla birlikte miras bırakanın son arzularını yerine getirmekle görevli olan vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumu doğası gereği geçici bir karaktere sahiptir.¹⁷⁹⁰ Öte yandan hem öğretide hem de yargı kararlarında miras bırakanın üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği terekesi üzerinde görece uzun süreli bir vasiyeti yerine getirme

¹⁷⁸⁶ Akbıyık, Vasiyet, s. 68; Peter Breitschmid, Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit letzwilliger Anordnungen – ein Diskussionsbeitrag, Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages (ed. Annasofia Kamp/Raphael Kobler/Bettina Lienhard/Michael Lüdi/Remo Müller), Schulthess Verlag, 2014, s. 255; Druey, s. 88; Herzog, s. 117; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 146; OFK ZGB/Studhalter, Art. 483, N. 1 ve Art. 484, N. 8; Serozan/Engin, s. 295 vd.; Supino, s. 116; Weimar, Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen, N. 27, 32. Alman hukukunda bu kurala ilişkin açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bkz. BGB § 2065(2). Hükme ilişkin olarak bkz. Reinhard Zimmermann, "Quos Titius voluerit" – Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder "power of appointment"? (bundan böyle 'Höchstpersönliche'), C. H. Beck München, 1991, s. 23 vd.

¹⁷⁸⁷ Serozan/Engin, s. 295; Weimar, Einleitung zu den Verfügungen von Todes wegen, N. 27. Benzer yönde bkz. Thévenoz, Réforme, s. 299. Kocayusufpaşaoğlu, Türk-İsviçre öğretisinde ve mahkeme kararlarında izlenen delegasyon yasağına ilişkin katı tutumu eleştirmiş ve iki şartın varlığı hâlinde delegasyonun mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu şartlardan ilki, üçüncü kişinin seçiminin hangi objektif şartlara göre yapılacağını miras bırakan tarafından belirlenmiş olması, ikincisi ise seçilmesi öngörülen dar bir kişiler grubunun miras bırakan tarafından belirlenmiş olmasıdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 150 vd.

¹⁷⁸⁸ Breitschmid, s. 257. İhtiyari trustlara ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 169 vd.

¹⁷⁸⁹ Bu süre İngiliz hukukunda 125 yıldır. Ebedilik yasağına ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 208 vd.

¹⁷⁹⁰ Künzle, Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 55; Thévenoz, Réforme, s. 298.

görevlisinin atanabileceğinin kabul edildiği görülmektedir.¹⁷⁹¹ Bu ihtimalde vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumunun trusta daha da yakınlaştığını söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁷⁹² Alman hukukunda bu sürenin 30 yıl ile sınırlı olduğu kabul edilmiştir.¹⁷⁹³ Buna karşılık Türk-İsviçre hukukunda uzun süreli vasiyeti yerine getirme görevlisine ilişkin bir hüküm olmadığından, buna ilişkin tavan süre bakımından da bir açıklık olmadığını söylemek mümkündür. Öğretide TMK m. 521/2 (ZGB Art. 488/2) hükmünden yola çıkarak, vasiyeti yerin getirme görevlisinin süresinin ilk aşamadaki mirasçılarının yaşam süresiyle sınırlı olması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁷⁹⁴

c. Vakıf Kurma

Türk-İsviçre hukukunda sağlar arası işlemlerin ve ölüme bağlı tasarrufların farklı geçerlilik şartlarına ve ilkelere tâbi olduğunu, bu nedenle ölüm olayının kişinin mal varlığına ilişkin yaptığı düzenlemeleri sekteye uğratma riskini barındırdığını söylemek mümkündür.¹⁷⁹⁵ Bu nedenle kişinin mal varlığı üzerindeki kontrolü daha uzun bir süre ve en önemlisi ölümünde sekteye uğramayacak bir şekilde sağlaması, diğer bir deyişle kalıcılık amacına ulaşmasının akla gelen ilk yolu kişinin varlığından bağımsız, ayrı bir kişiliğe sahip bir mal topluluğu, yani vakıf kurmasıdır.¹⁷⁹⁶ Aile vakıflarının ancak Kanun'da açıkça düzenlenen sınırlı amaçlar için kurulabileceğinden ve bu kurumun Türk hukukundaki uygulamasının

¹⁷⁹¹ Bu yönde örneğin Akbıyık, Vasiyet, s. 190; BSK ZGB II/Karrer/Vogt/Leu, Art. 518, N. 9; Künzle, Art. 517-518, N. 51; Reymond, Trust, s. 179a; Thévenoz, Réforme, s. 298. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yönde kararlarına örnek olarak bkz. BGE 51 II 49; JT 1925 I 343.

¹⁷⁹² Künzle, Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 55.

¹⁷⁹³ Alman hukukunda vasiyeti yerine getirme görevlisinin uzun süreli atanabileceğine ilişkin açık hüküm bulunmaktadır. Bkz. BGB § 2209: "Der Erblasser kann einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen; er kann auch anordnen, dass der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat. (...)". Ancak bu sürenin 30 yıl ile sınırlı olduğu bir sonraki hükümde açıkça düzenlenmiştir. Bkz. BGB § 2210: "Eine nach § 2209 getroffene Anordnung wird unwirksam, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind. (...)".

¹⁷⁹⁴ Bkz. BSK ZGB II/Karrer/Vogt/Leu, Art. 518, N. 9; Künzle, Art. 517-518, N. 52.

¹⁷⁹⁵ Thévenoz, Réforme, s. 299.

¹⁷⁹⁶ Serozan/Engin, s. 423; Thévenoz, Réforme, s. 299.

neredeşye görünmez olduğundan daha önce bahsedilmişti.¹⁷⁹⁷ Bunun yanı sıra TMK m. 101 vd. maddelerinde düzenlenen olağan vakfın da bu kaygılara sahip bir kişi için ideal hukuki araç niteliğinde olmadığını söylemek mümkündür.¹⁷⁹⁸

Bu önermenin arkasındaki gerekçeleri incelemeye geçmeden önce bir vakfın ne zaman olağan vakıf, ne zaman bir aile vakfı olduğunun açıklığı kavuşturulması isabetli olacaktır. Bir vakfın niteliği vakıf kurucusunun beyanı değil, objektif kıstaslar esas alınarak belirlenmektedir.¹⁷⁹⁹ Dolayısıyla bir kimsenin aile üyelerini lehtar olarak belirlediği bir vakıf kurması durumunda, bu vakfın bir aile vakfı olduğunun ve TMK m. 372/1'deki sınırlamaların devreye girdiğinin kabul edilmesi gerekir.¹⁸⁰⁰ Diğer bir ifadeyle kurucunun aile üyelerine vakıf kurmak yoluyla yapabileceği kazandırmalar ancak bu kişilerin eğitim, öğrenim, donanım ve desteklenmeleri ve buna benzer amaçlar söz konusuysa mümkündür. Dolayısıyla vakıf kurumunun, bunlar dışındaki bir saikle yapılan aile içi karşılıksız kazandırmalar bakımından trust yapısına makul bir alternatif oluşturmadığı ifade edilmelidir.

Kurucunun aile üyeleri dışında kalan bir kişiyi ya da kişileri lehtar olarak belirlediği olağan vakıflara bakıldığında, bunların da birkaç sebep nedeniyle özel amaçlı trustlar (*private trust*) karşısında güçlü bir alternatif oluşturmadığı görülmektedir.¹⁸⁰¹ TMK m. 101/1 uyarınca "*Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel*

¹⁷⁹⁷ Bkz. yukarıda s. 82-83.

¹⁷⁹⁸ Olağan vakıf ifadesinden kasıt, TMK m. 101 vd. maddeleri doğrultusunda kurulmuş, kamuya yararlı vakıflar, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları ve aile vakıfları gibi özel nitelikli vakıfların dışında kalan vakıflardır. Bkz. **BSK ZGB I/Grüninger**, Art. 80, N. 3; **Mehmet Ayan/Nurşen Ayan**, *Kişiler Hukuku*, 2. bası, Mimoza Yayınevi, 2007, s. 181; **Mustafa Dural/Tufan Öğüz**, *Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku*, Filiz Kitapevi, 19. bası, 2018, s. 337; **Christina Spielvogel**, *Die schweizerische und österreichische Privatstiftung im Vergleich*, Wiener Universitätsverlag, 1999, s. 29-30.

¹⁷⁹⁹ **Hans Michael Riemer**, *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung, 3. Teilband: Die Stiftungen (Art. 80-89bis ZGB)*, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1975, Systematischer Teil, N. 100, 152.

¹⁸⁰⁰ **Riemer**, Systematischer Teil, N. 152.

¹⁸⁰¹ Özel amaçlı trust (*private trust*), hayır işleri trustı (*charitable trust*) dışında kalan iradi trustları kapsamak için kullanılan bir ifadedir.

kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.” Bu hüküm ışığında vakfın üç temel unsurunun bulunduğu söylenebilir: Belirli ve sürekli bir amaca özgülenme, mal topluluğu ve tüzel kişilik.¹⁸⁰² Bu unsurlardan ilki olan belirli ve sürekli amaca özgülenme, vakfın iradi trusta alternatif teşkil edebilecek bir hukuki kurum olarak değerlendirilmesinin önündeki birincil engeldir. Zira günümüzde hâlâ tartışmalı olmakla birlikte vakıfların kural olarak iktisadi bir amaç için kurulamayacağı kabul edilmektedir.¹⁸⁰³ Diğer bir deyişle vakfın ancak ideal bir amaç için kurulması mümkündür. Kuşkusuz bu noktada iktisadi amaçtan kastın ne olduğu büyük önem taşımaktadır. *Dural/Öğüz*'e göre iktisadi amaç, “*vakfın, vakıftan yararlananlara, herhangi bir şartı yerine getirme zorunda olmaksızın, yani ekonomik güçlük içinde bulunma; bir araştırma projesinin veya diğer bir bilimsel çalışmanın gerçekleştirilmesi ve benzeri gibi bir ekonomik ihtiyaç durumunda bulunmaksızın para ya da diğer bir şekilde ekonomik fayda sağlanması halinde söz konusu olur.*”¹⁸⁰⁴ Bu yorum ışığında bir kimsenin trust yapısının aksine belirli bir mal varlığını, söz gelimi eğitim, tedavi, araştırma gibi spesifik bir amaç belirlemeksizin bir vakfa özgülemesi mümkün gözükmemektedir.¹⁸⁰⁵ Bu nedenle her ne kadar

¹⁸⁰² M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 16. bası, Filiz Kitapevi, 2016, s. 368. Benzer yönde bkz. *Ayan/Ayan*, s. 179; *Riemer*, Art. 80, N. 19.

¹⁸⁰³ *BSK ZGB I/Grüniger*, Vor Art. 80-89a, N. 1; *Murat Doğan/Şafak Narbay*, İktisadi Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadi İşletme İşletmesi, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 437 vd.; *Dural/Öğüz*, s. 364; *Metin İkizler*, Türk Hukukunda Vakıfların Amacı ile İlgili Bazı Sorunları, Değerlendirme ve Öneriler, *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı*, C. 2, Adalet Yayınevi, 2012, s. 308-309; *Riemer*, Systematischer Teil, N. 403 vd.; *Serozan*, Tüzel Kişiler, s. 89. Krş. *Ayan/Ayan*, s. 180; *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, s. 389-390. 5737 s. Vakıflar Kanunu'nun 26. maddesi de bu görüşü destekler niteliktedir. İlgili hüküm şu şekildedir: “*Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadi işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler. Şirketler dahil iktisadi işletmelerden elde edilen gelirler vakfın amacından başka bir amaca tahsis edilemez. (...)*”

¹⁸⁰⁴ *Dural/Öğüz*, s. 364. Kanımca bu geniş yorumun aslında Kanun'un özüyle ve bunun bir yansıması olan TMK m. 372/1'le de uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Eleştiriye açık olmakla birlikte mevcut hukuki düzende nasıl ki aile vakfı üzerinden aile bireylerine amacı belirli olmayan, sınırsız bir ekonomik yararlanma sağlanması mümkün değilse (bkz. *Rona Serozan*, *Tüzel Kişiler* (bundan böyle 'Tüzel'), Filiz Kitapevi, 1990, s. 87), belirli ve özel bir amaca yönelik olmayıp sadece kazandırma saikiyle kurulan olağan vakıfların da geçersiz olması isabetli gözükmemektedir.

¹⁸⁰⁵ *Ahmet İşeri*, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf*, Sevinç Matbaası Ankara, 1968, s. 43.

teorik olarak vakfın amacının kamuya yararlı olması gerekmesi de,¹⁸⁰⁶ vakıfların iktisadi amaçla kurulamamasına ilişkin ilke nedeniyle uygulamada Türkiye'deki vakıfların hemen hemen hepsinin hayır işlerinin yerine getirilmesi veya kamu yararı sağlamak amacıyla kurulduğunu söylemek mümkündür.¹⁸⁰⁷

Kanımca trust ve vakıf arasındaki bu ayrımın temelinde iki kurumun merkezinde yer alan unsurların farklılık göstermesi hususu yatmaktadır. Hatırlanacağı üzere geleneksel anlamda trust yapısının temel ve olmazsa olmaz unsuru bu trust fonundan yararlanacak kişi, yani lehtardır. Lehtar ilkesi olarak anılan bu prensip doğrultusunda trust yapısının geçerli bir şekilde kurulabilmesi için lehtarın belirli ve belirlenebilir olması gerekmektedir.¹⁸⁰⁸ Kurucu ancak çok istisnai hâllerde trust fonunun hangi amaçla kullanılabileceğini belirleme hakkına sahiptir.¹⁸⁰⁹ Buna karşılık vakıfta *işlemin kurucu, yapısal ve asal ögesi* lehtar değil, amaç unsurudur.¹⁸¹⁰ Bu nedenle iki kurum arasında amaç unsuruna atfedilen önem bakımından çarpıcı bir fark söz konusudur.¹⁸¹¹ Bu fark nedeniyle Türk-İsviçre hukukunda kurulan vakıfların işlevsel olarak İngiliz hukukunda kişi lehine değil, bir amaç uğruna kurulan hayır işleri trustına (*charitable trust*) denk geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁸¹²

Vakfın özel kazandırma amaçlarına hizmet edecek şekilde kullanılmamasının bir diğer nedeni ise vakıf kurumuyla bağlantılı olarak ortaya çıkan bürokratik yüküdür.

¹⁸⁰⁶ TMK m. 101/3 hükmü saklı kalmak üzere vakfın amacının serbestçe belirlenebileceğine ilişkin olarak bkz. **Dural/Öğüz**, s. 362-363; **İkizler**, s. 306; **İşeri**, s. 38; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 384.

¹⁸⁰⁷ **Dural/Öğüz**, s. 363; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 384. Ayrıca bkz. **Doğan/Narbay**, s. 437; **İkizler**, s. 308. Ayrıca bkz. **Christoph Kerres/Florian Proell**, Austrian Private Foundation Act - A Practitioner's Guide, Lexis Nexis, 2012, s. 2. Benzer yönde bkz. **BSK ZGB I/Grüninger**, Vor Art. 80-89a, N. 1 ("*Die Stiftung gilt als Inbegriff des Idealen bzw. als klassisches Instrument für gemeinnützige Organisationen (...)*")

¹⁸⁰⁸ Lehtar ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 145 vd.

¹⁸⁰⁹ Bkz. yukarıda s. 145 vd.

¹⁸¹⁰ **Serozan**, Tüzel, s. 81. Benzer yönde bkz. **BSK ZGB I/Grüninger**, Art. 80, N. 12; **Riemer**, Art. 80, N. 36.

¹⁸¹¹ Benzer yönde bkz. **Cincelli**, s. 103; **Seiler**, s. 69-70.

¹⁸¹² **Böckli**, s. 11; **Cincelli**, s. 103; **Gubler**, s. 437a; **Riemer**, Systematischer Teil, N. 585; **Reymond**, s. 141a; **Seiler**, s. 70; **Supino**, s. 107. Hayır işleri trustına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 124 vd.

Türk hukukunda vakıflara ilişkin hukuki rejimin liberal bir rejim olmadığı söylenebilir. Vakfın kuruluşuna ilişkin şekil ile tescil şartı ve yürürlüğünde devreye giren sıkı denetim mekanizmasının, vakfın daha küçük çaplı mal varlıklarının ilgilendiren özel amaçlar bakımından tercih edilmemesinin bir diğer sebebi olarak düşünülmesi mümkündür.¹⁸¹³ Son olarak vakfın tescil suretiyle aleniyet kazanmasının da yaptığı kazandırmanın gizli kalmasını tercih eden bir kurucu tarafından önemli bir dezavantaj teşkil ettiği belirtilmelidir.¹⁸¹⁴

d. Değerlendirme

İngiliz hukukunun aksine *civil law* sistemlerinde miras bırakanın sahip olduğu irade serbestisi çok daha sınırlıdır.¹⁸¹⁵ Bu sınırlamaların başında ise kuşkusuz saklı paylı mirasçılık kurumu ve buna bağlı olarak azalan serbest tasarruf oranı gelmektedir.¹⁸¹⁶ Çalışmanın ilk bölümünde değinildiği üzere, her ne kadar dünya genelinde saklı paylı mirasçılık düzenlemelerinin esnetilmesi, örneğin saklı pay oranlarının düşürülmesi veya mirasçılıktan çıkarma durumlarının yeniden düzenlenmesi yönünde bir eğilim bulunsa da,¹⁸¹⁷ saklı paylı mirasçılık kurumunun günümüzde hâlâ Türk hukukunun da içinde bulunduğu bu sistemlerinin göz ardı edilemez bir özelliğini oluşturduğu ifade edilmelidir. Bunun yanı sıra ölüme bağlı tasarruflara ilişkin sınırlı sayıdalık prensibi ve aile fideikomisine yasağının çeşitli görünümleri, miras bırakanın irade serbestisini sınırlayan diğer faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸¹⁸ Bu sınırlamaların, Türk hukukunda ölüme bağlı tasarruflar vasıtasıyla üzerinde tasarruf edilebilecek ya da belirli bir süre boyunca

¹⁸¹³ Vakfın bir servet ve miras planlama aracı olarak kullanılabilmesi için bazı sistemlerde 'özel vakıf' (*Privatstiftung*) adı altında yeni bir hukuki kurgunun yaratıldığı ve bunlara uygulanacak kuralların geleneksel vakıflara kıyasla çok daha liberal bir şekilde belirlendiği görülmektedir. Avrupa'da bu eğilim ilk defa 1926 yılında Lihtenştayn hukukunda görülmüş, daha sonra bunu 1993 yılında kabul edilen kanunla Avusturya izlemiştir. Özel vakıflara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Paolo Panico**, *Private Foundations*, OUP, 2014, s. 1 vd. Avusturya hukukunda özel vakıflara ilişkin olarak bkz. **Kerres/Proell**, s. 1 vd.; **Clemens Limberg**, *Privatstiftung und Erbrecht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006, s. 1 vd.; **Spielvogel**, s. 10 vd.

¹⁸¹⁴ Benzer yönde bkz. **Gubler**, s. 434a-435a.

¹⁸¹⁵ **Baddeley**, s. 282. Ayrıca bkz. yukarıda s. 116 vd.

¹⁸¹⁶ **De Waal**, *Succession*, s. 1073; **Perrin**, s. 169.

¹⁸¹⁷ Bkz. yukarıda s. 116 vd.

¹⁸¹⁸ **Perrin**, s. 169.

kontrol sağlanabilecek mal varlığının kapsamını önemli ölçüde daralttığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte bir üst bölümde incelendiği üzere, Türk hukukunda da miras bırakanın terekesinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği kısmı üzerinde hâkimiyetini ölümünden bir süre sonra daha sürdürebilmesi için başta art mirasçılık ve vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumları olmak üzere trust kurumuna işlevsel olarak denk düşebilen hukuki araçların mevcut olduğu belirtilmelidir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan, kişinin ölüme bağlı tasarrufu ile bir art mirasçılık yapısı öngördüğü ve bunun yanı sıra terekesinin istekleri doğrultusunda yönetilmesi için bir vasiyeti yerine getirme görevlisi atadığı kurguda *common law* sistemlerindeki trust yapısına işlevsel olarak hemen hemen denk düşen bir hukuki mekanizmanın oluşturulabildiği sonucuna varmak mümkündür.¹⁸¹⁹ Özellikle bu iki hâlde terekenin mirasçılarının mal varlığından (geçici bir süre için) ayrı ve özel bir mal varlığı oluşturduğunun kabul edildiği düşünüldüğünde, Türk hukuku bağlamında karşılıksız kazandırma işlevini yerine getirmek için kurulan bir trustın, yönetme veya teminat amaçlı bir trust yapısına kıyasla daha kolay bir şekilde ikame edilebilir olduğu sonucuna varılabilir. Dolayısıyla ilk bakışta trustın Türk hukukunda karşılıksız kazandırmalar bakımından hâli hazırdaki hukuki araçlarla sağlanamayan bir avantaja sahip olmadığı düşünülebilir. Bununla birlikte Türk hukukunda benimsenen birtakım hukuk politikası tercihlerinin ve bu doğrultuda kabul edilen kuralların, art mirasçılık ve vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumlarının miras bırakan açısından trust karşısındaki konumunu bir ölçüde zayıflattığını söylemek mümkündür. Bu tercihler ve yansımaları üç grupta toplanabilir:

- Bunlardan ilki, trust yapısının aksine sayılan bu kurumlar ile sağlanan tereke üzerindeki kontrolün daha sınırlı bir süre için söz konusu olmasıdır. Bilindiği üzere trust yapısının ebedilik yasağı ile belirlenen sınırlama çerçevesinde (ki bu sınırlama

¹⁸¹⁹ De Waal, Succession, s. 1080.

İngiliz hukukunda 125 yıldır) uzun bir süre için kurulması mümkündür. Buna karşılık art mirasçılığa ilişkin TMK m. 521/2 uyarınca art mirasçılık yapısının ancak iki kademe için öngörülebileceği kabul edilmiştir. Hatırlanacağı üzere aynı zamansal sınırlamanın uzun süreli olarak atanan vasiyeti yerine getirme görevlisi için de geçerli olduğu ifade edilmektedir.¹⁸²⁰ Dolayısıyla art mirasçılık ve vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumları üzerinden sağlanabilecek kontrolün en fazla ilk kademedeki mirasçının ömrüyle sınırlı olduğu, bunun ise doğal olarak trustlara ilişkin azami süreden daha kısa olduğu sonucuna varmak mümkündür. Bununla birlikte bu farklılığın temelinde yatan sebebin Türk hukuku bağlamında anılan kurumların teknik yetersizliği olmadığı ve bunun bir hukuk politikası tercihi olduğunun ne kadar altı çizilse azdır.¹⁸²¹ Dolayısıyla burada da trust kurumunun başlı başına sunduğu bir katma değerden söz etmek mümkün gözümektedir.

- Trustın sunduğu bir diğer avantaj ise kurucunun birçok önemli hususa ilişkin karar verme yetkisini güvenilirne bırakabilmesidir. Hatırlanacağı üzere ihtiyari trust yapısında kurucu, belirli bir çerçevede çizdikten sonra, lehtarın kim olduğunun ve/veya trust fonundan ne kadarlık bir pay alacağını belirlenmesi konusundaki takdir yetkisini güvenilirne bırakabilmektedir.¹⁸²² Buna karşılık Türk miras hukukunun temel ilkelerinden olan maddi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesi doğrultusunda miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufun içeriğini de bizzat belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁸²³ Bu doğrultuda terekesinin gelecekte ortaya çıkabilecek ve öngörülemeyen olgular doğrultusunda dağıtılması gerektiğini düşünen bir miras bırakan için ihtiyari trust kurmanın belirli bir avantaja sahip

¹⁸²⁰ Bkz. yukarıda s. 566 vd.

¹⁸²¹ Benzer yönde bkz. Gubler, s. 435a; Supino, s. 109.

¹⁸²² Herzog, s. 118. İhtiyari trust yapısına ilişkin olarak ayrıca bkz. yukarıda s. 169 vd.

¹⁸²³ Herzog, s. 117. İsviçre hukukunda ihtiyari trust yapısına denk düşen, diğer bir ifadeyle miras bırakanın lehtarın kim olduğunun, kazandırmasının ve kazandırma anının belirlenmesi konusundaki takdir yetkisini güvendiği bir kişiye bırakabildiği bir yapının inşa edilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. Thévenoz, Réforme, s. 299.

olduğunu söylemek mümkündür.¹⁸²⁴ Ancak bu avantaj yine trust kurumunun kendine has yapısından değil, Türk miras hukukuna hâkim olan ölüme bağlı tasarruflarda maddi anlamda sıkı surette kişiye bağlılık ilkesinden kaynaklanmaktadır.

- Son olarak Türk hukukundaki bahsi geçen bu kurumların, koruyucu trust (*protective trust*) yapısına da işlevsel bir alternatif teşkil etmediği belirtilmelidir.¹⁸²⁵ Zira daha önce de belirtildiği üzere vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması, mirasçılardan tereke üzerinde kendiliğinden mülkiyet hakkını kazanmalarına engel değildir. Diğer bir deyişle tereke üzerindeki tasarruf yetkisi vasiyeti yerine getirme görevlisine ait olmakla birlikte, tereke üzerindeki mülkiyet hakkı mirasçılara aittir. Dolayısıyla inançlı işlemin aksine vasiyeti yerine getirme görevlisi kurumunda bu kişinin iflası riski bir dezavantaj teşkil etmemektedir.¹⁸²⁶ Bununla beraber mirasçılardan iflası ihtimalinde trust yapısına kıyasla daha elverişsiz bir durum ortaya çıkmaktadır; zira bu aynı haklar mirasçının iflas masasına dahil olmakta ve bir vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanmış olması bunu değiştirmemektedir.¹⁸²⁷ Bu nedenle İngiliz hukukundaki koruyucu trust ya da ABD

¹⁸²⁴ Benzer bir örnek için bkz. **Zimmermann**, *Höchstpersönliche*, s. 7. **Zimmermann**'ın ilgili çalışması trust kurumunu değil, lehtar atama yetkisi (*power of appointment*) kurumunu esas almaktadır. Bu ayrıma ilişkin olarak bkz. **Zimmermann**, *Höchstpersönliche*, s. 41-43 ve ayrıca bkz. yukarıda s. 169 vd. Maddi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlılık prensibinin yabancı bir hukuka göre geçerli olarak kurulmuş bir ihtiyari trust yapısının İsviçre hukukunda tanınabilirliği hususunda bir engel teşkil edip etmediğine ilişkin olarak bkz. **Herzog**, s. 117 vd.; **Paul Eitel/Silvia Brauchli**, *Trusts in Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts, Successio*, 2012, s. 132-133. **Herzog**, yabancı bir hukuka göre geçerli olarak kurulmuş bir ihtiyari trust yapısının İsviçre hukuku bağlamında tanınabilirliği değerlendirmiş ve maddi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin bir doğrudan uygulanan kural (*loi d'application immédiate*) olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. **Herzog**, s. 120-121. **Eitel/Brauchli** ise maddi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin en azından trustlar bağlamında gevşetilmesi ve daha geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Eitel/Brauchli**, s. 133. Benzer yönde bkz. **Thomas M. Mayer**, *Trusts und schweizerisches Erbrecht, Successio*, 2017, s. 166.

¹⁸²⁵ Koruyucu trust yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 541 vd.

¹⁸²⁶ Benzer yönde bkz. **Reymond**, s. 183a.

¹⁸²⁷ **Reymond**, s. 183a.

hukukundaki *spendthrift trust*¹⁸²⁸ yapılarının bir benzerinin Türk hukukunda bahsi geçen kurumlar vasıtasıyla kurulmasının mümkün olmadığı belirtilmelidir.¹⁸²⁹

Özetle Türk hukukunda miras planlaması bağlamında bakıldığında trusta işlevsel olarak denk düşen tek bir hukuki araç bulunmasa da, birçok kurumun trustın yerine getirdiği işlevler bakımından uygun olduğu, bu nedenle bu alanlarda trust yapısının benimsenmesine ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varılabilir. Art mirasçılık ve vasiyeti yerine getirme görevlisi bu hukuki araçların başında gelmektedir. Bu kurumlar sayesinde **Örnek 1** ve **Örnek 3**'te bahsi geçen yadeye bağlanmış kazanımların veya kademeli mirasçılık yapısının kurulması mümkündür. Buna karşılık **Örnek 2**'de yer alan koruyucu trust yapısının ve **Örnek 4**'te yer alan ihtiyari trust yapısının bir benzerinin, Türk miras hukukunu şekillendiren hukuk politikası tercihleri nedeniyle kurulmasının mümkün olmadığı ifade edilmelidir. **Örnek 5**'te yer alan ve kalıcılık amacını taşıyan trust yapılarının da Türk hukukunda vakfın iktisadi bir amaca yönelik olmaması sorunu ve aile vakıflarına ilişkin konu kısıtlamaları dikkate alındığında ikame edilmesinin güç olduğu belirtilmelidir.

3.2. Trust, Türk Hukukunda Benimsenmesi Mümkün Bir Kurum Mudur?

Çalışmanın bir önceki bölümünde trustın Türk hukuku bakımından gerekli olup olmadığına ilişkin soru yanıtlanmaya çalışılmış ve en azından trustın yerine getirdiği işlevlerin bir kısmının bu kurumun benimsenmesi bakımından bir avantaj teşkil ettiği sonucuna varılmıştır. Çalışmanın bu bölümünde ise İngiliz hukuku kökenli bu kurumun Türk hukukunun temel yapısı ve bu sisteme hâkim temel prensipler dikkate alındığında benimsenmesinin mümkün olup olmadığını inceleneyecektir. Öğretinin bir bölümünde trustın İngiliz hukuk sistemindeki iki başlı

¹⁸²⁸ Bkz. yukarıda s. 422 vd.

¹⁸²⁹ Farklı bir gerekçeyle ancak benzer yönde bkz. **Künzle**, Art. Vorbemerkungen zu Art. 517-518, N. 55.

yapının bir ürünü olduğu, bu nedenle *civil law* sistemlerinde bu yapının benimsenmesinin mümkün olmadığına dair bir ön yargının mevcut olduğunu gözlemek mümkündür.¹⁸³⁰ Bu ön yargı belki de trustın İngiliz hukuk sisteminde olduğu gibi benimsenmesi durumunda (*Vollrechtsrezeption*) bir ölçüde isabetlidir.¹⁸³¹ Zira güvenilenin trust fonu üzerindeki hakkının bir asli mülkiyet hakkı, lehtarının ise bir türev mülkiyet hakkı olduğunun kabul edilmesi gerçekten de Türk eşya hukukunun mevcut yapısıyla bağdaşmamaktadır. Eşya hukukunun yanı sıra miras hukukuna hâkim ilkelerin de zaman zaman trust kurumuyla çatışabileceğini söylemek mümkündür. Ayrıca İngiliz trust hukukunda mahkemelerin trustın işleyişi bakımından üstlendikleri rolün de trustın benimsenmesi bağlamında usuli bir engel oluşturabileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte günümüzde artık bu ön yargının isabetli olarak büyük ölçüde kırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun en önemli kanıtı ise birçok *civil law* sisteminde trustın bir kurum olarak benimsenmesi ya da en azından bu yönde adımlar atılmaya başlanmasıdır.¹⁸³²

Aşağıda trustın Türk hukuku bakımından benimsenmesi mümkün bir yapı olup olmadığı incelenirken öncelikle trustın *civil law* sistemlerinde kabul edilmesi karşısında sıkça ileri sürülen temel iddialar incelenecek ve bunların parçalanmış mülkiyet yapısını esas alan geleneksel trust modeli ile inançlı işlem yapısının özel mal varlığıyla desteklendiği modern trust modeli bakımından yerindeliği tartışılacaktır. Bu incelemeye trustın Türk eşya hukukunun temel prensipleri karşısındaki konumundan başlanacak ve özellikle mal varlığının tekliği ilkesi, *numerus clausus* ilkesi ve aleniyet ilkesi değerlendirilecektir. Ardından miras hukukunun saklı paylı mirasçılığa ve art mirasçılığa ilişkin emredici karakterdeki

¹⁸³⁰ Türk hukukunda bu yönde bkz. **Ayanoğlu Moralı**, s. 48-49; **Özsunay**, s. 247. İsviçre hukuku bakımından benzer yönde bkz. **Gubler**, s. 215a vd.; **Reymond**, s. 119a vd. **Gubler** ve **Reymond**'un bu görüşünün uzun yıllar boyunca İsviçre öğretisini etkilediği, bu nedenle son on yıla kadar İsviçre hukukunda trustın benimsenebilirliğine ilişkin bir çalışmanın yapılmadığı yönünde bkz. **Cincelli**, s. 455.

¹⁸³¹ Aynı yönde bkz. **Cincelli**, s. 457.

¹⁸³² **Cincelli**, s. 456; **Lupoi**, *Civil Law*, s. 976. Bu gelişmelere ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 39 vd.

ve yasaklayıcı hükümlerinin trust yapısıyla bağdaştırılabilirliği ele alınacaktır. Son olarak trustın işleyişinde mahkemelerin gözetim ve denetim yetkisinin, trustın benimsenmesi konusunda usuli bir engel teşkil edip etmediği incelenecektir.

3.2.1. Eşya Hukukundan Kaynaklanabilecek Engellerin Değerlendirilmesi

Trust kurumunun benimsenmesine ilişkin olarak Türk eşya hukuk sisteminden kaynaklanabilecek temel sorunları değerlendirmeye geçmeden önce, trust kurumunun doğduğu İngiltere’de eşya hukukuna hâkim prensipler ve bu sistemin işleyişi ile bizim sistemimizden ayrılan yönlerinin hatırlatılması yol gösterici olacaktır. Roma hukukunun etkisinin hissedildiği diğer *civil law* sistemleri gibi, Türk eşya hukuku da bir şey üzerinde hâkimiyet (*dominium*) kavramı üzerine kuruludur. Bu doğrultuda aynı zamanda bir anayasal temel hak olan mülkiyet kavramı, bir şey üzerinde sahip olunan ve herkese karşı ileri sürülebilir mutlak egemenlik olarak tanımlanmaktadır.¹⁸³³ Eşya hukuku sisteminin borçlar hukukunun aksine emredici kuralların yoğunluğunun çok olduğu, şekil şartının ağırlığının daha çok hissedildiği, daha kapalı ve görece statik bir sistem olduğunu söylemek mümkündür.¹⁸³⁴

Buna karşılık İngiliz hukuku eşya hukuku sisteminin temelinde bizim anladığımız şekilde mülkiyet kavramının bulunmadığı, bir şeye sahip olma ya da bir şey üzerindeki hâkimiyet kavramlarının yerine bir şey üzerinde sahip olunan haklar bütünü (*bundle of rights*) fikrinin öne çıktığı hatırlanacaktır.¹⁸³⁵ Bu doğrultuda daha açık ve dinamik bir eşya hukuku sisteminin mevcut olduğunu ve mülkiyet hakkı sahibi kişilerin bu haklarını diledikleri kadar alt başlığa bölerek devretmesinin

¹⁸³³ Benzer yönde bkz. Underhill/Hayton, s. 1434. Mülkiyet kavramına ilişkin olarak ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 273 vd.; Sirmen, s. 239 vd.

¹⁸³⁴ Benzer yönde bkz. Cincelli, s. 457. Krş. Van Erp, s. 1044-1045.

¹⁸³⁵ Eşya hukuku özelinde *civil law* ve *common law* sistemlerine ilişkin karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Clarry, Fiduciary, s. 903 vd.; Matthews, Compatibility, s. 315 vd.; Van Erp, s. 1039 vd. *Bundle of rights* teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 376 vd.

mümkün olduğunu söylemek mümkündür.¹⁸³⁶ Mülkiyet kavramına ilişkin bu tutumun yanı sıra tarihsel sebeplerden dolayı İngiliz yargı sisteminin de iki başlı bir şekilde gelişmesi,¹⁸³⁷ trust hukuku bağlamında ikili/çifte mülkiyet veya parçalanmış mülkiyet olarak adlandırılan kurgunun ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁸³⁸ Kuşkusuz bu kurgu ilk bakışta Türk yargı sisteminin tek başlı yapısı ile Türk eşya hukukunda mülkiyet kavramına yüklenen tekelci/bölünmez nitelik ve *numerus clausus* ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim öğretilerde de mülkiyetin bölünmezliği ve *numerus clausus* ilkelerinin *civil law* sistemlerinde trustın benimsenmesi karşısındaki temel engelleri oluşturduğu ifade edilmektedir.¹⁸³⁹

3.2.1.1. Mülkiyetin Bölünmezliği ve Numerus Clausus İlkeleri Bağlamında Parçalanmış Mülkiyet Yapısının Değerlendirilmesi

Mülkiyetin bölünmezliği ilkesi, Roma hukukunun görece esnek eşya hukuku sistemine Fransız Devrimi ve bunu takiben *Code Napoléon* ile sekte vurulmasının en çarpıcı örneklerinden biri olarak düşünülmektedir.¹⁸⁴⁰ Roma hukukunda kadın eşin veya erkek evladın mal varlığı örneklerinde görüldüğü gibi, mülkiyetin bölünmez/tekelci niteliği bugün anlaşıldığı şekliyle katı bir hukuki ilke değildi.¹⁸⁴¹ Fransız Devrimi'ni takiben eşya üzerinde anti-feodalist¹⁸⁴² ve bireyci¹⁸⁴³ kurallar

¹⁸³⁶ Cincelli, s. 459; Clarry, Fiduciary, s. 903-904; Matthews, Compatibility, s. 316; Thorens, Festschrift, s. 326; Sarah Worthington, The Disappearing Divide Between Property and Obligation: The Impact Of Aligning Legal Analysis and Commercial Expectation (bundan böyle 'Divide'), Equity in Commercial Law (ed. Simone Degeling/James Edelman), Lawbook Co., 2005, s. 101. Ayrıca bkz. Supino, s. 118-119.

¹⁸³⁷ Bu tarihsel gelişmeye ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 16 vd.

¹⁸³⁸ Supino, s. 120. Bu kavramlara ilişkin olarak bkz. yukarıda dn. 14.

¹⁸³⁹ Allen, s. 25, 35; Bolgar, s. 204; Cincelli, s. 491; Neu, s. 329-330; Worthington, Divide, s. 101.

¹⁸⁴⁰ Bolgar, s. 208. Benzer yönde bkz. Akkermans, s. 69; Clarry, Fiduciary, s. 907.

¹⁸⁴¹ Aslında mülkiyetin tekelci niteliği *Corpus Juris Civilis*'in de bir ilkesi olup daha sonra uzun yıllar boyunca unutulmuş ya da göz ardı edilmiş, hukuk sahnesine dönüşünü 19. yüzyılın başında *Code Napoléon* ile yapmıştır. *Code Napoléon*'un ilgili 544. maddesi şu şekildedir: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*" Bkz. Akkermans, s. 6, 28-29, 49, 92; Bolgar, s. 206-208, 210.

¹⁸⁴² Bolgar, s. 210.

¹⁸⁴³ James Gordley, Myths of the French Civil Code, The American Journal of Comparative Law, C. 42, S. 3, 1994, s. 462.

olarak nitelendirilebilen mülkiyet hakkının bölünmezliği ve *numerus clausus* ilkeleri öncelikle Fransız hukukunu, daha sonra bu sistemden etkilenen diğer *civil law* eşya hukuku sistemlerini önemli şekilde etkilemiş ve bu etki günümüze kadar devam etmiştir.¹⁸⁴⁴

Mülkiyetin bölünmezliği ilkesinden kasıt, bir şey üzerinde sahip olunan ve herkese karşı ileri sürülebilen bu aynı hakkın aynı anda birden fazla kişi arasında bölünememesi ya da kademelendirilememesidir.¹⁸⁴⁵ Bu prensibin bir şey üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkı sahibi olduğu birlikte mülkiyet hâllerinde de geçerli olduğu ifade edilmelidir.¹⁸⁴⁶ Elbirliğiyle mülkiyet durumunda birden fazla kişinin söz konusu şey üzerinde bölünemez, paylaşılamaz bir mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁴⁷ Hatta öyle ki bu şey üzerinde tasarruf edilmesi için birlikte malik olan kişilerin tümünün birlikte hareket etmesi gerekmektedir. Paylı mülkiyet hâlinde de birlikte mülkiyet konusu şeyin bölünebilir olduğunu söylemek isabetli değildir. Zira bu durumda da mülkiyetin değil, bu hakkın beraberinde getirdiği yetki ve ödevlerin kişiler arasında paylaşıldığı kabul edilmektedir.¹⁸⁴⁸

Mülkiyetin bölünmezliği ilkesi etkisini sınırlı aynı hakların teorik temellendirmesinde de göstermektedir. Aslında ilk bakışta sınırlı aynı haklar üzerinden sağlanan sonuç tam olarak mülkiyet hakkının atomlarına ayrılması, yani

¹⁸⁴⁴ Bolgar, s. 209-210; Matthews, Compatibility, s. 318-320. Bu gelişmelere ilişkin olarak ayrıca bkz. Akkermans, s. 6; Graziadei, Property, s. 82.

¹⁸⁴⁵ Marius J. De Waal, The Uniformity of Ownership, Numerus Clausus and the Reception of the Trust Into South African Law (bundan böyle 'Uniformity'), European Review of Private Law, C. 3, 2000, s. 441; Matthews, Compatibility, s. 320.

¹⁸⁴⁶ Küçükgüngör, s. 20; Matthews, Compatibility, s. 320.

¹⁸⁴⁷ Akkermans, s. 28. Benzer yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 344; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 631. Ayrıca bkz. TMK m. 701/2: "Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakka, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır."

¹⁸⁴⁸ Çağrı Şengöz, Paylı Mülkiyet Kavramı ve Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 27-29. Benzer yönde bkz. Sirmen, s. 272; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 565. Nitekim TMK m. 688/1 hükmü de bunu destekler niteliktedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: "Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir."

parçalanması gibi gözükmetedir.¹⁸⁴⁹ Bu nedenle bu noktada sınırlı ayni hakların mülkiyet hakkı karşısındaki durumunu ve mülkiyet hakkıyla olan ilişkilerini açıklayan teorilerin hatırlatılması yerinde olacaktır. Bu teorilerden ilki, özellikle Alman hukukunda hâkim görüş olduğu söylenebilecek bölünme teorisi (*Teilungstheorie*), diğeri ise Türk-İsviçre hukukunda hâkim olduğu söylenebilecek olan yükleme teorisidir (*Belastungstheorie*).¹⁸⁵⁰ Bölünme teorisine göre sınırlı ayni hakların mülkiyet hakkının parçalanması ve mülkiyet hakkının içinde barındırdığı yetkilerin bir kısmının ayrışması sonucunda oluştuğu kabul edilmektedir.¹⁸⁵¹ Buna karşılık yükleme teorisini savunan yazarlar ayni hakları, mülkiyet hakkının bölünüp parçalanması sonucunda oluşan ve dolayısıyla mülkiyet hakkının özüne dokunan haklar olarak düşünmemektedir. Bu teoriye göre ayni haklar mülkiyet hakkının bütünlüğüne ve içeriğine zarar vermemekle birlikte, mülkiyet hakkı üzerinde bir yükleme oluşturmaktadır.¹⁸⁵² Dolayısıyla Türk-İsviçre hukukunda hâkim olduğu söylenebilecek bu görüşe göre mülkiyet hakkının içinde barındırdığı erklerin farklı kişilerde toplanmasını mümkün kılan sınırlı ayni haklar bakımından dahi, en azından teorik olarak, mülkiyet hakkının bölünemezliğine bir sekte vurulmadığı ifade edilmelidir.

Eşya hukukunun bir diğeri temel prensibi ise ayni haklarda sınırlı sayıdalık, yani *numerus clausus* prensibidir.¹⁸⁵³ Bu doğrultuda kişilerin borçlar hukuku alanında

¹⁸⁴⁹ Örneğin intifa hakkı tesis edilmesiyle, mülkiyet hakkının *usus* ve *fructus* erkleri bir kişide, *abusus* erki ise bir başkasında toplanmaktadır.

¹⁸⁵⁰ Türk hukukunda yükleme teorisini savunan yazarlara örnek olarak bkz. **Bülent Köprülü/Selim Kaneti**, *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983, s. 4-5; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 769-770.

¹⁸⁵¹ **Köprülü/Kaneti**, s. 4; **Sirmen**, s. 498.

¹⁸⁵² Yükleme teorisine ilişkin olarak bkz. **Cincelli**, s. 495, **Köprülü/Kaneti**, s. 5; **Sirmen**; s. 498-499. Sınırlı ayni hakları mülkiyet hakkının parçalanmış bir hâli olup olmadığını tartışma konusu yapan bu teorilerin aslında feodal düzeni çağrıştıran 'mülkiyetin bölünmesi' fikrine kavramsal olarak karşı geldiği, bu nedenle söz konusu ifadenin adeta bir tabu olarak düşünüldüğü yönünde bkz. **Graziadei**, *Property*, s. 82.

¹⁸⁵³ *Numerus clausus* ilkesinin temel olarak üç işlevi bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlar sınırlı ayni haklarda aleniyetin ve öngörülebilirliğin sağlanması ve ayni hakların içeriğinin serbestçe belirlenebilir kılınmasıyla mülkiyet hakkının içinin boşaltırılarak özüne dokunulmasının önüne geçilmesidir. Bunun yanı sıra Orta Çağ'ın feodal mantalitesinin yeniden tesisinin engellenmesi de *numerus clausus* prensibinin etik işlevi olarak düşünülmektedir. Kuralın *ratio*'suna ilişkin ayrıntılı

sahip oldukları sözleşme serbestisinin aksine eşya hukukunda serbestçe yeni bir ayni hak yaratamayacakları veya bir ayni hakkın içeriğini serbestçe belirleyemeyecekleri kabul edilmektedir.¹⁸⁵⁴ Daha açık bir ifadeyle, mülkiyet hakkının içinde barındırdığı kullanma, semerelerinden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme/tüketme erklerinin birden fazla kişi arasında paylaşılması mümkündür. Ancak bu paylaşım sadece Kanun'da izin verilen durumlarda ve şekilde yapılabilir.¹⁸⁵⁵

Mülkiyet hakkının bölünmezliği ve *numerus clausus* ilkelerinin trust yapısıyla bağdaştırılabilirliği hususu incelenirken aşağıda ikili bir ayırım yapılacaktır. Bu doğrultuda aşağıda öncelikle İngiliz hukukundaki (*geleneksel*) trust yapısının bu ilkelerle olan ilişkisi değerlendirilecektir.¹⁸⁵⁶ Ardından lehtarın hakkının bir ayni hak değil, bir şahsi hak olarak nitelendirildiği ancak bu şahsi hakkın özel mal varlığı yapısı ve ayni ikame ilkesiyle desteklendiği geniş anlamda (*modern*) trust yapısının eşya hukukunun söz konusu bu yapı taşları bağlamında uygulanabilirliği tartışılacaktır.

3.2.1.1.1. Geleneksel Trust Yapısı Açısından Değerlendirme

Hatırlanacağı üzere Türk-İsviçre hukukunda anlaşıldığı şekliyle inançlı temlik ve trust yapısı arasındaki en temel fark lehtarın inançlı temlik konusu şey veya trust fonu üzerinde sahip olduğu hakkın niteliğine ilişkindir.¹⁸⁵⁷ Türk-İsviçre hukukunda

bir çalışma için bkz. **Bénédict Foëx**, *Le Numerus Clausus Des Droit Réels en Matière Mobilière*, Payot Lausanne, 1987, s. 27 vd.

¹⁸⁵⁴ **Akkermans**, s. 6; **Bolgar**, s. 204; ; **De Waal**, *Uniformity*, s. 442; **Foëx**, s. 41-42, 82; **Supino**, s. 123; **Van Erp**, s. 1042-1043.

¹⁸⁵⁵ Günümüzde *numerus clausus* ilkesinin ekonomik açıdan etkin bir kural olup olmadığının öğretilde tartışıldığı görülmektedir. Bu kuralın etkin bir kural olduğu yönünde bkz. **Henry Hansmann/Reinier Kraakmann**, *Property, Contract, and Verification: the Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights* (bundan böyle 'Numerus Clausus'), *The Journal of Legal Studies*, C. 31, 2002, s. 373 vd.; **Thomas W. Merrill/Henry E. Smith**, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, *Yale Law Journal*, C. 110, 2000, s. 24 vd. Aksi yönde bkz. **Worthington**, *Divide*, s. 101-103.

¹⁸⁵⁶ Geleneksel trust yapısından kastedilen, bu çalışmanın ikinci bölümünde kuruluşu ve işleyişi değerlendirilen İngiliz hukuku trust yapısıdır.

¹⁸⁵⁷ **Seiler**, s. 83; **Supino**, s. 88.

kabul edilen hakların bir bütün olarak devri teorisi doğrultusunda temlik alan, inanç sözleşmesi konusu şey üzerinde eşya hukuku bağlamında tam hak sahibi olup, bu mal varlığı unsurunu sözleşmeye uygun bir şekilde elinde tutmak konusunda bir yükümlülük altına girmektedir.¹⁸⁵⁸ Buna karşılık geleneksel trust yapısında güvenilen *common law* mahkemeleri önünde, lehtar ise *equity law* mahkemeleri önünde mülkiyet hakkına sahip kabul edilmektedir.¹⁸⁵⁹ Diğer bir ifadeyle belirli bir mal varlığı unsuru üzerindeki mülkiyet hakkı adeta iki kişi arasında bölünmekte ya da parçalanmaktadır. Bu yönde trust yapısında lehtarın hakkı Türk hukukunda söz gelimi tam üçüncü kişi lehine sözleşmede lehtarın sahip olduğu şahsi hakkın ötesine geçen, üçüncü kişinin iyi niyetli ve ivazlı alıcı olması durumu saklı kalmak üzere üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen aynı bir hak olarak düşünülmektedir. Bu yapının eşya hukuku bakımından en ilgi çekici özelliği ise kuşkusuz trust fonu üzerindeki mülkiyet hakkının birden fazla kişi arasında - ancak birlikte mülkiyet hâlleri dışında bir şekilde - paylaşılmasıdır.

Mülkiyet kavramının bölünebilir ve farklı kişiler arasında paylaşılabilir bir haklar bütünü olduğunun kabul edildiği *common law* sistemlerinde kurulması mümkün olan bu yapının Türk hukukunda olduğu gibi benimsenmesi güçtür.¹⁸⁶⁰ Zira yukarıda kısaca bahsedildiği üzere Türk-İsviçre eşya hukukunda mülkiyet hakkının bölünemez, diğer bir ifadeyle tekeli bir hak olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁶¹ Lehtarın hakkının tam anlamıyla bir mülkiyet hakkı değil, bir sınırlı aynı hak olarak düşünüldüğü kurguda da bu yapının *numerus clausus* ilkesiyle uyumlu olmadığı

¹⁸⁵⁸ Türk-İsviçre hukukunda inançlı devirlerin genel yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 443 vd.

¹⁸⁵⁹ Bu yapıda asli mülkiyet hakkına sahip olan güvenilen kural olarak trust fonu üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisine sahiptir. Ancak hakkaniyet mahkemeleri lehtarını güvenilenin hukuka aykırı davranışları karşısında koruyabilmek için onu güvenilenin hukuki mülkiyet hakkına paralel olan ve türev mülkiyet hakkı olarak adlandırılan bir aynı hakla donatmıştır. Bu doğrultuda örneğin güvenilenin trust fonunu yükümlülüklerine aykırı bir şekilde elden çıkarması durumunda lehtarın bu mal varlığı unsurunu takip etme hakkının (*tracing*) bulunduğu kabul edilmektedir. *Tracing* usulüne ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 385 vd.

¹⁸⁶⁰ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Gubler, s. 349-350a. Genel olarak *civil law* sistemleri bakımından aynı yönde bkz. Clarry, *Fiduciary*, s. 906; Neu, s. 331. Haklar bütünü (*bundle of rights*) teorisine ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 376 vd.

¹⁸⁶¹ Gubler, s. 351a.

görülecektir.¹⁸⁶² Zira trust yapısında lehtarın sahip olduğu türde bir ayni hak bulunmamaktadır.¹⁸⁶³ Bu nedenle de ayni haklara ilişkin *numerus clausus* prensibinin geleneksel trust yapısının benimsenmesinin önünde önemli bir teknik engel oluşturduğu ifade edilmektedir.¹⁸⁶⁴

Bu önerme bir açıdan doğrudur; zira bu ilke gereğince kişilerin serbestçe bir ayni hak yaratamayacakları kabul edilmektedir.¹⁸⁶⁵ Kanun'da da trust yapısında lehtarın sahip olduğu ayni hakka paralel bir sınırlı ayni hak düzenlenmediğine göre, parçalanmış mülkiyet kavramı üzerine kurulu olan trust yapısı *numerus clausus* ilkesiyle çatışma içindedir.¹⁸⁶⁶ Ancak bu önermenin gözden kaçırdığı husus, *numerus clausus* ilkesinin aslında var olan hukuka (*de lege lata*) ilişkin bir kural olduğu, ancak olması gereken hukuka (*de lege feranda*) göre esneklik gösterebileceğidir. Daha açık bir ifadeyle *numerus clausus* ilkesi bireylerin Kanun'da düzenlenmeyen, yeni bir ayni hak yaratamayacağını öngörmektedir.¹⁸⁶⁷ Buna karşılık kanun koyucunun yeni bir ayni hak düzenlemesi önünde bir engel teşkil etmemektedir.¹⁸⁶⁸ Dolayısıyla aslında kanun koyucu tarafından, tıpkı trust yapısında güvenilenin sahip olduğu türde bir sınırlı ayni hakkın yaratılmasının önünde bu açıdan bir engel bulunmadığı ifade edilmelidir.

Öğretide bir görüşe göre geleneksel trust yapısının *civil law* sistemlerinde benimsenmesi düşünüldüğü kadar zor değildir.¹⁸⁶⁹ Bu görüşü savunan yazarlardan *Allen*'e göre Alman hukukunda *Treuhand* yapısı bağlamında mahkemeler

¹⁸⁶² Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Cincelli, s. 494 vd. Trust kurumunda lehtarın hakkının *civil law* eşya hukuku sistemi terminolojisiyle bir sınırlı ayni hakka, güvenilenin hakkının ise mülkiyet hakkına benzediği yönünde bkz. Gretton Begriffshimmel, s. 527-528.

¹⁸⁶³ Cincelli, s. 497; Clarry, Fiduciary, s. 908; Seiler, s. 84; Verhagen, s. 487; Underhill/Hayton, s. 1434.

¹⁸⁶⁴ Braun, Trust Interno, s. 802; Eichner, s. 84.

¹⁸⁶⁵ Akkermans, s. 6; Bolgar, s. 212-213; Cincelli, s. 493; Van Erp, s. 1042.

¹⁸⁶⁶ Cincelli, s. 494; Van Erp, s. 1044.

¹⁸⁶⁷ De Waal, Uniformity, s. 442; Seiler, s. 84; Supino, s. 124, dn. 261.

¹⁸⁶⁸ Aynı yönde bkz. Girsberger, s. 87; Thévenoz/Dunand, s. 337. Benzer yönde bkz. Peter Sparkes, Certainty of Property: Numerus Clausus or The Rule with No Name?, European Review of Private Law, C. 3, 2012, s. 783; Van Erp, s. 1042.

¹⁸⁶⁹ Allen, s. 35 vd. Benzer yönde bkz. Bolgar, s. 214-217.

tarafından geliştirilen ve kabul edilen hukuki mülkiyet ve ekonomik mülkiyet ayrımı, İngiliz hukukundaki parçalanmış mülkiyet yapısının aşılmaz bir sorun olmadığını kanıtlar niteliktedir.¹⁸⁷⁰ Bununla birlikte kanımca isabetli olan aksi görüşe göre trustın olduğu gibi benimsenmesi basit bir kâr maliyet hesabı yapıldığında pek etkin bir adım değildir. Zira yerleşik ve merkezi bir kavram olan mülkiyet kavramının içeriğini tamamen değiştirmek ve tek başlı bir hukuk sistemine tarihsel olarak iki başlı olarak gelişmiş bir hukuk sisteminin yansımalarını adapte etmeye çalışmak, trustın sunduğu katma değerler düşünüldüğünde makul gözükmemektedir.¹⁸⁷¹ Özellikle de aşağıda inceleneceği üzere trustın sunduğu katma değerlere ulaşmanın sistemimize hâkim prensiplerle daha uyumlu ve dolayısıyla görece daha kolay bir yolu olduğu düşünüldüğünde, tam anlamıyla bir hukuk resepsiyonunun isabetli bir önerme olmadığını söylemek mümkündür.¹⁸⁷²

3.2.1.1.2. Geniş Anlamda Trust Yapısı Açısından Değerlendirme

Günümüzde trust kurumunun doğduğu sistem olan İngiliz hukukunu ve bu hukuk sisteminin etkilediği diğer *common law* ülkelerini aşan, *civil law* sistemlerinde ve uluslararası düzenlemelerde de kendine bir yer edinen bir kurum olduğunu söylemek mümkündür. Uluslararası düzlemde ve çeşitli *civil law* ülkelerinde yaşanan gelişmelerden çalışmanın ilk bölümünde bahsedildiği için bunlara ayrıca değinilmeyecektir.¹⁸⁷³ Bununla birlikte uluslararası hukukta trusta ilişkin kuralların uyumlaştırılmasına ilişkin düzenlemelerin sunduğu ve bu çalışmada 'geniş anlamda trust' olarak ifade edilen yapının özelliklerinin kısaca hatırlatılması yol gösterici olacaktır.

Trustlara Uygulanacak Hukuk ve Trustların Tanınmasına İlişkin 1985 Tarihli Lahey Konvansiyonu hangi hukuki kurumların söz konusu Konvansiyon

¹⁸⁷⁰ Allen, s. 35-37. *Treuhand* yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 58 vd.

¹⁸⁷¹ İsviçre hukuku bağlamında aynı yönde bkz. Cincelli, s. 463.

¹⁸⁷² Cincelli, s. 463.

¹⁸⁷³ Bkz. yukarıda s. 39 vd.

bağlamında 'trust' olarak nitelendirileceği değerlendirilirken dikkate alınması gereken kıstasları şu şekilde sıralamıştır: Devir konusu unsurlar ayrı bir mal varlığı oluşturmalı ve güvenilenin mal varlığından bağımsız olmalıdır; devir konusu unsurlar üzerindeki mülkiyet hakkı güvenilene veya güvenilenin hesabına olmak üzere başka bir kimseye ait olmalıdır; güvenilen, trustın koşulları ve uygulanacak hukuk kuralları uyarınca devir konusu unsurları yönetmek, kullanmak ve başkasına devretmek konusunda yetkili ve görevli olmalıdır.¹⁸⁷⁴ Açıkça görüldüğü üzere Lahey Konvansiyonu'nun sunduğu bu tanımlama doğrultusunda bir yapının trust olarak nitelendirilebilmesi için lehtarın hakkının bir türev mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi ya da bir parçalanmış mülkiyet yapısının kurulması gerekli değildir. Bunun yerine lehtarın şahsi bir hakka sahip olduğu, ancak lehtarın bu alacak hakkının özel mal varlığı yapısı ve aynı ikame ilkesiyle desteklendiği, güvenilene bu mal varlığını yürütürken gözetmesi gereken çeşitli yükümlülüklerin yüklendiği bir kurgunun da pekâlâ trust olarak nitelendirilmesi mümkündür. Avrupa Trust Hukukunun İlkeleri de bu bağlamda Lahey Konvansiyonu'nun takip ettiği anımsanacaktır.¹⁸⁷⁵

Öğretide de yargı sisteminin tarihsel sebeplerle iki ayrı elden yürütülmesi ve bunun sonucunda gelişen asli mülkiyet hakkı ve türev mülkiyet hakkı ayrımının trustın olmazsa olmaz bir unsuru olmadığı gittikçe artan bir şekilde ileri sürüldüğünün

¹⁸⁷⁴ Lahey Konvansiyonu m. 2: "For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose./ A trust has the following characteristics - a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law./ The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust."

¹⁸⁷⁵ İlkeler doğrultusunda da trust, trust fonunun özel mal varlığı niteliği ve güvenilenin başkasının menfaatine hareket etmesinden yola çıkılarak tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle İngiliz hukukunun iki başlı yapısının beraberinde getirdiği parçalanmış mülkiyet kavramının trustın zorunlu bir unsuru olmadığı kabul edilmiştir. Bkz. yukarıda s. 86 vd.

bir kere daha altı çizilmelidir.¹⁸⁷⁶ Özellikle İskoçya veya Güney Afrika Cumhuriyeti gibi hibrit sistemlerde trust yapısında lehtarın kural olarak güvenilene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına ve güvenilenin de trust fonu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, parçalanmış mülkiyet yapısının trust kurumunun *conditio sine causa non* bir unsuru olmadığı göze çarpmaktadır.¹⁸⁷⁷ Fransa'nın da 2007 yılında yaptığı reform sonucunda benimsediği trust benzeri bir yapı olan *fiducie* ile aynı yolu izlediği belirtilmelidir.¹⁸⁷⁸ Kuşkusuz tüm bu ihtimallerde (örneğin güvenilenin iflası ihtimalinde) lehtarın korunabilmesi ve trust benzeri yapının işlevini yerine getirebilmesi için, lehtarın alacak hakkının alelade bir alacak hakkının üstünde olması şarttır. Bu nedenle lehtarın hakkının bir aynı hak olarak nitelendirilmediği kurguda, trust fonunun güvenilenin mal varlığından ayrı, bir özel mal varlığı teşkil ettiği kabul edilmektedir.¹⁸⁷⁹

Lehtarın hakkının bir türev mülkiyet hakkı değil bir şahsi hak olarak düşünüldüğü bu trust yapısında ne mülkiyet hakkının bölünmezliği ilkesi ne de eşya hukukunda sınırlı sayıdalık prensibi trust kurumunun bir *civil law* sisteminde benimsenmesinin önünde bir engel oluşturmaktadır.¹⁸⁸⁰ Dolayısıyla geleneksel trust yapısı yerine, hibrit sistemlerde veya Fransız hukukunda olduğu gibi geniş anlamda trust yapısının takip edilmesi durumunda eşya hukukundan kaynaklanan ve yukarıda bahsedilen engellerin aşılması mümkündür. Ancak bu durumda başka bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır: Mal varlığının tekliği ilkesi. Aşağıda mal varlığının

¹⁸⁷⁶ Bkz. De Waal, s. 65 vd.; Gardner, s. 18-19; Gretton, Without Equity, s. 601; Hayton, Counterparts s. 24; Ho, Essentials, s. 11; Koessler, s. 2-3; Neu, s. 331; Reid, Patrimony, s. 428; Rudden, s. 89; Verhagen, s. 488; Underhill/Hayton, s. 1440.

¹⁸⁷⁷ De Waal, s. 66; Neu, s. 331; Reid, Patrimony, s. 431, 436; Verhagen, s. 488. İskoçya özelinde ayrıca bkz. Gretton, Begriffshimmel, s. 542. Ayrıca bkz. Clarry, Fiduciary, s. 910-911; Underhill/Hayton, s. 1440.

¹⁸⁷⁸ *Fiducie* yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 43 vd.

¹⁸⁷⁹ Reid, Patrimony, s. 431. Aynı yönde ayrıca bkz. Ho, Essentials, s. 11. Gretton, parçalanmış mülkiyet yapısındaki geleneksel trustın 'trust', parçalanmış mülkiyet yapısını dışlayan bu kurguların ise 'trust-benzeri' kurumlar olarak nitelendirilmesini önermektedir. Bkz. Gretton, Begriffshimmel, s. 544-545.

¹⁸⁸⁰ Benzer yönde bkz. Gretton, Begriffshimmel, s. 542, dn. 60.

teklifi ilkesinin anlamı ve trust yapısının bu ilkeyle uyumu incelenmeye çalışılmıştır.

3.2.1.2. Mal varlığının Teklifi İlkesi Bağlamında Özel Mal varlığı Yapısının Değerlendirilmesi

Lehtarın hakkının nitelendirilmesinden bağımsız olarak trust kurumunun en temel özelliklerinden biri, güvenilenin malik sıfatıyla elinde tuttuğu mal varlığı unsurlarının güvenilenin şahsi mal varlığından ayrı, özel bir mal varlığı oluşturmasıdır.¹⁸⁸¹ Trust fonunun bu özel mal varlığı niteliğinin, Türk hukukunun da içinde bulunduğu *civil law* sistemlerinin birçoğunda kabul edilen mal varlığının teklifi ya da bütünlüğü ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle bu ilkenin trust kurumunun söz konusu sistemlerde benimsenmesinin önündeki bir diğer önemli engeli oluşturduğu ileri sürülmektedir.¹⁸⁸² Mal varlığının teklifi ilkesinden kasıt, her kişinin tek bir mal varlığı olduğunun ve kişilerin borçlarından bu mal varlıklarının tümüyle sorumlu olduğunun kabul edilmesidir.

Civil law sistemlerinde *dominium* fikri üzerine kurulu mülkiyet anlayışı ve buna bağlı olarak gelişmiş mülkiyetin bölünmezliği ve *numerus clausus* ilkelerinin aksine mal varlığının teklifi ilkesi temellerini Roma hukukunda bulmamaktadır. Zira bu teori 19. yüzyılın başlarında Fransız hukukçular *Aubry ve Rau* tarafından geliştirilmiştir.¹⁸⁸³ *Aubry ve Rau*'ya göre mal varlığı kavramı kişilik kavramıyla

¹⁸⁸¹ Braun, Trust Interno, s. 800; Cincelli, s. 510-511; De Waal, s. 67; Neu, s. 332; Peyrot, Insolvabilité, s. 941; Reid, s. 431. Krş. Thévenoz, Swiss Perspective, s. 297. Bu özellik hem geleneksel trust yapısında hem de lehtarın hakkının bir şahsi hak olarak nitelendirildiği geniş anlamda trust yapısında ortaktır. Örneğin parçalanmış mülkiyet yapısını esas almayan Lahey Konvansiyonu'nun (m. 2) ve Avrupa Trust Hukukunun İlkeleri'nde (m. 1) güvenilenin elinde tuttuğu mal varlığının şahsi mal varlığından ayrı bir mal varlığı oluşturması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

¹⁸⁸² Bkz. Braun, Trust Interno, s. 800; Cincelli, s. 510; Gretton, Begriffshimmel, s. 534; Peyrot, Insolvabilité, s. 942; Underhill/Hayton, s. 1436.

¹⁸⁸³ Cincelli, s. 510; Clarry, Fiduciary, s. 907; Gretton, Begriffshimmel, s. 534; Lupoi, Civil Law, s. 979; Matthews, Compatibility, s. 324; Peyrot, Insolvabilité, s. 942; Underhill/Hayton, s. 1436.

doğrudan bağlantılıdır.¹⁸⁸⁴ Bu nedenle (i) sadece gerçek ve tüzel kişilerin bir mal varlığına sahip olması mümkündür; (ii) kişi sayılan herkesin (doğuştan ve içi boş olsa bile) bir mal varlığı mevcuttur ve (iii) bir kişinin ancak tek bir mal varlığı söz konusu olabilir.¹⁸⁸⁵ Mal varlığının ise kişinin mevcut veya gelecekteki aktif veya pasifinde yer alan ve bir ekonomik değere sahip tüm unsurları kapsayan bir hukuki bütün (*universum jus*) oluşturduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁸⁶ Fransız hukukçular tarafından geliştirilen bu mal varlığı teorisi zaman içinde *civil law* sisteminde ve hatta hibrit hukuk sistemlerin bir kısmında kabul görmüştür.¹⁸⁸⁷ Ancak Türk-İsviçre hukukunda da kabul gören bu mal varlığı teorisinin istisnasız, mutlak bir ilke teşkil ettiği düşünülmemelidir.¹⁸⁸⁸ Zira hatırlanacağı üzere mal varlığının tekliği ilkesi zaman içinde ortaya çıkan hukuki ve ekonomik ihtiyaçlar neticesinde esnetilmiş ve özel mal varlığı (*Sondervermögen*) kavramı ortaya çıkmıştır.¹⁸⁸⁹

Ayiter, mal varlığının tekliği ve bununla bağlantılı olarak kişilerin borçlarından tüm mal varlıklarıyla sorumlu olmaları fikrinin bir istisnası olan özel mal varlığını bir kimsenin mal varlığında yer alan ancak farklı bir hukuki rejime tâbi olduğu kabul edilen ve bu kişinin mal varlığında yer alan diğer unsurlardan bağımsız bir şekilde hukuki işlemlerin konusunu oluşturabilen sınırlandırılmış bir haklar bütünü olarak

¹⁸⁸⁴ Charles Aubry/Charles Frédéric Rau, Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae, Tôme 6, Impimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873, s. 229. Mal varlığının tekliği ilkesinin kişilik hakkından türediği yönünde ayrıca bkz. *Ayiter*, s. 20; *Matthews, Compatibility*, s. 324; *Underhill/Hayton*, s. 1436.

¹⁸⁸⁵ *Aubry/Rau*, s. 231. Ayrıca bkz. *Cincelli*, s. 510-511; *Clarry, Fiduciary*, s. 907; *Matthews, Compatibility*, s. 324; *Peyrot, Insolvabilité*, s. 942; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 3-5.

¹⁸⁸⁶ *Aubry/Rau*, s. 230. Ayrıca bkz. *Clarry, Fiduciary*, s. 907; *Matthews, Compatibility*, s. 324; *Underhill/Hayton*, s. 1436. Mal varlığını bir hukuki tümlük olarak kabul eden ve etmeyen görüşlere ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. *Ayiter*, s. 20 vd. *Ayiter*, mal varlığının bir hukuki tümlük olduğu görüşüne katılmamaktadır. Bkz. *Ayiter*, s. 27-28.

¹⁸⁸⁷ *Cincelli*, s. 511. Bu teorisinin Alman hukukunda ise bu denli etkili olmadığı yönünde bkz. *Matthews, Compatibility*, s. 338; *Underhill/Hayton*, s. 1436. Nitekim bunun, trust benzeri bir kurum olan *Treuhänder*'in Alman hukukunda gelişmesinin diğer *civil law* hukuk sistemlerine kıyasla çok daha kolay olmasının arkasındaki sebep olduğu ifade edilmektedir. Bkz. *Matthews, Compatibility*, s. 338.

¹⁸⁸⁸ *Peyrot, Insolvabilité*, s. 945.

¹⁸⁸⁹ *Peyrot, Insolvabilité*, s. 945. Roma hukukunda da bazı özel mal varlığı hâllerinin bulunduğu bilinmektedir. Bkz. *Ayiter*, s. 29.

tanımlamaktadır.¹⁸⁹⁰ Özel mal varlığı kavramı Türk hukukuna yabancı bir kavram değildir.¹⁸⁹¹ Örneğin miras ortaklığı durumunda,¹⁸⁹² tek mirasçı olması hâlinde mirasın reddi süresi boyunca bu tek mirasçının mirasçılığında,¹⁸⁹³ art mirasçılık söz konusu olduğunda ön mirasçının mirasçılığında¹⁸⁹⁴ terekenin bir özel mal varlığı oluşturduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra sermaye piyasası hukukunda yatırım ve emeklilik fonlarının da özel bir mal varlığı teşkil ettiğinin kabul edildiği hatırlanacaktır.¹⁸⁹⁵ Dolayısıyla Türk hukukunun çeşitli yerlerinde karşımıza çıkan özel mal varlığı örnekleri göz önünde bulundurulduğunda, mal varlığının tekliği ilkesinin trustın benimsenmesi karşısında ciddi bir engel oluşturmadığı sonucuna varmak mümkündür.¹⁸⁹⁶ Tıpkı yukarıda sayılan hâllerde olduğu gibi, trust fonunda da bir şey üzerindeki hukuki ve ekonomik menfaat başka kişilerde toplanmakta, diğer bir ifadeyle ilgili mal varlığı unsuru gerçek sahibinden başka biri tarafından elde tutulmakta ve yönetilmektedir. İşte bu iki mal varlığı kütesinin birbirine karışmaması ve birbirini tabiri caizse *yutmaması* için, ekonomik menfaatin başkasına ait olduğu mal varlığı unsurlarının bir özel mal varlığı oluşturduğunun kabul edilmesi şarttır.

Kuşkusuz trust yapısında lehtarın sahip olduğu geniş kapsamlı hukuki korumanın bir benzerinin sağlanabilmesi için bu özel mal varlığı yapısının aynı ikame ilkesiyle de desteklenmesi şarttır. Hatırlanacağı üzere trust yapısında lehtar, *tracing* faaliyeti sayesinde trust fonunda mevcut mal varlığı unsurlarının yerine geçen ikame değerler üzerinde de türev mülkiyet hakkına sahip kabul edildiği için güvenilenin

¹⁸⁹⁰ Ayiter, s. 29. Özel mal varlığı (hususî mamelek) kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, s. 29-35.

¹⁸⁹¹ Ayiter, s. 40. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Peyrot, *Insolvabilité*, s. 945 vd. Özel mal varlığı yapısının İngiliz hukukuna özgü olmadığı, Almanya ve İtalya'nın da içinde bulunduğu birçok *civil law* sisteminde de bilinen bir kavram olduğu yönünde bkz. Neu, s. 332.

¹⁸⁹² Ayiter/Kılıçoğlu, s. 258; Serozan/Engin, s. 106.

¹⁸⁹³ Serozan/Engin, s. 108.

¹⁸⁹⁴ Ayiter, s. 40; Druet, s. 134; Serozan/Engin, s. 108.

¹⁸⁹⁵ Arkan, s. 33, dn. 5; Durman, s. 17-21; Peyrot, *Insolvabilité*, s. 945; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 180. Benzer örnekler için bkz. Ayiter, s. 41 vd.

¹⁸⁹⁶ Aynı yönde bkz. Cincelli, s. 511. Benzer yönde bkz. Neu, s. 332; Verhagen, s. 489.

trustın kurucu belgesine aykırı davranma riskine karşı korunmaktadır.¹⁸⁹⁷ Öğretide bazı yazarların bir genel hukuk prensibi olarak düşünülmeıen aynı ikame ilkesinin de trust kurumunun *civil law* sistemlerinde benimsenmesinin önünde bir engel oluşturduğunu ileri sürdüğü görülmektedir.¹⁸⁹⁸ Bununla birlikte özellikle 20. yüzyılın başından itibaren *civil law* ülkelerinde aynı ikamenin kıyas yoluyla uygulanması, hatta bir genel hukuk prensibi olarak benimsenmesi yönünde bir eğilimin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.¹⁸⁹⁹ Türk hukukunda da özellikle miras hukukunda aynı ikamenin birçok alanda (söz gelimi ön mirasçılık durumunda¹⁹⁰⁰ ve miras sebebiyle istihkak davası bağlamında¹⁹⁰¹) benimsendiğı kabul edilmektedir.

Aynı ikame ilkesinin temel amacı, mal varlığının başka biri tarafından elde tutulduğu ve yönetildiğı kurgularda söz konusu özel mal varlığının değerinin eksilmeden korunabilmesidir.¹⁹⁰² Bu nedenle aynı ikamenin öneminin özel mal varlığı yapılarında daha da öne çıktığını söylemek mümkündür. Terekenin yönetilmesi bağlamında kabul edilen aynı ikame prensibi, bir başka özel mal varlığı olan trust fonu açısından da pekâlâ kabul edilebilir.¹⁹⁰³ Bu nedenle trust yapısının olmazsa olmaz unsurlarından biri olan aynı ikame ilkesinin de Türk hukukuna

¹⁸⁹⁷ *Tracing* faaliyetine ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 267 vd. Trust fonunda yer alan mal varlığı unsurunun yerine bir ikame değerin geçmediğı kurguda, yani ivazsız bir devirde ise lehtarın türev mülkiyet hakkının devir konusu şey üzerinde devam ettiğinin kabul edildiğı hatırlanacaktır. İyi niyetli ivazlı alıcı (*bona fide purchaser rule*) kuralına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 407 vd.

¹⁸⁹⁸ Bu yönde örneğın Gubler, s. 378a; Seiler, s. 84.

¹⁸⁹⁹ Cincelli, s. 508.

¹⁹⁰⁰ Cincelli, s. 509; Serozan/Engin, s. 108; Tuor/Picenoni, Art. 599, N. 15; Cincelli, s. 509.

¹⁹⁰¹ Akbıyık, Vasiyet, s. 63-64; Ayiter/Kılıçoğlu, s. 258; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 661; Serozan/Engin, s. 108. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Akbıyık, İstihkak, s. 236 vd. Aksi yönde Ayiter, s. 81-83. İsviçre hukuku bağlamında aynı yönde bkz. Steinauer, s. 535; PraxKomm Erbrecht/Abt, Art. 599 ZGB, N. 6-9; BSK ZGB-II/Forni/Piatti, Art. 599, N. 2-5; Tuor/Picenoni, Art. 599, N. 14 vd.

¹⁹⁰² Akbıyık, İstihkak s. 244; Ayiter, s. 69; Devetziş, s. 30.

¹⁹⁰³ Cincelli, s. 509-510.

tamamen yabancı bir konsept olmadığı, dolayısıyla trust kurumunun benimsenmesine ilişkin bir teknik engel arz etmediği ifade edilmelidir.¹⁹⁰⁴

3.2.1.3. Aleniyet İlkesi Bağlamında Güvenilenin Hak Sahipliğinin Değerlendirilmesi

Aynı hakların mutlak hak olma özelliği, bu hakların herkese karşı ileri sürülebilir olması anlamına gelmektedir. *Numerus clausus* ilkesiyle yakından ilişkili olan aleniyet ilkesi, herkese karşı ileri sürülebilir aynı hakların üçüncü kişiler tarafından bilenebilir olmasını sağlamakta, böylece bu hakların üçüncü kişilerce bilinçsiz bir şekilde ihlal edilmesi riskini azaltmaktadır.¹⁹⁰⁵ Bu doğrultuda üçüncü kişilerin haklarının korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla taşıyan ve Türk eşya hukukunun temel prensiplerinden olan aleniyetin, taşınmazlarda tapu sicili, taşınırlarda ise zilyetlik üzerinden sağlandığı bilinmektedir.¹⁹⁰⁶

Geleneksel trust yapısında güvenilenin asli mülkiyet hakkına, lehtarın ise türev mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edildiği için lehtarın mülkiyet hakkının aleni olmamasının *civil law* sistemlerindeki anlayışla uyumlu olmadığı, bu nedenle aleniyet ilkesinin de *civil law* sistemlerinde trust kurumunun benimsenmesi önünde bir engel oluşturduğu ileri sürülmektedir.¹⁹⁰⁷ Ancak kanımca aleniyet prensibi, ne geleneksel trust yapısında, ne de geniş anlamda trust yapısında aşılamayacak bir sorun teşkil etmektedir.¹⁹⁰⁸

Taşınmazlar veya sicile kayıtlı (deniz veya hava araçları gibi) taşınırlar bakımından aleniyet sorununun çözümü görece daha kolaydır. Zira bu tür mal varlığı unsurlarının trust fonuna dahil olduğunun açıklığa kavuşturulması, bunların

¹⁹⁰⁴ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Cincelli, s. 508-509. Aynı ikame ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 385 vd.

¹⁹⁰⁵ Cincelli, s. 502. Benzer yönde bkz. Neu, s. 330.

¹⁹⁰⁶ Allen, s. 44; Cincelli, s. 503; Neu, s. 330; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 27.

¹⁹⁰⁷ Bu yönde örneğin Allen, s. 44; Seiler, s. 84; Supino, s. 126-127.

¹⁹⁰⁸ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Cincelli, s. 503.

buldukları sicile düşülecek bir kayıt ile kolaylıkla sağlanabilir.¹⁹⁰⁹ Bu bağlamda İsviçre'nin yabancı unsurlu trustlar bakımından izlediği yol iyi bir örnek teşkil edebilir. Hatırlanacağı üzere İsviçre iç hukukunda trust yapısı benimsenmiş olmamakla birlikte, İsviçre'nin Lahey Konvansiyonu'nu onaylaması üzerine iç hukukunda birtakım değişiklikler yapılmıştır.¹⁹¹⁰ Bu doğrulda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na eklenen 149d maddesiyle bir yabancı unsurlu trust söz konusu olduğunda güvenilen lehine tapu siciline, gemi siciline veya hava aracı siciline yapılan kayıtların yanına trust ilişkisine ilişkin bir kaydın düşülmesinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı hükmün son fıkrasında ise bu kaydın düşülmemesi durumunda trust ilişkisinin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁹¹¹ Dolayısıyla bir sicilin söz konusu olduğu haklarda bu sicile trust ilişkisinin kayıt düşülmesiyle aleniyetin sağlanabileceği kabul edilmiştir.

Taşınırlar bakımından ise bilindiği üzere aleniyet işlevi zilyetlik üzerinden sağlanmaktadır. Ancak bunun trust yapısına nasıl entegre edilebileceği sorusunu incelemeye geçmeden önce, zilyetliğin aleniyet işlevini ne kadar yerine getirdiğinin günümüzde tartışmalı olduğu ifade edilmelidir.¹⁹¹² Söz gelimi motorlu araçların hatrı sayılır bir kısmının finansal kiralama sözleşmesiyle elde tutulduğu veya mülkiyeti saklı tutma anlaşmalarının akdedildiği bir ekonomik düzlemde zilyetlik ve mülkiyet kavramlarının uygulamada pek çok kez örtüşmediğini söylemek

¹⁹⁰⁹ Aynı yönde bkz. Cincelli, s. 504.

¹⁹¹⁰ Bkz. yukarıda s. 51 vd.

¹⁹¹¹ LDIP m. 149d: "*Lorsque les biens d'un trust sont inscrits au nom d'un trustee dans le registre foncier, le registre des bateaux ou le registre des aéronefs, le lien avec un trust peut faire l'objet d'une mention./ Le lien avec un trust portant sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés en Suisse est, sur demande, inscrit dans le registre pertinent./ Le lien avec un trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrit n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.*" Bu hükme ilişkin bir değerlendirme için bkz. Peyrot, *Insolvabilité*, s. 948 vd.

¹⁹¹² Cincelli, s. 504.

mümkündür.¹⁹¹³ Bu nedenle üçüncü kişilerin sadece zilyetlik olgusuna duydukları güvenin ne kadar korunmaya değer olduğu sorgulanmaya açıktır.¹⁹¹⁴

Ancak taşınır bağlamında da aleniyete eş derecede bir ağırlık yüklendiği ihtimalde bile bu ilkenin trustın benimsenmesi karşısında önemli bir engel teşkil etmediği ifade edilmelidir. Zira tıpkı yukarıda örneklenen finansal kiralama veya mülkiyeti saklı tutma anlaşmalarında olduğu gibi, trust ilişkisi için de ayrı bir sicil öngörülmesi ve aleniyetin bu şekilde sağlanması mümkündür.¹⁹¹⁵ Nitekim Fransa'nın tercihi de bu yönde olmuştur. Fransız Medeni Kanunu'na eklenen 2020. maddeyle ulusal bir *fiducie* sicilinin kurulacağı ve tüm *fiducie* ilişkilerinin bu sicile kaydedileceği hükme bağlanmıştır.¹⁹¹⁶ Kanımca aleniyet prensibini eşya hukukunun temel ilkelerinden kabul eden İsviçre ve Fransa gibi *civil law* sistemlerinde gözlemlenen bu değişiklikler, aleniyet ilkesinin trust kurumunun benimsenmesinin önünde bir engel oluşturmadığı şeklinde yorumlanmalıdır.

3.2.2. Miras Hukukundan Kaynaklanabilecek Engellerin Değerlendirilmesi

Trustın borçlar hukuku boyutunun yanı sıra eşya hukukuna uzanan karakteristik özellikleri trustın *civil law* sistemlerinde benimsenmesi karşısında ileri sürülen temel argümanların eşya hukukuyla ilintili olması sonucunu doğurmuştur. Bununla birlikte öğretide eşya hukuku gibi şekilciliğin ve emrediciliğin yoğun hissedildiği bir diğer alan olan miras hukukunun özelliklerinin de bu sistemlerde trust yapısının

¹⁹¹³ Benzer yönde bkz. Cincelli, s. 504, dn. 2210.

¹⁹¹⁴ İnançlı temlik sözleşmesinde özel mal varlığı yapısının kabul edilmesi sonucunda ortaya çıkabilecek gerçek hak sahipliği – görünürdeki hak sahipliği ikileminin olası sonuçlarına ilişkin tartışmaların bu bağlamda da geçerli olduğu belirtilmelidir. Buna ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 472 vd.

¹⁹¹⁵ Bu yönde örneğin bkz. Cincelli, s. 505. İskoçya'da trustların sicile kaydedilmesinin zorunlu olmadığı ancak uygulamada bunun hemen hemen her zaman yapıldığı yönünde bkz. Reid, s. 435. *Verhagen* ise taşınır ve alacaklar bakımından trustın örneğin noter senediyle kurulmasının şart koşulmasını, bu şekilde aleniyet sağlanmasa da trustın kurulduğu tarihin kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün kılınmasının isabetli olacağını savunmaktadır. Bkz. *Verhagen*, s. 486.

¹⁹¹⁶ Code Civil Art. 2020: "Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat."

benimsenmesinin önünde bir engel teşkil ettiğinin sıklıkla ileri sürüldüğünü söylemek mümkündür. Bu doğrultuda miras hukukunun iki temel prensibinin trust yapısıyla uyumsuz olduğu iddia edilmektedir. Bunlardan ilki çalışmanın çeşitli yerlerinde değinilen aile fideikomisi yasağı (TMK m. 372 ve 521), diğeri ise saklı paylı mirasçılık kurumudur.¹⁹¹⁷ Aşağıda bu kuralların trust yapısıyla uyumu (veya uyumsuzluğu) incelenmeye çalışılmıştır.

3.2.2.1. Aile Fideikomisi Yasağına İlişkin Kurallar Bakımından Değerlendirme

Aile fideikomisi belli başlı mal varlığı unsurlarının kuşaktan kuşağa aktarılması ve devredilemez oldukları için ticaret hayatına karışmaksızın bu ailenin malı olarak kalmasını sağlamak için kurulan bir yapı olarak tanımlanmaktadır.¹⁹¹⁸ Soylu sınıfın sahip olduğu serveti ve imtiyazı korumasını sağlayan, bu nedenle toplumsal eşitsizliğe yol açtığı düşünülen aile fideikomisi yapısının yasaklanması 18. yüzyılda başlayan anti-feodalist ve aydınlanmacı toplumsal hareketler sonucunda mümkün olmuştur.¹⁹¹⁹ Fransa'da bu yönde bir kural ilk defa 1803 yılında,¹⁹²⁰ İsviçre'de ise 1907 yılında kabul edilmiştir.¹⁹²¹

İsviçre hukukunu takip eden Türk hukukunda aile fideikomisi yasağının iki farklı hükümde karşımıza çıktığı hatırlanacaktır.¹⁹²² Bunlar aile vakıflarına ilişkin TMK m. 372/2 ve art mirasçılığa ilişkin TMK m. 521/2 hükümleridir. Bu doğrultuda bir mal varlığı unsurunun kuşaktan kuşağa aktarılacak ve başkasına devredilemeyecek şekilde özgülennesinin mümkün olmadığı, buna paralel olarak da art mirasçılığın

¹⁹¹⁷ Cincelli, s. 513; Gubler, s. 401-403a.

¹⁹¹⁸ Perrin, s. 167. Benzer tanımlar için bkz. Akıntürk/Ateş, s. 460; CHK/Breitschmid, ZGB Art. 335, Rn. 7; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 386; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 14; OFK OR/Fankhauser, ZGB Art. 335, Rn. 5; Verzog, s. 156.

¹⁹¹⁹ Özdem, s. 327-328; Panforti, s. 432; Perrin, s. 167-169; Pock, s. 69.

¹⁹²⁰ İlgili hükme ilişkin olarak bkz. yukarıda dn. 706.

¹⁹²¹ Özdem, s. 329. Bkz. İMK m. 335/2: "Aile fideikomisi kurulması yasaktır." ("La constitution de fidéicomis de famille est prohibée.")

¹⁹²² Jakob/Picht, Liber amicorum, s. 180-181; Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 14-15; Künzle, Familienstiftung, s. 183-184; Verzog, s. 150.

da ancak bir derece için kurulabileceğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür. Öğretide bazı yazarlar tarafından işbu hükümlerin trust yapısıyla uyumsuz olduğu ve trustın *civil law* sistemlerinde benimsenmesi fikri karşısında bir engel teşkil ettiği ileri sürülmektedir.¹⁹²³

Çalışmanın önceki bölümlerinde, trustların geçerliliğine ilişkin bir kural olan ebedilik yasağı bağlamında bu kuralın *civil law* sistemlerindeki karşılıkları da incelenmiş ve bu sınırlayıcı kuralların günümüzdeki gerekliliği ve kuralın etkinliği sorunu tartışılmıştır.¹⁹²⁴ Bu doğrultuda hem *onshore* hem de *offshore* bazı hukuk sistemlerinde ebedilik yasağının tamamen kaldırıldığı anımsanacaktır.¹⁹²⁵ Bunun yanı sıra İsviçre Federal Mahkemesinin de 2009 yılında verdiği bir kararla aile fideikomisine ilişkin kuralların İsviçre milletlerarası özel hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından olmadığına,¹⁹²⁶ diğer bir deyişle bunların uluslararası kamu düzenine ilişkin olmadığına ve aile fideikomisi yasağının arka planında yatan hukuk politikası tercihlerinin günümüzde önemini yitirdiğine karar verdiği de hatırlanacaktır.¹⁹²⁷ Dolayısıyla günümüz sosyoekonomik düzeninde söz konusu anti-feodalist kuralların öneminin git gide azaldığını veya en azından bunun bir tartışma konusu hâline geldiğini söylemek mümkündür.

Bununla birlikte aile fideikomisi yasağına ilişkin kuralların Türk hukukunun hâli hazırda bir parçası olduğu ve emredici nitelikte olduğu konusunda şüphe yoktur.¹⁹²⁸

¹⁹²³ Bu görüşe ilişkin olarak bkz. Cincelli, s. 514 vd.; Gubler, s. 402-403a; Dominique Jakob/Peter Picht, Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung – Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ (bundan böyle ‘Nachlassplanung’), AJP, 2010, s. 861 vd.

¹⁹²⁴ Bkz. yukarıda s. 214 vd.

¹⁹²⁵ Bkz. yukarıda s. 218 vd.

¹⁹²⁶ Doğrudan uygulanan kurallar bir ülkenin sosyoekonomik düzenine hizmet eden ve bu nedenle sahip oldukları önem gereği her uyumsuzlukta uygulanması gerektiği kabul edilen, yabancı unsurlu uyumsuzluğa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak devreye giren müdahaleci normlardır. Doğrudan uygulanan kuralların temelinde kamu düzeninin olumlu etkisi kavramının yattığı kabul edilmektedir. Bkz. Nomer, Devletler Hususi, s. 180-184.

¹⁹²⁷ ATF 135 III 614. Karara ilişkin olarak bkz. Cincelli, s. 423-426; Geiser, s. 98-100; Herzog, s. 150; Jakob/Picht, Nachlassplanung, s. 863 vd.; Othenin Girard, s. 1261 vd; Thévenoz, Swiss Perspective, s. 3-4; Verzog, s. 150 vd. Federal Mahkeme’nin kararını destekler yönde bkz. Baddeley, Fondations, s. 95; Othenin Girard, s. 1266.

¹⁹²⁸ BSK ZGB II/Bessenich/Rickli, Art. 488, Rn. 4.

Dolayısıyla her ne kadar günümüzde yerindeliği tartışmalı olsa da bu kuralların trust yapısının benimsenmesinin önünde bir engel teşkil edip etmediği değerlendirilmeye muhtaç bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹²⁹

Aile fideikomisi yasağının *civil law* ülkelerinde farklı görünüşleri mevcuttur. Bu konudaki en katı tutumu sergileyen Fransız ve İtalyan hukuk sistemleri bu yönde hemen hemen her türlü düzenlemeyi geçersiz kabul ederken,¹⁹³⁰ daha liberal bir tutum sergileyen Türk-İsviçre hukukunda art mirasçılığa bir dereceye kadar izin verilmiştir.¹⁹³¹ Hatırlanacağı üzere Alman hukukunda art mirasçılık bakımından ayrıca 30 yıllık bir süre sınırı da öngörülmüştür.¹⁹³²

İngiliz hukukunda, ebedilik yasağı bağlamında trustların en fazla 125 yıllık bir süre için kurulması mümkündür.¹⁹³³ Bu yasak bağlamında getirilen zamansal sınırlamanın, Türk hukukunda art mirasçılık bakımından öngörülen derece sistemine kıyasla kurucu ya da miras bırakan açısından daha geniş bir serbesti sunduğu söylenebilir.¹⁹³⁴ Zira Türk hukuku bağlamında miras bırakanın ancak iki

¹⁹²⁹ İsviçre’de ve diğer bazı sistemlerde bu kuralın yumuşatılmasına ilişkin görüşlerin sıklıkla dile getirilmeye başlandığı yönünde bkz. Cincelli, s. 515; Jakob/Picht, s. 865; Künzle, Familienstiftung, s. 174 vd.

¹⁹³⁰ Bkz. Braun, Testamentary Freedom, s. 64; Künzle, Familienstiftung, s. 174; Piotet, s. 96, dn. 12. Fransız hukukundaki bu kuralın istisnalarına ilişkin olarak bkz. Perrin, s. 192; Pock, s. 75-76. Ancak Fransız hukukunda 2007 yılında gerçekleştirilen miras hukuku reformu neticesinde bu kuralın biraz daha esnetildiğini söylemek mümkündür. Fransız Medeni Kanunu’nun 1803 yılında son hâlini alan ve 2007 yılındaki değişikliklerden önce yürürlükte olan 896. maddesi şu şekildedir: “Art mirasçılık yasaktır. Bağışlananın, mirasçının ya da belirli mal alacaklısının söz konusu malvarlığını elinde tutma ya da bir üçüncü kişiye devretme yükümlülüğüyle yüklenmesi her koşulda geçersizdir.” (“Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l’héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l’égard du donataire, de l’héritier institué, ou du légataire.”). Art mirasçılıkta derece sınırlamasını dahi kabul etmeyen ve bu yöndeki her türlü yüklemeyi geçersiz sayan Fransa’da 2007 yılında 896. maddede de değişikliğe gidilmiş ve hüküm şu şekilde revize edilmiştir: “Bir kimsenin bir şeyi elde tutması ve daha sonra üçüncü bir kişiye devretmesine ilişkin hükümler ancak kanun tarafından izin verilen hâllerde geçerlidir.” (“La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d’effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi.”)

¹⁹³¹ Piotet, s. 96, dn. 12.

¹⁹³² BGB § 2109: “Die Einsetzung eines Nacherben wird mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. (...)” Bkz. Kötz, s. 106; Künzle, Familienstiftung, s. 176; Pock, s. 74-75.

¹⁹³³ Ebedilik yasağına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 208 vd.

¹⁹³⁴ Cincelli, s. 515; Gubler, s. 403a.

kişi (ön mirasçı ve art mirasçı) bakımından bir düzenleme yapması mümkünken, İngiliz hukukunda trust kurucusunun iradesi lehtar sayısı ile sınırlanmış değildir.¹⁹³⁵ Dolayısıyla kurucunun ebedilik yaşağına ilişkin süre boyunca mal varlığı unsurunun nasıl özgüleneceğine ve yönetileceğine serbestçe karar vermesinin mümkün olduğu ifade edilmelidir.

Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukunun aksine, art mirasçıya geçiş anına ilişkin bir süre sınırı bulunmamaktadır. Art mirasçının *nondum conceptus* olarak belirlenebileceği de göz önünde bulundurulduğunda, bu kurgunun çok uzun bir süreye yayılacak şekilde öngörülmesi teorik olarak mümkün gözükmektedir.¹⁹³⁶ Bununla birlikte öğretilerde intifa hakkına ilişkin 100 yıllık üst sürenin kıyasen bu durumda da uygulanması gerektiği kanımca isabetli olarak ileri sürülmüştür.¹⁹³⁷ Dolayısıyla en azından 100 yıllık bir özgüleme süresinin miras hukuku sistemimizin temel prensipleriyle çatışmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle tercih edilen hukuk politikasının gerektirdiği zamansal sınırlar içinde, söz gelimi en fazla 100 sene için kurulabilecek bir trust yapısının benimsenmesinin önünde ne teknik ne de politik bir engel bulunduğu ifade edilmelidir.¹⁹³⁸

Aile fideikomisi yaşağına ilişkin kuralların trustın *civil law* sistemlerinde ve dolayısıyla Türk hukukunda benimsenmesinin önünde ciddi bir engel oluşturmamasının temel sebebi, bu kurala paralel bir kuralın hâli hazırda trustlara (en azından bu çalışmanın odak noktası olan İngiliz hukuku bağlamında) uygulanıyor olmasıdır. Zira TMK m. 372/2 ve m. 521/2'de yer alan kuralların ve ebedilik yaşağının *ratio*'sunun aynı olduğunu söylemek mümkündür. Bu ortak amaç, bir kimsenin ölümünden sonra ancak belirli bir süre boyunca mal varlığını

¹⁹³⁵ Cincelli, s. 515.

¹⁹³⁶ BSK ZGB II/Bessenich/Rickli, Art. 488, Rn. 4; Cincelli, s. 516; Jacob/Picht, Nachlassplanung, s. 866.

¹⁹³⁷ BSK ZGB II/Bessenich/Rickli, Art. 488, Rn. 4; Cincelli, s. 516; Jacob/Picht, Liber amicorum, s. 182; Piotet, s. 96; Serozan/Engin, s. 419. İsviçre Federal Mahkemesi 1926 yılında verdiği bir kararda art mirasçıya geçiş anının ortalama 50-70 yıl arasında bir sürede gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. BGE 87 II 355, 362.

¹⁹³⁸ İsviçre hukuku bağlamında aynı yönde bkz. Cinceli, s. 518. İsviçre hukukunda yabancı unsurlu bir trustın benimsenmesi bağlamında aynı yönde bkz. Jacob/Picht, Nachlassplanung, s. 866.

yönetmesine izin verilmesidir.¹⁹³⁹ Kanımca burada trustın benimsenmesi ihtimalinde atılması makul olacak olan adım, bu zamansal sınırlamayı kişi sayısı üzerinden yapmak yerine belirli bir süreyle belirlemektir.¹⁹⁴⁰ Bunun ise tüzel kişiler lehine kurulan intifa hakkına ilişkin TMK m. 797/2 veya üst hakkına ilişkin m. 836/1 dikkate alındığında Türk hukukuna yabancı bir düzenleme olmayacağını söylemek mümkündür.¹⁹⁴¹

3.2.2.2. Saklı Paylı Mirasçılık Kuralları Bakımından Değerlendirme

TMK m. 505, miras bırakanın saklı paylar dışında kalan kısmı için ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceğini, TMK m. 506 ise saklı pay sahibi mirasçılarını ve bu kişilerin saklı pay oranlarını düzenlemektedir. Hatırlanacağı üzere *civil law* miras hukuku sistemleri ve *common law* miras hukuku sistemleri arasındaki en belirgin farklardan biri miras bırakanın tasarruf özgürlüğüne ilişkindir. Bu özgürlük *civil law* sistemlerinde ölüme bağlı tasarrufların sınırlı sayıdalığı ve daha da önemlisi saklı paylı mirasçılık kurumuyla sınırlanmış, buna karşılık *common law* sistemlerinde kişilere miraslarına ilişkin tasarrufları konusunda hemen hemen tam bir serbesti sunulmuştur.¹⁹⁴² Öğretide *civil law* sistemlerinin saklı paylı mirasçılığa ilişkin düzenlemelerinin, bu sistemlerde trustın benimsenmesinin ya da yabancı

¹⁹³⁹ Benzer yönde bkz. Kötz, s. 107. Ebedilik kuralının amacına ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 208 vd.

¹⁹⁴⁰ Bu doğrultuda Fransız hukukundaki düzenlemeler yol gösterici olabilir. Fransız hukukunda *fiducie* için geçerlilik süresi 99 yıl olarak belirlenmiştir. Bkz. Code Civil Art. 2018.

¹⁹⁴¹ İntifa hakkına ve üst hakkına ilişkin bu zamansal sınırlamaların arkasındaki sebebin, tıpkı art mirasçılığın tek kademeyle sınırlandırılmasında olduğu gibi, bir kimsenin sahip olduğu mülkiyet hakkının feodal yapıları çağrıştıracak veya geri getirecek şekilde uzun bir süre için sınırlandırılmasına izin verilmemesi olduğu ifade edilmelidir. Bkz. BSK ZGB II/Bessenich/Rickli, Art. 488, Rn. 4.

¹⁹⁴² Baddeley, s. 282; Cincelli, s. 519; Herzog, s. 124; Reymond, Trust, s. 206-207a; Supino, s. 113-114; Underhill/Hayton, s. 1438; Tey, Forced Heirship, s. 4. Ayrıca bkz. yukarıda s. 83-84. Allen, Code Napoléon'un etkisiyle mülkiyet (ve bunun doğal uzantısı olan miras) hakkı bağlamında mutlak ve bireyci bir anlayışa sahip olan *civil law* sistemlerinde saklı paylı mirasçılık kurumunun bulunması, buna karşılık mülkiyet hakkı bağlamında aynı yönde bir bakış açısına sahip olmayan *common law* ülkelerinde miras bırakanın tasarruf yetkisinin hemen hemen sınırsız olmasını bir çelişki olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Allen, s. 58-59. Son yıllarda *civil law* sistemlerinde de saklı paylı mirasçılık kurallarının esnetilmesine ilişkin düzenlemelerin veya bu yönde tartışmaların yapıldığı anımsanacaktır. Bunlara ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 116 vd.

unsurlu bir trustın tanınmasının önünde bir engel teşkil ettiğinin ileri sürüldüğü görülmektedir.¹⁹⁴³ Ancak bu iddianın da tamamen isabetli olmadığı ifade edilmelidir.

Bilindiği üzere saklı paylı mirasçılık kurumunun etkisi miras bırakanın tasarruf oranının küçülmesidir. Buna karşılık saklı paylı mirasçılık, miras bırakanın serbestçe tasarruf edebileceği kısım üzerinde kurabileceği hukuki işlemlerin türüne ilişkin bir sınırlama teşkil etmemektedir. Bu nedenle saklı paylı mirasçılık kavramı ve trust yapısının *per se* uyumsuz olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁹⁴⁴

Öte yandan kurucunun bir ölüme bağlı tasarruf yoluyla ya da sağlar arası işleme kurduğu trustın Türk hukukunun emredici kuralları arasında yer alan saklı paylı mirasçılığa ilişkin hükümlerle çatışmasının, özellikle trustın lehtarının saklı paylı mirasçılar dışında biri olması durumunda düşük bir ihtimal olmadığı ifade edilmelidir.¹⁹⁴⁵ Bu durumda kişilerin trust kurma yoluyla yapacakları mal varlığı özgülemelerinin de saklı paylı mirasçıların hakları çerçevesinde değerlendirilmesi ve eğer bu kişilerin hakları ihlal edilmişse bu özgülemenin TMK m. 560 vd. hükümleri doğrultusunda tenkise konu olması gerekir.¹⁹⁴⁶ Bu nedenle her ne kadar

¹⁹⁴³ Allen, s. 57; Braun, Trust Interno, s. 803; Herzog, s. 125; Reymond, Trust, s. 207a.

¹⁹⁴⁴ Nitekim böyle bir 'otomatik' uyumsuzluğun bulunmadığı Lahey Konvansiyonu'nun 15. maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Konvansiyon'un 15. maddesi, Konvansiyon'un forum devletin emredici kuralları arasında yer alan bazı hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemeyeceğini hükme bağlamış ve bunlar arasında yasal ve iradi mirasçıların haklarına ve özellikle eşin ve hısımların saklı paylı mirasçılık haklarına ilişkin hükümleri de saymıştır. İlgili maddenin orijinali şu şekildedir: "*The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters – a) the protection of minors and incapable parties; b) the personal and proprietary effects of marriage; c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives; d) the transfer of title to property and security interests in property; e) the protection of creditors in matters of insolvency; f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith. If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.*" İlgili hükme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hayton, Forced Heirship, s. 17 vd.; Herzog, s. 128 vd. İtalya mahkemelerinin bu soruna yaklaşımının da aynı yönde olduğu bilinmektedir. Bkz. Braun, Trust Interno, s. 803-804.

¹⁹⁴⁵ Cincelli, s. 520.

¹⁹⁴⁶ Bu durumda ölüme bağlı bir tasarruf ile kurulmuş bir trust varsa TMK m. 560 vd. hükümleri, bir *inter vivos* trust söz konusuysa TMK m. 565 vd. hükümleri uygulama bulacaktır. Sağlar arası

saklı paylı mirasçılığa ilişkin kuralların trust yapısının benimsenmesine bir engel teşkil etmediği kabul edilebilse de, bu ihtimalde trusta özgülenebilecek olan mal varlığının ciddi oranda küçülmesine yol açacağı dolayısıyla pratikte trustın uygulama alanını daraltacağını söylemek mümkündür.¹⁹⁴⁷

3.2.3. Usul Hukukundan Kaynaklanabilecek Engellerin Değerlendirilmesi

Mahkemelerin trustı gözetme ve gerektiğinde trustın yönetimine müdahil olma konusunda geniş kapsamlı bir yetkiye sahip olduklarına dair kural, uzun yıllardan beri kabul edilen ve *common law* sistemlerinde pek fazla akademik tartışma konusu edilmeyen bir prensiptir.¹⁹⁴⁸ Bu yetki, mahkemeleri trust yapısından kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde rol alan bir otorite olmanın ötesine taşımakta ve mahkemelerin adeta bir gözetim ve denetim organı olarak düşünülmesine neden olmaktadır.¹⁹⁴⁹ Hatta mahkemelerin trust ilişkisi üzerindeki bu gözetim yetkisinin, trust hukukunu borçlar hukukundan ayıran temel özelliklerden biri olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁵⁰ Aslında bu yetkinin, hakkaniyet hukukunun trust kurumu bağlamında takındığı paternalist tutumla uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Bu paternalist tutumun bir diğer görünümünün hakkaniyet hukukunun lehtarını korumayı ve onun menfaatlerini gözetmeyi birincil hedef kabul eden, diğer bir

kurulan bir trust söz konusu olduğunda TMK m. 565 hükmünde düzenlenen dört hâlden hangisinin tenkis sebebi olarak değerlendirileceği sorusuna ilişkin bir değerlendirme için bkz. Cincelli, s. 524-527.

¹⁹⁴⁷ Benzer yönde bkz. Thévénos, Swiss Perspective, s. 297.

¹⁹⁴⁸ Nolan, s. 470-471. 1805 tarihli *Morice v Bishop of Durham* kararında bu yetki Lord Eldon LC tarafından şu şekilde özetlenmiştir: "As it is a maxim, that the execution of a trust shall be under the controul [sic] of the court, it must be of such a nature, that it can be under that control; so that the administration of it can be reviewed by the court; or, if the trustee dies, the court itself can execute the trust: a trust therefore, which, in case of maladministration could be reformed; and a due administration directed; and then, unless the subject and the objects can be ascertained, upon principles, familiar in other cases, it must be decided, that the court can neither reform maladministration, nor direct a due administration." Bkz. (1805) 32 ER 947, 954.

¹⁹⁴⁹ Cincelli, s. 529. Bunun sebeplerinden biri, güvenilenlerin kural olarak belirli zaman aralıkları içinde mahkemeye yönetimle ilgili hususlarda hesap verme yükümlülüğü altında olmasıdır. Ancak bu sürecin zaman ve maliyet açısından yarattığı yük nedeniyle uygulamada çoğu zaman sözleşmeyle bu yükümlülüğün kaldırıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Langbein, Contractarian, s. 662.

¹⁹⁵⁰ Nolan, s. 471. Aynı yönde bkz. *Crociani v Crociani*, [2014 UKPC 40 (Jersey)]. Krş. Langbein, Contractarian, s. 662.

deyişle lehtar adeta “pamuklara sarmayalan”¹⁹⁵¹ anlayışının somut bir yansıması olarak kabul edilen ve lehtarın güvenilenin yükümlülüklerini ihlali durumunda sahip olduğu, söz gelimi bir sözleşme alacaklısına veya haksız fiil mağduruna kıyasla çok daha bir geniş kapsama sahip şahsi ve aynı nitelikteki hukuki korumalar olduğu anımsanacaktır.¹⁹⁵²

Mahkemenin trust yönetimi konusundaki gözetim ve müdahale yetkisinin birçok görünümü mevcuttur. Bunların başlıcaları ise şunlardır: Güvenilenin yetkilerinin kapsamı konusunda uyuşmazlık söz konusu olduğunda bunun hakkında karar verilmesi, güvenilenin (örneğin ihtiyari trustlarda) takdir yetkisini kullanmaması durumunda buna zorlanması, gerektiğinde güvenilenin görevden alınması ve yerine yeni bir güvenilenin atanması hatta acil durumlarda mahkemenin bu görevi bizzat yerine getirmesi, güvenilenin ücret hakkının tespit edilmesi.¹⁹⁵³ Bununla birlikte iradi trustlar bakımından mahkemelerin üstlendiği rolün trustın işleyişi üzerinde sürekli bir gözetim sürdürmek olduğu yanılığısına kapılmamalıdır.¹⁹⁵⁴ Mahkemeler daha ziyade tarafların, yani güvenilenin veya lehtarın talepleri üzerine harekete geçmektedir. Bu nedenle mahkemelerin sürdürdüğü gözetimin bir *ad hoc* gözetim olduğunu söylemek mümkündür.

Sözleşme yapısının aksine trust yapısında mahkemelerin bu denli müdahaleci bir pozisyonda bulunmasının arkasındaki temel sebep, trust ilişkisinde taraflar arasındaki güç dengesizliği ve bilgi asimetrisidir. Bunun yanı sıra trustın tek taraflı bir irade beyanıyla kurulması, dolayısıyla lehtarın bu ilişkiye kendi rızası dışında dahil olması da onun korunmasını gerekli kılan bir diğer neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda mahkemelerin gözetim ve denetim yetkisinin, trust

¹⁹⁵¹ Hudson, Understanding, s. 165.

¹⁹⁵² Bkz. yukarıda s. 335 vd.

¹⁹⁵³ Cincelli, s. 529-530; Nolan, s. 471-474.

¹⁹⁵⁴ Cincelli, s. 531.

teorisinde özellikle *Langbein* tarafından savunulan sözleşmecî görüşün temel karşı argümanını da teşkil ettiği belirtilmelidir.¹⁹⁵⁵

Trustın *civil law* sistemlerinde benimsenmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilirken öğretide sıklıkla dile getirilen bir diğer endişenin İngiliz hukukunda trustlar bağlamında mahkemelerin sahip olduğu bu gözetim ve denetim yetkisi olduğu görülmektedir.¹⁹⁵⁶ Örneğin *Gubler*, İsviçre usul hukukunun temelinde yatan çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı ayrımının ve bu doğrultuda şekillenen yargı sisteminin, İsviçre hukuku yargı sistemiyle uyumsuz olduğunu ve bunun da trustın bu sistemde benimsenmesinin önünde bir engel oluşturduğunu ileri sürmektedir.¹⁹⁵⁷ Bunun yanı sıra trustın sahip olduğu esneklik sayesinde hukukun hemen hemen her alanında kullanılıyor olmasının da İngiliz hukukunda olduğu gibi tek elden yürütülen bir yargısal gözetimi güç kıldığı ifade edilmektedir.¹⁹⁵⁸

Kanımca mahkemelerin gözetim yetkisini kullandığı ihtimaller daha ziyade trustın bir sözleşmesel ilişkiden ciddi anlamda ayrıldığı istisnai durumlarda önem kazanmaktadır. Hatırlanacağı üzere trust yapısının Türk hukukundaki gerekliliği incelenirken, trustın yerine getirdiği işlevlerden yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmıştır. Aynı ayrımın mahkemelerin gözetim yetkisinin önemi tartışılırken de kullanılması mümkündür. Varlık yönetimi ve teminat işlevleri bakımından trust yapısının aslında sözleşme kurumuyla birçok açıdan benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür. Zira yapının tarafları arasında pazarlık sonucunda sağlanan karşılıklı irade uyuşması ve ilişkinin tarafları arasında bir denge söz konusudur. Bu hâllerde trustın kuruluşunun da genellikle tek taraflı bir hukuki beyan yerine güvenilenle akdedilen bir sözleşmeye dayandığı göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme kurumuyla arasındaki paralellik daha da göze çarpmaktadır.¹⁹⁵⁹ Bu

¹⁹⁵⁵ Nolan, s. 488-489. *Langbein*'in trustı sözleşmesel yönünü esas alarak kuramlaştıran görüşü için bkz. *Langbein, Contractarian*, s. 625 vd.

¹⁹⁵⁶ Allen, s. 60-61; *Gubler*, s. 417a vd. Krş. *Cincelli*, s. 530-532.

¹⁹⁵⁷ *Gubler*, s. 419-420a.

¹⁹⁵⁸ *Gubler*, s. 420a.

¹⁹⁵⁹ Bu görevin zaman içinde kurumsallaştığına ve profesyonel güvenilenliğin git gide önem kazandığına ilişkin olarak bkz. *Langbein, Contractarian*, s. 638 vd.

nedenle varlık yönetimi ve teminat işlevlerini yerine getirmek için kurulan trustlar değerlendirilirken, mahkemelerin bu gözetim fonksiyonuna ne kadar gerek duyulduğu kanımca tartışmaya açıktır.¹⁹⁶⁰ Çünkü bu durumda taraflardan birinin diğerine kıyasla daha zayıf bir konumda olduğu, bu nedenle bir gözetim organı üzerinden korunmaya muhtaç olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bununla birlikte miras planlaması işlevini yerine getirmek için kurulan trustlar bakımından bir gözetim makamının gerekli olup olmadığı sorusunu olumlu yanıtlamak mümkündür. Zira bu durumda kurucunun iradesini yerine getirmekle görevli güvenilen ile lehtarlar arasında genellikle bir sözleşmesel ilişki bulunmadığı gibi, lehtarlar da güvenilenin görevini gereği gibi yerine getirip getirmediğini denetleme konusunda yetersiz kalabilir. Ancak bu endişenin de trustın Türk hukukunda benimsenmemesi için geçerli bir neden teşkil etmediği ifade edilmelidir. Çünkü Türk hukukunda mahkemelerin veya başka gözetim organlarının trust ilişkisinde hakkaniyet mahkemelerinin üstlendiği role benzer bir role sahip olduğu olasılıklar söz konusudur. Kamu vesayeti ilişkisi söz konusu olduğunda vesayet makamı olarak görev yapan sulh hukuk mahkemesi (TMK m. 397/2) bu olasılıklardan sadece biridir.¹⁹⁶¹ Bunun yanı sıra miras bırakanın bir vasiyeti tenfiz memuru atamış olması ihtimalinde de sulh hukuk mahkemesinin bir gözetim organı gibi hareket ettiği belirtilmelidir. Zira mahkemenin, vasiyeti tenfiz memurunun atanması (TMK m. 550), görevden ayrılması (TMK m. 554), görevden alınması (TMK m. 555/3) ve denetlenmesi (TMK m. 555/1 ve 2) gibi konularda sulh hâkiminin görevli olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Sonuç olarak günümüzde trust yapısının kullanıldığı alanlar göz önünde bulundurulduğunda, bunların çoğunda ilişkinin taraflarının eş konumda bulunduğu,

¹⁹⁶⁰ Trustın kullanılmaya başlandığı ilk zamanlardan 19. yüzyılın ortalarına kadar sadece taşınmazların devredilmesi için kullanılan bir araçken günümüzde büyük portföylerin yönetilmesini sağlayan bir araca dönüştüğü yönünde ve bu dönüşüme ilişkin olarak bkz. Langbein, Contractarian, s. 632 vd.

¹⁹⁶¹ Nitekim öğretide de, trustın *civil law* sistemlerinde benimsenemeyeceği yönünde görüş ileri süren yazarların dahi vesayet makamının konumunun trust ilişkisinde hakkaniyet mahkemelerinin konumuna benzettiği görülmektedir. Bu yönde örneğin Allen, s. 61; Gubler, s. 418a.

bu nedenle bir oto-denetim mekanizmasının zaten işlemekte olduğu söylenebilir. Dolayısıyla trustın sözleşmeye yaklaştığı bu ihtimallerde mahkemelerin gözetim yetkisi önemini tamamen olmasa da kaybetmektedir. Bunun yanı sıra günümüzde daha ulaşılabilir olan hukuki destek sayesinde trust kurucu belgelerinin de belirsizliklere daha az mahal verecek şekilde, ayrıntılı olarak düzenlendiğini ve bunun da gözetim makamına başvuru olasılığını ve dolayısıyla mahkemelerin rolünün önemini azaltan bir başka neden olarak karşımıza çıktığını söylemek mümkündür.¹⁹⁶² Ayrıca mahkemelerin gözetim yetkisinin trust yapısı için gerekli olduğu sonucuna varıldığı ihtimalde dahi bunun trust yapısının *civil law* sistemlerinde ve dolayısıyla Türk hukukunda benimsenmesinin önünde bir engel teşkil ettiği sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir.¹⁹⁶³ Zira yukarıda görüldüğü üzere vesayet ilişkisinde veya vasiyeti tenfiz memuru atanması durumlarında olduğu gibi, sulh hukuk mahkemelerinin bazı ilişkiler bakımından bu gözetim işlevini üstlendiği, dolayısıyla bunun da Türk hukuku açısından yabancı bir kavram olmadığı ifade edilmelidir.

¹⁹⁶² Benzer yönde bkz. Cincelli, s. 531.

¹⁹⁶³ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Cincelli, s. 532.

SONUÇ

Orta Çağ'dan beri İngiliz hukukunun ve daha sonra onu takip eden tüm *common law* sistemlerinin bir parçası olan trust, ünlü hukukçu *Maitland* tarafından *common law* sisteminin en büyük ve eşsiz icadı olarak tanımlanan¹⁹⁶⁴ ve yatırımdan teminata, hayır işlerinden miras planlamasına kadar birçok farklı işlevi yerine getirmek için kullanılan, esnekliği ve dinamizmiyle ünlü bir hukuki yapıdır. *Civil law* sistemlerinde bu yapıya duyulan ilginin son yüz yılda ortaya çıktığını ve özellikle bu konuda verilmiş ilk eserlerde trustın bir *civil law* ülkesinde benimsenmesine olumsuz yaklaşıldığını, bu bakış açısının ancak son yıllarda değiştiğini söylemek mümkündür.

Aslında bugün bile trustın birçok *civil law* hukukçusunun gözünde menfi bir çağrışıma sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim bu çalışmanın yazarının çalışma konusunu başka hukukçularla tartışırken tecrübe ettiği tepkilerin de çoğunlukla olumsuz olduğu itiraf edilmelidir. Kanımca bu ön yargının iki temel sebebini tespit etmek mümkündür. Bunlardan ilki, tarihsel olarak iki başlı bir hukuk sisteminde gelişen ve *civil law* sistemlerinin *summa divisio*'su olarak nitelendirilen¹⁹⁶⁵ aynı haklar – şahsi haklar şemasına tam olarak uymayan bu kurumun, *civil law* sistemlerinde benimsenmesinin mümkün olmadığı görüşünün yaygın olmasıdır. İkincisi ise trustın özellikle *offshore* sistemlerindeki kullanımının yaygınlaşması neticesinde bir kanuna karşı hile aracı olduğuna ilişkin kanının sıkça dile getirilmesidir.

Bolgar'ın 1953 yılında kaleme aldığı eserinde trustın *civil law* sistemlerinde benimsenmesinin önünde üç temel engel bulunduğunu ileri sürdüğü görülmektedir.¹⁹⁶⁶ Bunlardan ilki mülkiyetin bölünmezliği ilkesi, ikincisi eşya hukukunda sınırlı sayıdalık ilkesi, üçüncüsüyse *civil law* sistemlerinde trustın

¹⁹⁶⁴ *Maitland*, *Equity*, s. 23.

¹⁹⁶⁵ *Van Erp*, s. 1040.

¹⁹⁶⁶ *Bolgar*, s. 210.

işlevlerini yerine getiren araçların hâli hazırda mevcut olmasıdır. Belki de *Bolgar*'ın bu önermesinin özellikle son kısmının ileri sürüldüğü devrin şartları bağlamında isabetli olduğunun kabul edilmesi mümkündür. Ancak değişen, dönüşen ve küreselleşen günümüz ekonomik düzeninde artık bunun doğru olmadığı açıktır. Özellikle de trustın yerine getirdiği yatırım ve teminat işlevleri dikkate alındığında bu yapının önemi göze çarpmaktadır. Nitekim Türk hukukunda gerek yatırım ve emeklilik fonlarının, gerekse bir alternatif finansman yöntemi olan menkul kıymetleştirme bağlamında devreye giren finansman fonlarının trust şeklinde organize edilmiş olması ve Türk hukukunda sendikasyon kredilerinde karşılaşılan 'paralel borç' yapılanmaları bu ihtiyacın en somut görünümünü teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra miras hukuku alanında da sarsılmaz olduğu düşünülen ilkelerin, söz gelimi saklı paylı mirasçılık kurumunun, bugün birçok *civil law* ülkesinde tartışmaya açıldığını hatta bu yönde değişikliklerin dahi yapıldığını gözlemlemek mümkündür. Dolayısıyla bu sistemlerde mevcut olan miras planlaması araçlarının dağınıklığı göz önünde bulundurulduğunda, trustın ileride bir miras planlaması aracı olarak da dikkate alınması kaçınılmaz gözükmektedir.

Bolgar'ın dile getirdiği ve diğer birçok yazar tarafından da paylaşılan diğer endişelerin de günümüzde yerindeliğini kaybettiğini söylemek mümkündür. Zira trust yapısının İngiliz hukukunun iki başlı sisteminin bir uzantısı olan parçalanmış mülkiyet yapısı üzerine kurulu olmasının bir zorunluluk olmadığı bugün hem *common law* hem de *civil law* hukukçuları tarafından kabul edilen,¹⁹⁶⁷ ayrıca trusta ilişkin uluslararası düzenlemelerde de benimsenen, yerinde bir bakış açısıdır.¹⁹⁶⁸ Bu nedenle trust ilişkisinde lehtarın hakkının bir aynı hak olarak değil, bir alacak hakkı olarak nitelendirildiği ve bu yapının özel mal varlığı ve aynı ikame ilkeleriyle desteklendiği bir trust kurgusunun *civil law* sistemlerinde kabul edilmesinin önünde teorik veya pratik bir engel bulunmadığının bir kere daha altı çizilmelidir.

¹⁹⁶⁷ Bkz. De Waal, s. 65 vd.; Gardner, s. 18-19; Gretton, Without Equity, s. 601; Hayton, Counterparts, s. 24; Ho, Essentials, s. 11; Koessler, s. 2-3; Reid, Patrimony, s. 428; Rudden, s. 89; Underhill/Hayton, s. 1440. Benzer yönde ayrıca bkz. Clarry, Fiduciary, s. 928; Verhagen, s. 488.

¹⁹⁶⁸ Bkz. Lahey Konvansiyonu m. 2; İlkeler, m. 1.

Türk hukukunun da içinde bulunduğu *civil law* ülkelerinde trusta ilişkin ön yargının ikinci önemli sebebi olan ve *offshore* sistemlerinde yaşanan gelişmelerle de perçinlenen trustın kötüye kullanılması riski de kanımca birçok meşru amaca hizmet edebilecek trustın benimsenmesinin önünde bir engel teşkil etmemelidir. Zira hukuk sisteminin sunduğu tüm araçların bu riski içinde barındırdığını söylemek mümkündür. Nitekim hakkın kötüye kullanılmamasının söz gelimi sadece sözleşmelere özgü bir kural değil, genel bir ilke olarak kabul edilmesinin de sebebi budur. Ayrıca *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu v Merrill Lynch Bank And Trust Company (Cayman) Ltd. veya Rybolovlev v Rybolovleva* kararlarında da açıkça görüldüğü üzere trust uygulamasında bu tür kötüye kullanmaların önüne geçmek için çeşitli kuralların ve yöntemlerin de geliştirilmiş olduğuna dikkat çekilmelidir.¹⁹⁶⁹

Belirtmek gerekir ki eldeki çalışma, “Trust Türk hukukunda nasıl benimsenebilir?” sorusundan ziyade bunun gerekli ve mümkün olup olmadığına odaklanmıştır. Bu nedenle öncelikle trust yapısının İngiliz hukukunda ortaya çıkışı ve dünyadaki gelişmeler incelenerek Türk hukukunda trusta ilişkin olarak gözlemlenen ön yargı bir nebze de olsa kırılmaya çalışılmış ve Türk öğretisinin tabiri caizse ilgisi çekilmeye çalışılmıştır. Ardından trustın ana vatanı olan İngiltere’de nasıl işlediği, diğer sistemlerdeki gelişmeler de dikkate alınarak analitik bir şekilde ele alınmıştır. Bunun amacı, İngiliz hukukunda benimsenediği şekliyle trustın ‘tek doğru yol’ olmadığını ortaya konulması ve bu yapının çeşitli ilkeler ve hukuk politikası tercihleri doğrultusunda esnetilebileceğinin vurgulanmasıdır. Son olarak trustın çeşitli alanlarda Türk hukukunda mevcut hukuki araçların sağlayamadığı ne gibi avantajlar sunabileceği tartışılmış ve trustın Türk hukukunun emredici prensipleriyle uyumluluğu üzerinde durulmuştur.

Bu açıklamalar ışığında, trustı sistemine entegre etmek isteyen kanun koyucunun önünde izleyebileceği üç temel yolun bulunduğunu söylemek mümkündür.

¹⁹⁶⁹ İlgili kararlara ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 237 vd.

Bunlardan ilki, trustı İngiliz hukukunda olduğu gibi benimsemektir. Bunun için ilk yapılması gereken yeni bir sınırlı aynı hak türünün kabul edilmesidir. Ancak bu seçeneğin epey maliyetli olacağını öngörmek mümkündür. İkinci seçenek, Türk hukukunda inançlı işlemleri yeniden düzenlemek ve pozitif bir yasal dayanağa kavuşturmadır. Bundan kasıt inançlı işlemlerde özel mal varlığı yapısının ve bu özel mal varlığı üzerinde aynı ikame ilkesinin işler olduğunun kabul edilmesi ve tarafların yükümlülüklerinin ve haklarının, trust yapısında olduğu gibi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesidir. Nitekim Fransa'nın tercihinin de bu yönde olduğu hatırlanacaktır.¹⁹⁷⁰ Üçüncü seçenekse yine inançlı işlem benzeri bir yapıdan hareket etmek, ancak bunu bir 'güncellenmiş inançlı sözleşme ilişkisi' olarak değil, bir 'Türk hukuku trustı' olarak lanse etmektir. Kanımca Türkiye'nin sahip olduğu stratejik konumun avantajları kullanılarak trustın yabancı yatırımcılar için çekici kılınmasının en isabetli yolu da budur.

¹⁹⁷⁰ Bkz. yukarıda s. 43 vd.

TERİMLER DİZGESİ

Account for profits	Menfaat devri
Account of administration	Hesabın düzeltilmesi talebi
Agency cost	Temsil maliyeti
Asset protection trust	Mal varlığının korunması trustı
Bare trust	Basit trust
Beneficiary	Lehtar
Beneficiary principle	Lehtar ilkesi
Beneficiary/equitable title	Türev mülkiyet
Black hole trust	Kara delik trustı
Bona fide purchaser rule	İyi niyetli ivazlı alıcı kuralı
Breach of trust	Güvenilenin yükümlülüklerini ihlali
Bundle of rights theory	Haklar bütünü teorisi
But for test	Şart teorisi
Certainty of intention	Trust kurma iradesinin belirliliği
Certainty of object	Trust lehtarının belirliliği

Certainty of subject matter	Trust fonunun belirliliği
Cestuis que use	Use yapısındaki lehtara verilen isim
Charitable trust	Hayır işi trustı
Clean substitution	Temiz kâim değer (tracing bağlamında)
Common Law	Ortak hukuk
Consideration	Pey akçesi
Constructive trust	İnşai trust
Contingent	Şartlı/vadeli
Custodian trustee	Yediemin güvenilen
Cy-près doctrine	Hayır işi trustlarında amacın imkânsızlaşması ya da boşa çıkması durumunda, trust fonunun benzer bir amaca özgülenerek trustın ayakta tutulmasına ilişkin kural
Dead hand rationale	İstenmeyen nüfuz mantığı
Dehors theory	Ayrılık teorisi (gizli trustlar bağlamında)
Discovery	Delil keşfi
Discretionary trust	İhtiyari trust

Duty of care	Özen yükümlülüğü
Duty of loyalty	Sadakat yükümlülüğü
Dynasty trust	Sınırsız süreli trust
Equitable compensation	Güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda <i>equity</i> mahkemeleri tarafından lehtar lehine hükmedilen tazminat, hakkaniyet tazminatı
Equity Law	Hakkaniyet hukuku
Fair dealing rule	Dürüst işlem kuralı
Fee of use	Use yapısındaki güvenilene verilen isim
Fiduciary relationship	Güven ve sadakate dayalı ilişki
Fiducie	Fransız hukukunda inançlı işlem
First in first out rule (FIFO)	İlk giren ilk çıkar kuralı (tracing bağlamında)
Fixed trust	Belirli trust
Following	Asıl şeyin kimin elinde olduğunun tespit edilmesi faaliyeti (güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda devreye giren aynı talepler bağlamında)

Hindsight bias	Geri görüş ön yargısı
Inter vivos trust	Sağlar arası işlemle kurulan trust
Involuntary/non-consensual creditor	Tesadüfü/istenç dışı alacaklı
Irreducible core of trusts	Güvenilenin yükümlülüklerinin indirgenemez çekirdeği
Judicial trustee	Mahkeme tarafından atanılan güvenilen
Judicious breach	Makul ihlal
Last in first out rule (LIFO)	Son giren ilk çıkar kuralı (tracing bağlamında)
Legal list rule	Liste kuralı (güvenilenin yatırım yapma yükümlülüğü bağlamında)
Legal title	Asli mülkiyet
Letter of wishes	Temenniler mektubu
Managing trustee	Yönetici güvenilen
Maxim	(Hakkaniyet hukukunda) Temel ilke, prensip
No conflict rule	Menfaat çatışması yaratmama yükümlülüğü

No profit rule	Kendi lehine yarar sağlamama yükümlülüğü
No purpose trust rule	Amaca özgüleme yasağı
Pension fund	Emeklilik fonu
Personal remedies	Nisbi talepler
Power of appointment	Lehtar atama yetkisi
Power of revocation	Trustı sona erdirme yetkisi
Precatory words	Temenni mahiyetinde sözler
Principal agent problem	Asil vekil sorunu
Proprietary remedies	Aynı talepler
Protective trust	Koruyucu trust
Protector	Gözetici
Prudent investor rule	Basiretli yatırımcı kuralı (güvenilenin özen yükümlülüğü bağlamında)
Prudent man rule	Basiretli iş insanı kuralı (güvenilenin özen yükümlülüğü bağlamında)
Purpose trust	Amaç trustı
Remedial constructive trust	Düzeltemeci inşai trust

Restitution	Eski hâle iade
Resulting trust	Geri dönen trust
Revocable/irrevocable trust	Geri alınabilir/geri alınamaz trust
Rule against inalienability	Uzun süre soyut bir amaca özgülenmezlik yasağı (ebedilik yasağı bağlamında)
Rule against perpetuities	Ebedilik yasağı
Rule against remoteness of vesting	Kazanmanın uzaklığı yasağı
Rule of three certainties	Üç belirlilik kuralı
Saunders v. Vautier kuralı	Lehtarların hepsinin kararıyla trustın süresinden önce sona erdirilebileceğine ilişkin kural
Secret trust	Gizli trust
Security agent/trustee	Teminat temsilcisi
Self dealing rule	Kendiyle işlem kuralı
Self declaration trust	Öz beyan trustı
Settlor	Kurucu
Sham trust	Muvazaalı/Kanuna karşı hile teşkil eden trust

Special trust	Nitelikli trust
Spendthrift trust	Lehtarın trust yapısı üzerinde hemen hemen hiçbir kontrolünün olmadığı ve lehtarın türev mülkiyet hakkının devredilemez olduğu trust yapısı (ABD hukuku)
Testamentary trust	Ölüme bağlı tasarrufla kurulan trust
Tracing	Asıl şeyin yerine geçen kaim değer ne ve kimde olduğunun tespit edilmesi faaliyeti (güvenilenin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda devreye giren aynı talepler bağlamında)
Trust fund/corpus	Trust fonu
Trust instrument	Trustın kurucu belgesi
Trust interno	İtalyan hukukunda, tüm unsurları İtalya'yla ilişkili olmakla birlikte uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk seçildiği trust yapısına verilen isim
Trustee	Güvenilen
Use	Ortaçağ'da trustın halefi olduğu kabul edilen yapı
Vested	Mutlak

Voluntary/consensual creditor

Gönüllü/iradi alacaklı

Wait and see principle

Bekle ve gör prensibi (ebedilik yasağı
bağlamında)

KAYNAKÇA

- ABT, Daniel/WEIBEL, Thomas**
İşleyen: ABT, Daniel
Praxiskommentar Erbrecht, 2. bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011
(Anılış: PraxKomm Erbrecht/İşleyen)
- ACAR, Faruk**
Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Turhan Kitapevi, 2008
- AKBAŞ, Kasım**
Friedrich Carl von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 53-72
- AKBIYIK, Cem**
Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, On İki Levha Yayıncılık, 2012 (Anılış: 'Vasiyet')
- AKBIYIK, Cem**
Miras Sebebiyle İstihkak Davası, Der Yayınları, 2003 (Anılış: 'İstihkak')
- AKBIYIK, Cem**
Fransız Hukukunda İnançlı İşlemlerin Genel Anlamda Düzenlenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, C. 22, S. 3, 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 1, ss. 111-121

- AKBULUT, Pakize Ezgi** Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemiyle Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, 2016
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya** Türk Medeni Hukuku C. II Aile Hukuku, Beta Yayınevi, 2016
- AKİPEK, Jale** Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), C. 1, 2. bası, Sevinç Matbaası, 1972
- AKİPEK, Şebnem** Alt Vekalet, Yetkin Yayınları, 2003 (Anılış: 'Alt Vekalet')
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça** Konut Finansmanı Sistemi Çerçevesinde İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Filiz Kitapevi, 2013
- AKKERMANS, Bram** The Principle of Numerus Clausus in European Property Law, Intersentia, 2008
- AKMAN, Galip Sermet** Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası (İstanbul), 1976
- AKSOY DURSUN, Sanem** Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, 2012
- AKSOY, Hüseyin Can** Sendikasyon Kredisi Alacaklılarının Feri Teminatlarla Güvence Altına Alınması, On İki Levha, 2019

- AKSOY, Mehmet Ali** Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, C. 76, S. 1, 2018, ss. 55-90 (Anılış: 'Rehin')
- AKTAŞ, M. MURAT** Ticari İşletme Menkul Kıymetleştirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2016, ss. 25-64
- AKYOL, Şener** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitapevi, 1995 (Anılış: 'Dürüstlük')
- AKYOL, Şener** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, 2008
- AKYOL, Şener** Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, 2009 (Anılış: 'Temsil')
- ALBAYRAK, Hakan** Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınları, 2013
- ALEXANDER, Gregory S.** Cognitive Theory of Fiduciary Relationships, Cornell Law Review, C. 85, 1999, ss. 767-785 (Anılış: 'Cognitive')
- ALEXANDER, Gregory S.** The Dead Hand and The Law of Trusts In the Nineteenth Century, Stanford Law Review, C. 37, 1985, ss. 1189-1266 (Anılış: 'Dead Hand')

- ALLEN, Archie** Notwendigkeit und Einführungsmöglichkeiten des Trust in Continentalen Rechtssystemen, Diss. Ludwig Maximilians Universität, Münih, 1961
- ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali** Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, Vedat Kitapçılık, 2007
- AMBRUZ, Vladimir** The Rule in Saunders v. Vautier and the Czech Trust Law, European Review of Private Law, S. 6, 2016, s.1011-1030
- ANDREWS, Neil** Strangers to Justice No Longer: The Revelsal of the Privity Rule Under The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, Cambridge Law Journal, C. 60, S. 2, 2001, ss. 353-381
- ANTALYA, Gökhan/ACAR, Faruk** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, 2. bası, 2017
- ANTOINE, Rose-Marie Belle** Confidentiality in Offshore Financial Law, 2. bası, Oxford University Press, 2014 (Anılış: 'Confidentiality')
- ANTOINE, Rose-Marie Belle** Offshore Financial Law – Trusts and Related Tax Issues, 2. bası, Oxford University Press, 2013 (Anılış: 'Offshore')

- APAYDIN, Eylem** Common Law'da Trust Kavramı ve Civil Law'da Trust Alanında Güncel Gelişmeler, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 160, 2016, ss. 1791-1838
- APAYDIN, Eylem** TBK m. 505 Madde Şerhi, Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınları, 2017, ss. 51-64 (Anılış: 'TBK m. 505')
- APAYDIN, Eylem** The Problematic Structure of Management of Co-Owned Properties in Turkish Law and Pursuance of Solutions, Cambridge Scholars Publishing, 2011 (Anılış: 'Co-Owned')
- APFELBAUM, Sebastian** Die Verpfändung der Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 2005
- ARAL, Fahrettin** Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1973, ss. 197-229 (Anılış: 'Mülkiyeti Muhafaza')
- ARAL, Fahrettin** Topyekün Temlik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 42, S. 1-4, 1991, ss. 93-140

- ARKAN, Sabih** Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017
- ARTER, Oliver** Schweizerisches Bundesgericht, Urteil BGer 5A_436/2012 vom 12 April 2012, Aktuelle Juristische Praxis, S. 11, Dike Verlag, 2013, ss. 1695-1710
- ASCHENBRENNER, Mark** Die Sicherungsübereignung im deutschen, englischen und brasilianischen Recht, Mohr Siebek, 2014
- ASHBURNER, Walter** Principles of Equity, Butterworth, 1902
- ATAMER, Yeşim M.** Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006, S.6, ss. 8-37 (Anılış: Tasarı)
- ATAMER, Yeşim M.** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kavramları, Beta Yayınevi, 1996 (Anılış: 'Normun Koruma Amacı')
- ATAMER, Yeşim M.** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınevi, 2005 (Anılış: 'CISG')

- ATAMER, Yeşim M.** Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law (ed. Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann/Andreas Stier), C. II, OUP, 2012, ss. 1701-1705. (Anılış: 'MPI Encyclopedia')
- AUBRY, Charles/RAU, Charles Frédéric** Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae, Tôme 6, Impirmerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1873
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nursen** Kişiler Hukuku, 2. bası, Mimoza Yayınevi, 2007
- AYANOĞLU MORALI, Ahu** Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006
- AYANOĞLU MORALI, Ahu** Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydının Anlamı ve Teminat Fonksiyonu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, 2004, ss. 407-424 (Anılış: 'Mülkiyeti Saklı Tutma')

- AYDIN, Gülşah Sinem** Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görme, On İki Levha Yayıncılık, 2017
- AYDINCIK, Şirin** Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 1, 2006, ss. 131-194
- AYİTER, Nûşin** Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Sevinç Matbaası, 1968
- AYİTER, Nûşin/KILIÇOĞLU, Ahmet** Miras Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınları, 1991
- BADDELEY, Margareta** L'utilisation des fondations à des fins successorales, Journée de droit successoral 2017 (ed. Paul-Henri Steinauer/Michel Mooser/Antoine Eigenmann), Stämpfli Verlag, 2017, ss. 73-105 (Anılış: 'Fondations')
- BADDELEY, Margareta** L'Usufruit au service de la planification du patrimoine familial, Successio, 2013, ss. 273-282 (Anılış: 'Usufruit')
- BADDELEY, Margareta** La réserve héréditaire: Quo Vadis?, Successio, 2014, ss. 282-291

- BAG, Sugata** Economic Analysis of Contract Law: Incomplete Contracts and Asymmetric Information, Palgrave Macmillan, 2018
- BARNETT, Katy** Equitable Compensation and Remoteness: Not So Remote From the Common Law After All, University of Western Australia Law Review, C. 38, S. 1, 2014, ss. 48-79
- BARON, James B.** Rescuing the Bundle of Rights Metaphor in Property Law, University of Cincinnati Law Review, C. 82, s. 1, 2014, ss. 57-101
- BARRIERE, François** La Reception du Trust Au Travers de La Fiducie, Litec, 2004
- BARRIERE, François** The French Fiducie, Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, 2012, ss. 222-257 (Anılış: 'French Fiducie')
- BARRIERE, François** La Fiducie-Sûreté en Droit Français, McGill Law Journal, C. 58, S. 4, 2013, ss. 869-904 (Anılış: 'Sûreté')
- BAŞ SÜZEL, Ece** Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha Yayıncılık, 2015

- BAŞALP, Nilgün** Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, 2011
- BAŞOĞLU, Başak** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayıncılık, 2012
- BAŞOĞLU, Tuncay** Türkiye’de Mukayeseli Hukuk Çalışmaları, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 12, S. 24, 2014, ss. 197-230
- BAŞPINAR, Veysel** Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. bası, Yetkin Yayınları, 2004
- BAUER, Christoph** Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Dike Verlag, 2010,
- BAUMS, Theodor** Recht der Unternehmensfinanzierung, C.H. Beck, 2017
- BAUMS, Theodor/WYMEERSCH, Eddy** Asset-Backed Securitization in Europe, Kluwer Law International, 1996
- BEALE, Hugh** The Draft Academic Common Frame of Reference and the Toolbox, Theory and Practice of Harmonisation (ed. Mads Andenas/Camilla Baasch Andersen),

- Edward Elgar Publishing, 2011, ss. 115-128
- Beck Online Kommentar** Beck Online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 5, Erbrecht, 49. bası, 01.02.2019 (Anılış: BeckOK BGB/*İşleyen*)
- İşleyen: MÜLLER-ENGELS, Gabriele**
- BECKER, Rainer** Die Fiducie von Québec und der Trust, Mohr Siebeck, 2007
- BERAUDO, Jean Paul** La Loi du 19 Février 2007 Créant Une Fiducie Française, Trust & Fiducie: Concurrents ou Compléments?, Actes du Colloque Tenu A Paris Les 13 et 14 Juin 2007, STEP France, ss. 125-146
- BERENDSEN, Sara Melina** Der Englische Express Trust, Verlag Dr. Kovač, 2010
- BERTSCHINGER, Urs** Für Eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten, Aktuelle Juristische Praxis, 1993, ss. 1440-1446
- BIRKS, Peter** Equity In The Modern Law: An Exercise In Taxonomy, West Australian Law Review, C. 26, 1999, ss. 1-99 (Anılış: 'Taxonomy')
- BIRKS, Peter** Personal Property: Proprietary Rights and Remedies, Kings College Law Journal, C.

- 11, 2000, ss. 1-11 (Anılış: 'Personal Property')
- BIRKS, Peter** The Necessity of a Unitary Law of Tracing, Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode (ed. Ross Cranston), Clarendon Press, 1997, ss. 239-258
- BIRKS, Peter** Property, Unjust Enrichment and Tracing, Current Legal Problems, C. 54, S. 1, 2001, ss. 231-254 (Anılış: 'Tracing')
- BİRİNCİ UZUN, Tuba** CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2014, ss. 151-192
- BLEIFELD, Magnus** Akzessorische Kreditsicherheiten im Rahmen von Syndizierten Krediten, De Gruyter, Berlin, 2015
- BOLGAR, Vera** Why No Trusts in the Civil Law?, The American Journal of Comparative Law, C. 2, S. 2, 1953, ss. 204-219
- BOUTEILLE, Magali** La Fiducie: Un Potentiel Inexploité?, Revue juridique de l'Ouest, 2011, ss. 189-197
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal** Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2015

- BÖCKLI, Peter** Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht, Dike Verlag, 2007
- BÖTTCHER, Christina** Das abstrakte Schuldversprechen in der Kreditsicherung, Peter Lang, 2007
- BRAUN, Alexandra** The Risk of ‘Misusing’ Trusts: Some Lessons From the Italian Experience, *European Review of Private Law*, S. 6, 2016, ss. 1119-1140 (Anlış: ‘Misusing Trusts’)
- BRAUN, Alexandra** Italy: The Trust Interno, The International Trust (ed. David Hayton), Jordan Publishing, 2012, ss. 787-817 (Anlış: ‘Trust Interno’)
- BRAUN, Alexandra** Testamentary Freedom and Its Restrictions in French and Italian Law, *Freedom of Testation/Testierfreiheit* (ed. Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, 2012, ss. 57-84 (Anlış: ‘Testamentary Freedom’)
- BRAUN, Alexandra** Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy, *ZEuP*, C. 20, S. 3, 2012, ss. 461-483 (Anlış: ‘Autonomy’)

- BRAUN, Alexandra** Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The 'Best Solution' For Europe?, Cambridge Law Journal, C. 70, S. 2, 2011, ss. 327-352 (Anliş: 'DCFR')
- BRAUN, Alexandra/SWADLING, William** Management: Trust, Treuhand and Fiducie, in: Cases, Materials and Text on Property Law (ed. Sjef Van Erp/Bram Akkermans), Hart Publishing, 2012
- BREEN, Oonagh B.** Trustee Liability for Breach of Trust in the Common Law World, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss), C. 117, S. 3, 2018, ss. 327-348
- BREITSCHMID, Peter** Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit letztwilliger Anordnungen – ein Diskussionsbeitrag, Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages (ed. Annasofia Kamp/Raphael Kobler/Bettina Lienhard/Michael Lüdi/Remo Müller), Schulthess Verlag, 2014, ss. 255-272
- BRIDGE, Michael** The Quistclose Trust in a World of Secured Transactions, Oxford Journal of Legal Studies, C. 12, 1992, ss. 333-361
- BRINKMANN, Moritz** The Peculiar Approach of German Law in the Field of Secured Transactions and

- Why it has Worked (So Far), Secured Transactions Law Reform (ed. Louise Gullifer/Orkun Akseli), Hart Publishing, 2016, ss. 339-354
- BROWNBILL, David** The Role of Offshore Jurisdictions In The Development of International Trust, Vanderbilt Journal of Transnational Law, C. 32, 1999, ss. 953-963
- BURCUOĞLU, Haluk** Paranın Başkasının Parası İle Karışması Üstüne Bir Deneme, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, ss. 79-100
- BURROWS, Andrew** We Do This At Common Law But That In Equity, Oxford Journal of Legal Studies, C. 22, S.1, 2002, ss. 1-16
- BURROWS, Andrew** Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment, Law Quarterly Review, C. 117, 2001, s. 412-430 (Anılış: 'Unjust Enrichment')
- CANTIN CUMYN, Madeleine** Rapport Général, La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D'Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, ss. 11-30 (Anılış: 'Rapport Général')

- CANTIN CUMYN, Madeleine** Reflections Regarding the Diversity of Ways in Which the Trust Has Been Received or Adapted in Civil Law Countries, *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law* (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, 2012, ss. 6-28 (Anılış: 'Reflections')
- CARTWRIGHT, John** Remoteness of Damage in Contract and Tort: A Reconsideration, *Cambridge Law Journal*, C. 55, S. 3, 1996, ss. 488-514
- CARY, William L.** Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware, *The Yale Law Journal*, C. 85, 1974, ss. 663-705
- CHAMBAZ, Laurent** Is France Adopting Trusts Wholesale? The Answer Is No, But..., *Trust&Trustees*, C. 13, S. 7, 2007, ss. 255-261
- CHAMBERS, Robert** *Resulting Trusts*, Clarendon Press, 1997
- CHANG, Yun Chien/SMITH, Henry E.** Structure and Style in Comparative Property Law, Harvard Public Law Working Paper No. 14-03, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2373377>
- CHESTER, Ronald** *From Here to Eternity? Property and the Dead Hand*, Vandesplas Publishing, 2007

- CHESTERMAN, Simon** Beyond Fusion Fallacy: The Transformation of Equity and Derrida's 'Force of Law', *Journal of Law and Society*, C. 24, S. 3, 1997, ss. 350-376
- CINCELLI, Roman** *Der Common Law Trust*, Schulthess, 2017
- CLARK, David S.** *The Sources of Law, Introduction to the Law of the United States* (ed. David S. Clark/Tuğrul Ansay), 2. bası, Kluwer, 2002, ss. 35-52
- CLARRY, Daniel** *The Irreducible Core of The Trust*, Yüksek Lisans Tezi, McGill Üniversitesi, 2011
- CLARRY, Daniel** *Fiduciary Ownership and Trust in Comparative Perspective*, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 63, S. 4, 2014, ss. 901-933 (Anılış: 'Fiduciary')
- COING, Helmut** *Die Treuhandtheorie Als Beispiel Der Geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts*, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, C. 37, 1973, ss. 202-209.
- COLLARD, David** *Altruism and Economy*, Martin Robertson, Oxford, 1978
- COLLINS, Sara** *An Effective Firewall?*, *Trust & Trustees*, C. 17, S. 4, 2011, ss. 361-364

- CONAGLEN, Matthew** Sham Trusts, The Cambridge Law Journal, C. 67, S. 1, 2008, ss. 176-207 (Anılış: 'Sham')
- CONAGLEN, Matthew** The Nature And Function of Fiduciary Loyalty, Law Quarterly Review, C. 121, 2005, ss. 452-480 (Anılış: 'Fiduciary')
- CONAGLEN, Matthew** Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties, Hart Publishing, 2010 (Anılış: 'Loyalty')
- CONAGLEN, Matthew** Equitable Compensation for Breach of Trust: Off Target, Melbourne University Law Review, C. 40, 2016, ss. 126-167 (Anılış: 'Off Target')
- CONAGLEN, Matthew** Difficulties With Tracing Backwards, Law Quarterly Review, C. 127, 2011, s. 432-455
- COOKE, Elizabeth** Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales, Freedom of Testation/Testierfreiheit (ed. Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, 2012, ss. 125-142
- COOPER, Jeffrey A.** Speak Clearly and Listen Well: Negating the Duty to Diversify Trust Investments,

- Ohio Northern University Law Review, C. 33, 2007, ss. 903-942
- COOTER, Robert**
/FREEDMAN, Bradley J. The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences, New York University Law Review, C. 66, 1991, ss. 1045-1075
- COTTERRELL, Roger** Trusting in Law: Legal and Moral Concepts of Trust, Current Legal Problems, (ed. M. D. A. Freeman/B. A. Hepple), Oxford University Press, C. 46, 1993, ss. 75-95.
- CRAWFORD, Bridget J.** Who Is Afraid of Perpetual Trusts, Michigan Law Review First Impressions, C. 111, 2012, ss. 79-89
- CUTTS, Tatiana** Tracing, Value and Transactions, Modern Law Review, C. 79, S. 3, 2016, ss. 381-405
- ÇAKIRCA, Seda İrem** Adi Alacakların Rehni, Vedat Kitapçılık, 2006
- ÇAYAN, Gökhan** Sözleşmenin Devri, Adalet Yayınevi, 2016
- DAĞLI,**
Hüseyin/KARAKAYA,
Aykut/BULUT, Esra Emeklilik Yatırım Fonlarının Karakteristik Özellikleri ve Performansı: Türkiye Örneği, International Journal of

- Economic and Administrative Studies, S. 14, 2015, ss. 177-200
- DAMMANN, Reinhard/ALBERTINI, André** L'Arrêt *Belvédère*: La Réception du Trust et de la Parallel Debt en Droit Français, La Semaine Juridique- Entreprise et affaires, 17 Novembre 2011, https://lexis360.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-entreprise-affaires/46-2011/803_PS_SJE_SJE1146ET01803.htm#.XU7X9FCxUU0 (son erişim tarihi: 10.08.2019)
- DANIELEWSKY, Mike/DETTMAR, Jasmin Isabel** Instrumente der Vertragsgestaltung zur Übertragung akzessorischer Sicherheiten im Rahmen von Konsortialkreditverträgen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, S. 16, 2008, ss. 713-718
- DAVID, René/JAUFFRET SPINOSI, Camille/GORE, Marie** Les Grands Systèmes de Droit Contemporains, 12. bası, Dalloz, 2016
- DAVIES, Paul S.** Remedies for Breach of Trust, The Modern Law Review, C. 78, S. 4, 2015, ss. 681-694 (Anlış: 'Remedies')
- DAVIES, Paul S.** Compensatory Remedies for Breach of Trust, Canadian Journal of Comparative

and Contemporary Law, C. 2, S. 1, 2016, ss. 65-113 (Anılış: 'Compensatory')

DE SANCTIS, Fausto Martin International Money Laundering Through Real Estate and Agribusiness: A Criminal Justice Perspective from the "Panama Papers", Springer, 2017

DE WAAL, Marius J. In Search of a Model For The Introduction Of The Trust Into a Civilian Context, Stellenbosch Law Review, C. 12, 2001, ss. 63-85

DE WAAL, Marius J. Chapter 38: Comparative Succession Law, The Oxford Handbook on Comparative Law (ed. Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2. bası, 2019, ss. 1058-1087 (Anılış: 'Succession')

DE WAAL, Marius J. The Uniformity of Ownership, Numerus Clausus and the Reception of the Trust Into South African Law, European Review of Private Law, C. 3, 2000, ss. 439-452 (Anılış: 'Uniformity')

DECHMANN, Lionel/FARDE, Xavier/GENTIL, Etienne/HOUDAYER, Michel France Introduces New Legal Regime for Security Agents in Debt Financings, Pratt's Journal of Bankruptcy Law, C. 14, S. 1, 2018, ss. 43-47

- DEGELING, Simone/VARUHAS, Jason Ne** Equity's Personal Monetary Remedies, Equitable Compensation and Disgorgement of Profit (ed. Simone Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, ss. 1-18
- DEMİRAL, Meltem** Şartlı Bağışlama, Adalet Yayınevi, 2011
- DEVETZIS, Dimitrios** Die Dingliche Surrogation als Rechtsprinzip, V&R Unipress, 2018
- DIWELL, Lutz** Reformen im Erb- und Pflichtteilsrecht, Reformfragen des Pflichtteilsrechts - Symposium 30.11.-2.12.2006 in Salzau (ed. Anne Röthel), Carl Heymanns Verlag, 2007, ss. 185-193
- DOBRIS, Joel C.** Undoing Repeal of The Rule Against Perpetuities: Federal and State Tools For Breaking Dynasty Trusts, Cardozo Law Review, C. 27, 2006, ss. 2537-2549
- DOĞAN, Fahri Can** Bankacılık Uygulamasında Mevduat Rehni, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018
- DOĞAN, Murat/NARBAY, Şafak** İktisadi Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadi İşletme İşletmesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, 2000, ss. 437-461
- DOLU, Ali Murat** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, 2017
- DONAY, Süheyl** Vekilin Talimata Uyma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, Banka Hukuku Dergisi, C. 5, 1970, ss. 728-749
- DOUGLAS, James** Trusts and Their Equivalentents in Civil Law Systems: Why Did The French Introduce The *Fiducie* Into The Civil Code in 2007? What Might Its Effects Be?, Queensland University of Technology Law Review, C. 13, S. 1, 2013, ss. 19-29
- DRUEY, Jean Nicolas** Grundriss des Erbrechts, 3. bası, Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1992
- DUCKWORTH, Antony** Star Trusts: Part VIII – Special Trusts – Alternative Regime, Trust & Trustees, C. 19, S. 2, 2013, ss. 215-229
- DUNAND, Jean Philippe** Le Transfert Fiduciaire: ‘Donner Pour Reprendre’, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1999
- DUPICHOT, Philippe** De la fiducie-surété á la finance islamique: Rapport de synthèse, La Fiducie das tous ses états, Journées National de

- l'Association Henri Capitant, C. 15,
Daloz, 2011, ss. 89-105
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ,
Tufan** Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku,
Filiz Kitapevi, 19. bası, 2018
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ,
Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa
Alper** Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku,
Filiz Kitapevi, 2018
- DURMAN, Okay** İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı
veya Ticari İşletmenin Devri, On İki
Levha Yayıncılık, 2009
- EASTERBROOK, Frank
H./FISCHEL, Daniel R.** Contract and Fiduciary Duty, The Journal
of Law and Economics, C. 36, 1993, ss.
425-446
- EBERLEIN, Carl Philipp** Besicherung von Gläubigermehrheiten bei
der Unternehmensfinanzierung, Duncker
& Humboldt, Berlin, 2014
- ECKHARDT, Beate
Eckhardt/JACOB, Dominique
/VON SCHNURBEIN, Georg** Rapport sur les Fondations en Suisse,
CEPS Forschung und Praxis, C. 20, 2019
(https://www.swissfoundations.ch/sites/default/files/Rapport%20sur%20les%20fondations%20en%20suisse%202019_Web_F.pdf)
- EDELMAN, James** An English Misturning With Equitable
Compensation, Equitable Compensation
and Disgorgement of Profit (ed. Simone

- Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, ss. 91-109
- EGGEL, Martin** Studie zur Surrogation im schweizerischen Recht, Stämpfli Verlag, 2013
- EICHNER, Mark** Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2007
- EISENBERG, Melvin A.** The Principle of Hadley v Baxendale, California Law Review, C. 80, 1992, ss. 563-613
- EITEL, Paul/BRAUCHLI, Silvia** Trusts in Anwendungsbereich des schweizerischen Erbrechts, Successio, 2012, ss. 116-153
- ELLIOTT, Steven B.** Compensation Claims Against Trustees, Oxford University DPhil Thesis (yayınlanmamış doktora tezi), 2002 (Anılış: 'Compensation Claims')
- ELLIOTT, Steven B.** Remoteness Criteria In Equity, The Modern Law Review, C. 65, S. 4, 2002, ss. 588-597 (Anılış: 'Remoteness')
- EMİROĞLU, Haluk** Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, Ankara Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 1, 2003, ss. 101-111
- ENGLISH, David M.** The American Uniform Trust Code, Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, ss. 313-333
- EREN, Fikret** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2017 (Anılış: 'Genel Hükümler')
- EREN, Fikret** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, 5. bası, 2017 (Anılış: 'Özel Hükümler')
- EREN, Fikret** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, 1975 (Anılış: İlliyet)
- ERGÜNE, Mehmet Serkan** Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, 2017
- ERGÜNE, Mehmet Serkan** Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Kurulması, İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, 2016, ss. 739-755 (Anılış: 'Rehin')
- ERTEN, Ali** Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası (İstanbul), 1977
- ERUYGUR, K. Haluk** Yedieminlik, Yetkin Yayınları, 2008

- ESEN, Emre** Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Beta, 2011
- ESİN, İsmail** M&A Avoiding the Pitfalls, International Financial Law Review, 1.07.2011, <https://www.iflr.com/Article/2863277/M-A-Avoiding-the-pitfalls.html?ArticleId=2863277> (son erişim tarihi: 10.08.2019)
- ESİN, İsmail** M&A Avoiding the Pitfalls, International Financial Law Review, 1.07.2011, <https://www.iflr.com/Article/2863277/M-A-Avoiding-the-pitfalls.html?ArticleId=2863277> (son erişim tarihi: 10.08.2019)
- ESKİOCAK, Ali** Teslime Bağlı Taşınır Rehninde Alacaklının Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, 2009
- ESTIENNY, Florence** La Fiducie: Aspects Juridiques et Fiscaux, Defrénois, 2018
- EVANS, Alvin E.** The Termination of Trusts, Yale Law Journal, C. 37, S. 8, 1928, ss. 1070-1102
- FARHI, Sarah** Fiducie-Surété et Droit des Entreprises En Difficulté, LGDJ, 2015

- FAVRE, Pascal G.** Le transfert conventionnel de contrat, Schulthess, 2005
- FELLMANN, Walter** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1992
- FELLOWS, Mary Louise** Why The Generation-Skipping Tax Sparked Perpetual Trusts, Cardozo Law Review, C. 27, 2006, ss. 2511-2521
- FISCHER, Michael /PETER, Natalie** Der Trust passt nicht, Neue Zürcher Zeitung, S. 117, T. 24.05.2018
- FITZGIBBON, Scott** Fiduciary Relationships Are Not Contracts, Marquette Law Review, C. 82, S. 2, 1999, ss. 303-353
- FIX, Christian** Die fiducie-surété, Mohr Siebek, 2014
- FLANNIGAN, Robert** The Strict Character of Fiduciary Liability, New Zealand Law Review, 2006, S.2, ss. 209-242 (Anliş: 'Fiduciary')
- FLANNIGAN, Robert** Business Applications of the Express Trust, La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D'Affaires, XV. International

- Congress of Comparative Law (Bristol),
Bruylant, 1999, ss. 65-84 (Anlış: 'Business')
- FLEINER, Suzanne** Asset-Backed Securitization, Schultess,
2007
- FOËX, Bénédict** Le Numerus Clausus Des Droit Réels en
Matière Mobilière, Payot Lausanne, 1987
- FRANKEL, Tamar** Towards Universal Fiduciary Principles,
Queens Law Journal, C. 39, S. 2, 2014, ss.
391-440 (Anlış: 'Principles')
- FRANKEL, Tamar** Fiduciary Law, Oxford University Press,
2011 (Anlış: 'Fiduciary')
- FRIEDMANN, Alfred** Gutachten des Herrn Rechtsanwalts Dr.
Alfred Friedmann, Berlin, über die Frage:
Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung
des Treuhänderverhältnisses?,
Verhandlungen des 36. Deutschen
Juristentages, C. I, Walter de Gruenter,
Berlin & Leipzig, 1931, ss. 805-1115
- GADHIA, Sunil /RODGERS,
Konrad /HO, Joe-Han** Sham Trusts, Trusts & Trustees, C. 22, S.
4, 2016, ss. 464-478
- GAMBARO, Antonio** Property Rights in Comparative
Perspective: Why Property Is So Ancient
and Durable?, Tulane European and Civil
Law Forum, C. 26, 2011, ss. 205-239

- GARDNER, Simon** An Introduction To The Law of Trusts, 3. bası, Oxford University Press, 2011
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R.** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, C. I, Schulthess, 10. Bası, 2014
- GAUTSCHI, Georg** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1971
- GEISER, Thomas** Familienfideikommiss und Trusts, Liber amicorum Nedim Peter Vogt (ed. Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, ss. 89-106.
- GEISER, Thomas/FOUNTOULAKIS, Christiana (ed.)** Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 1-456 ZGB, 6. bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018 (Anlış: 'BSK ZGB I/İşleyen')
- İşleyen: GRÜNINGER, Harold**
- GELTER, Martin/HELLERINGER, Geneviève** Fiduciary Principles in European Civil Law Systems, The Oxford Handbook of Fiduciary Law (ed. Evan J. Criddle/Paul

- B. Miller/Robert H. Sitkoff), Oxford University Press, 2019, ss. 583-602
- GETZLER, Joshua** Duty of Care, Breach of Trust (ed. Peter Birks/Arianna Pretto-Sakmann), Hart Publishing, 2002, ss. 41-74 (Anılış: 'Duty of Care')
- GETZLER, Joshua** Fiduciary Investment In The Shadow of Financial Crisis: Was Lord Eldon Right?, *Journal of Equity*, C. 3, 2009, ss. 1-31 (Anılış: 'Investment')
- GETZLER, Joshua** Equitable Compensation and The Regulation of Fiduciary Relationships, *Restitution and Equity Vol. 1 – Resulting Trusts and Equitable Compensation* (ed. Peter Birks/Francis Rose), LLP Publishing, 2000, ss. 235-257 (Anılış: 'Equitable Compensation')
- GETZLER, Joshua** Plural Ownership, Funds, and the Aggregation of Wills, *Theoretical Inquires in Law*, C. 10, S. 1, 2009, ss. 241-270 (Anılış: 'Funds')
- GILIKER, Paula** *The Draft Common Frame of Reference and European Contract Law: Moving From The 'Academic' to the 'Political', The Transformation of European Private Law: Harmonisation, Consolidation, Codification or Chaos?* (ed. James

- Devenney/Mel Kenny), Cambridge University Press, 2013, s. 23-44
- GIOVANOLI, Mario** Les Opérations Fiduciaires dans la Pratique Bancaire Suisse, La Fiducie et Ses Applications Dans Plusieurs Pays Européens – Colloque Organisé le 29 Novembre 1990 (ed. Claude Witz), Bulletin Joly, 1991, ss. 31-55
- GIRSBERGER, Andreas** Die Dingliche Surrogation, Verlag Sauerländer Aarau, 1956
- GİRGIN, Ömer Ali** Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, 2017
- GLASSON, John** Editor's Introduction: The Phenomenon of The International Trust, The International Trust (ed. John Glasson), Jordans, 2002
- GOODWIN, Iris J.** Civil Law Countries and the Individual Trustee, The Worlds of The Trust (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, 2013, ss. 355-387
- GORDLEY, James** Myths of the French Civil Code, The American Journal of Comparative Law, C. 42, S. 3, 1994, ss. 459-505

- GORDLEY, James/MATTEI, Ugo** Protecting Possession, *American Journal of Comparative Law*, C. 44, 1996, ss. 293-334
- GÖLE, Celal/AYDOĞAN, Gökhan** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 33, 2017, ss. 5-54
- GRAHAM, Toby** Sham Revisited: Has Snook Passet Its Sell-By Date?, *Trusts & Trustees*, C. 22, S. 8, 2016, ss. 859-863 (Anılış: 'Snook')
- GRAHAM, Toby** The Hague Trusts Convention five years on: The Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva*, *Trust & Trustees*, C. 18, S. 8, 2012, ss. 746-755 (Anılış: 'Rybolovlev v Rybolovleva')
- GRAY, John Chipman** *The Rule Against Perpetuities*, 3. bası, Boston Little, Brown and Company, 1915
- GRAZIADEI, Michele** Virtue and Utility: Fiduciary Law in Civil Law and Common Law Jurisdictions, *Philosophical Foundations of Fiduciary Law* (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), Oxford University Press, 2014, ss. 287-301 (Anılış: 'Fiduciary')

- GRAZIADEI, Michele** The Structure of Property Ownership and the Common Law/Civil Law Divide, Comparative Property Law – Global Perspectives (ed. Michele Graziadei/Lionel Smith), Edward Elgar Publishing, 2017, ss. 71-99 (Anılış: ‘Property’)
- GRAZIADEI, Michele** Trusts in Italian Law, La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D’Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, ss. 265-288 (Anılış: ‘Italian Law’)
- GRAZIADEI, Michele** The Development of Fiducia in Italian and French Law, Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, ss. 327-359 (Anılış: ‘Fiducia’)
- GRAZIADEI, Michele/MATTEI, Ugo/SMITH, Lionel** The Interest and Scope of the Inquiry, Commercial Trusts in European Private Law (ed. Michele Graziadei/Ugo Mattei/Lionel Smith), CUP, 2009, ss. 3-44
- GRETTON, George** Ownership and Its Objects, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, C. 71, S. 4, 2007, ss. 802-851 (Anılış: ‘Ownership’)

- GRETTON, George** Proprietary Issues, Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective (ed. David Johnston/Reinhard Zimmermann), Cambridge University Press, 2002, ss. 571-587 (Anlış: 'Proprietary')
- GRETTON, George** Up There in the Begriffshimmel?, The Worlds of The Trust (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, 2013, ss. 524-545 (Anlış: 'Begriffshimmel')
- GRETTON, George** Trusts Without Equity, International and Comparative Law Quarterly, C. 49, 2000, ss. 599-620 (Anlış: 'Without Equity')
- GRIMALDI, Michel/BARRIERE, François** Trust and Fiducie, Towards a European Civil Code (ed. Arthur Hartkamp/ Martijn Hesselink/ Ewoud Hondius/ Chantal Mak/Edgar du Perron), 4. bası, Wolters Kluwer, 2011, ss. 1085-1105
- GRUNDMANN, Stefan** Trust and Treuhand in the 20th Century, Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, ss. 469-493
- GUBLER, Friedrich T.** Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der

- angelsächsischen Treuhand (Trust)?, ZSR, C. 73, 1954, ss. 215a-470a
- GUILLAUME, Florence** Incompatibilité du Trust Avec le Droit Suisse: Un Mythe S’Effrite, Swiss Review of International and European Law, C. 10, S. 1, 2000, ss. 1-36
- GULLIFER, Louise** Introduction, Secured Transactions Law Reform (ed. Louise Gullifer/Orkun Akseli), Hart Publishing, 2016, ss. 1-3
- GÜMÜŞ, M. Alper** Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınları, 2001 (Anılış: ‘Özen Borcu’)
- GÜMÜŞ, M. Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. bası Vedat Kitapçılık, 2014 (Anılış: ‘Borçlar Özel II’)
- GÜMÜŞ, M. Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. bası Vedat Kitapçılık, 2013 (Anılış: ‘Borçlar Özel I’)
- GÜRSOY, Kemal Tahir** Mukayeseli Hukukta, Özellikle Türk ve İsviçre Hukuklarında Yatırım Fonları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1977
- GÜVEN, Koray** Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukukunun Yeri ve Temel Özellikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 3, 2016, ss. 837-891

- GÜVENÇ, Özgür** Taşınmazların İnançlı İşleme Devri, Yetkin Yayınları, 2014
- HAAMMERLE, Hermann** Gutachten des Herrn Privatdozenten Dr. Hermann Haammerle über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses?, Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, C. I, Walter de Gruyter, Berlin & Leipzig, 1931, ss. 632-715
- HALEY, Michael** Equity & Trusts, 3. bası, Sweet and
/McMURTRY, Lara Maxwell, 2011
- HANSMANN,** The Essential Role of Organizational Law,
Henry/KRAAKMAN, Reinier Yale Law Journal, C. 110, S. 3, 2000, ss. 387-440
- HANSMANN,** Property, Contract, And Verification: The
Henry/KRAAKMAN, Reinier Numerus Clausus Problem and The Divisibility of Rights, The Journal of Legal Studies, C. 31, 2002, ss. 373-420 (Anılış: 'Numerus Clausus')
- HANSMANN,** The Functions of Trust Law: A
Henry/MATTEI, Ugo Comparative Legal and Economic Analysis, New York University Law Review, C. 73, 1998, ss. 434-479
- HARPERING, Guido** Die Übertragung akzessorisch besicherter Forderungen im Rahmen von syndicated

- loans, Mensch & Buch Verlag, Berlin, 2003
- HARPUM, Charles** Administrative Unworkability and Purpose Trusts, The Cambridge Law Journal, C. 45, S. 3, 1986, ss. 391-394
- HARRIS, Jonathan** The Hague Trusts Convention, Hart Publishing, 2002
- HASIRCI, Hakan** 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, 2017, ss. 205-272
- HASKELL, Paul G.** Prudent Person Rule for Trustee Investment and Modern Portfolio Theory, North Carolina Law Review, C. 69, 1990, ss. 87-111
- HASKINS, George L.** Extending The Grasp of The Dead Hand: Reflections on The Origin of The Rule Against Perpetuities, University of Pennsylvania Law Review, C. 126, 1977, ss. 19-46
- HAUSER, Barbara** United States, Trusts in Prime Jurisdictions (ed. Alon Kaplan), 4. bası, STEP, 2016, ss. 431-450

- HAUSER, Barbara** English Trusts from an American Perspective, *Trust & Trustees*, C.9, S.1, 2002, ss. 15-22 (Anılış: 'American Perspective')
- HAY, Peter** Law of the United States, 4. bası, C.H. Beck, 2016
- HAYTON, David** Developing the Obligation Characteristic of the Trust, Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton), *Kluwer Law International*, 2002, ss. 189-202 (Anılış: 'Obligation')
- HAYTON, David** The Law of Trusts, 3. bası, Sweet & Maxwell, 1998
- HAYTON, David** Irreducible Core Content of Trusteeship, Trends in Contemporary Trust Law (ed. A. J. Oakley), Clarendon Press, 1996, ss. 47-62 (Anılış: 'Irreducible Core')
- HAYTON, David** Unique Rules For The Unique Institution, the Trust, Equity in Commercial Law (ed. Simone Degeling/James Edelman), *Lawbook Co.*, 2005, ss. 279-308 (Anılış: 'Unique Rules')
- HAYTON, David** The Uses of Trusts in The Commercial Context, *Modern International*

- Developments in Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, ss. 145-168 (Anılış: 'Commercial')
- HAYTON, David** The Developing European Dimension of Trust Law, Kings College Law Journal, C. 10, 1999, ss. 48-70 (Anılış: 'European Dimension')
- HAYTON, David** Principles of European Trust Law, Modern International Developments in Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, ss. 19-36 (Anılış: 'Principles')
- HAYTON, David** English Trusts and their Commercial Counterparts in Continental Europe, Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, ss. 23-58 (Anılış: 'Counterparts')
- HAYTON, David** Trusts and Forced Heirship Problems, Kings College Law Review, C. 4, 1993-1994, ss. 12-22 (Anılış: 'Forced Heirship')
- HAYTON, David/KORTMANN, Sebastian/VERHAGEN, Rick** Principles of European Trust Law, Kluwer Law International, 1999

- HAYTON,** Underhill and Hayton Law Relating to Trust and Trustees, 9. bası, Lexisnexis, 2016 (Anılış: 'Underhill/Hayton')
- David/MATTHEWS, Paul/ MITCHELL, Charles**
- HELMHOLZ,** Views of Trust and Treuhand: An Introduction, Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, ss. 27-44
- Richard/ZIMMERMAN, Reinhard**
- HELMS, Tobias** Testierfreiheit und Ihre Grenzen in Deutschland, Österreich und Schweiz, Freedom of Testation/Testierfreiheit (ed. Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, 2012, ss. 1-24
- HELVACI, İlhan** Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria Yasası, Alfa Yayınevi, 1997 (Anılış: 'Lex')
- HELVACI, İlhan** Türk Medeni Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, 2008
- HENZY, Eric** Offshore and Other Shore Asset Protection Trusts, Vanderbilt Journal of Transnational Law, C. 32, 1999, ss. 739-761

- HERZOG, Sabine** Trusts und schweizerisches Erbrecht, Schulthess, 2016
- HESS, Amy Morris/BOGERT, George Gleason/BOGERT, George Taylor** The Law of Trusts and Trustees, Thomson West, 2007
- HEYMANN, Ernst** Trustee und Trustee-Company in Deutschen Rechtsverkehr, Weimar Hermann Böhlau Nachfolger, 1910
- HO, Lusina** ‘Breaking Bad’ – Settlers’ Reserved Powers, Trusts and Modern Wealth Management (ed. Richard C. Nolan/Kelvin F. K. Low/Tang Hang Wu), Cambridge University Press, 2018, ss. 34-56 (Anılış: ‘Breaking Bad’)
- HO, Lusina** Causation in the Restoration of a Misapplied Trust Fund, An English Misturning With Equitable Compensation, Equitable Compensation and Disgorgement of Profit (ed. Simone Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, ss. 159-174 (Anılış: ‘Causation’)
- HO, Lusina** Trusts: The Essentials, The Worlds of the Trust (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, 2013, ss. 1-20 (Anılış: ‘Essentials’)

- HO, Lusina/LEE, Rebecca** Reception of the Trust in Asia: An Historical Perspective, Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions – A Comparative Analysis (ed. Lusina Ho/Rebecca Lee), Cambridge University Press, 2013
- HOFER, Sibylle** Treuhandtheorien in der Deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, ss. 389-415
- HOFMANN, Bernhard** Die Rules Against Perpetuities Im Deutschen Erbrecht, Peter Lang, 2012
- HOFSTETTER, Josef** Der Auftrag und Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht Band VII/6, 2. basi, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2000
- HOLDSWORTH, William S.** The Political Causes Which Shaped the Statute of Uses, Harvard Law Review, C. 26, S. 2, 1912, ss. 108-127
- HONSELL, Heinrich** Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs, Recht, 1993, ss. 73-76

- HONSELL, Heinrich** Schweizerisches Obligationenrecht
Besonderer Teil, 10. bası, Stämpfli
Verlag, 2017 (Anılış: 'BT')
- HONSELL, Heinrich/VOGT,
Nedim Peter/GEISER,
Thomas** Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II,
Art. 457-977 ZGB, 5. bası, Helbing
Lichtenhahn Verlag, 2015 (Anılış: 'BSK
ZGB II/İşleyen')
- İşleyen: FORNİ,
Rolando/PIATTI, Giorgio;
ERNST, Wolfgang;
SCHWANDER, Ivo;
BESSENICH,
Balthasar/RICKLI, Samuel;
KARRER, Martin/VOGT,
Nedim Peter/LEU, Daniel**
- HONSELL, Heinrich/VOGT,
Nedim Peter/WIEGAND,
Wolfgang** Basler Kommentar, Obligationenrecht I,
Art. 1-529 CO, 5. bası, Helbing
Lichtenhahn Verlag, 2011 (Anılış: 'BSK
OR I/İşleyen')
- İşleyen: WEBER, Rolf H.;**
WIEGAND, Wolfgang
- HUDSON, Alastair** Understanding Equity & Trusts, 5. bası,
Routledge, 2015 (Anılış:
'Understanding')
- HUDSON, Alastair** Equity and Trusts, 8. bası, Routledge,
2015

- HUDSON, Alastair** Conscience as the Organising Concept of Equity, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, C. 2, S. 1, 2016, ss. 261-299
(Anılış: 'Conscience')
- HUGUENIN, Claire/MÜLLER-CHEN, Markus** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Bası, Schulthess, 2016 (Anılış: 'CHK/İşleyen')
- İşleyen: GEHRER CORDEY, Carole/ GIGER, Gion**
- IVES, Eric W.** The Genesis of the Statute of Uses, The English Historical Review, C. 82, S. 325, 1967, ss. 673-697
- İKİZLER, Metin** Türk Hukukunda Vakıfların Amacı ile İlgili Bazı Sorunları, Değerlendirme ve Öneriler, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası-Kongre Bildiri Kitabı, C. 2, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 289-311
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan** Miras Hukuku, Der Yayınları, 12. bası, 2016
- İNCEOĞLU, M. Murat** Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, On İki Levha Yayıncılık, 2009

- İŞERİ, Ahmet** Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf, Sevinç Matbaası Ankara, 1968
- JACOB, Dominique** Draft Revision of Swiss inheritance law: Impact on Estate Planning Via Foundations and Trusts, Trust & Trustees, C. 23, S. 6, 2017, ss. 705-708 (Anılış: 'Draft')
- JACOB, Dominique** Will-Substitutes in Switzerland and Liechtenstein, Passing Wealth on Death: Will Substitutes in Comparative Perspective (ed. Alexandra Braun/Anne Röthel), Hart Publishing, 2016, ss. 195-211 (Anılış: Will Substitutes')
- JACOB, Dominique/PICHT, Peter** Trusts in Switzerland: Core Implications for the Swiss Estate Planning Environment, Trusts in Prime Jurisdictions (ed. Alon Kaplan), 4. bası, STEP, 2016, ss. 397-413
- JACOB, Dominique/PICHT, Peter** Der trust in der Schweizer Nachlassplanung und Vermögensgestaltung – Materiellrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte nach der Ratifikation des HTÜ, Aktuelle Juristische Praxis, 2010, ss. 855-886 (Anılış: 'Nachlassplanung')

- JAKOB, Dominique/PICHT, Peter** Der Einsatz von trusts in Vor- und Nacherbschaftskonstellationen, *Liber amicorum* Nedim Peter Vogt (ed. Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, ss. 175-195 (Anlış: 'Liber amicorum')
- JANSEN, Nils/ZIMMERMANN, Reinhard** A European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purposes of Draft Common Frame of Reference, *Cambridge Law Journal*, C. 69, 2010, ss. 98-112
- JEANNERET, Vincent/BARUH, Erol** Exécution forcée en Suisse de mesures provisionnelles déployant des effets extraterritoriaux, à l'impossible nul n'est tenu, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, S. 1, 2013, ss. 95-103
- JENSEN, Michael C./MECKLING, William H.** Theory of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics*, C. 3, S. 4, 1976, ss. 305-360
- JETTER, Yorck** Fremdfinanzierung durch Dritte, *Unternehmensfinanzierung* (ed. Stephan Eilers/Adalbert Rödding/Dirk Schmalenbach), Verlag C.H. Beck, München, 2. bası, 2014, ss. 219-248

JOHNSTON, David

Trusts and Trust-Like Devices in Roman Law, *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann), Duncker & Humboldt Berlin, 1998, ss. 45-56

**JOHNSTON,
David/ZIMMERMANN,
Reinhard**

Unjustified Enrichment: Surveying the Landscape, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (ed. David Johnston/Reinhard Zimmermann), Cambridge University Press, 2002, ss. 3-33

JOSKOVA, Lucie

Position of a Trustee: The Capacity to Be a Trustee and a Trustee's Duty of Care, *European Review of Private Law*, S. 6, 2016, ss. 1075-1090

KAHVECİ, Nalan

Alman Medeni Kanunu'nda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku İle Karşılaştırılması, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C. 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, 2013, ss. 1483-1525

KAPANCI, Kadir Berk

Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, *On İki Levha Yayıncılık*, 2012

- KARA, Doğan** İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl. 2018, S. 1, ss. 483-530
- KARAMAN, Başak** Fiducia Cum Creditore, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S. 2, 2004, ss. 331-349
- KARAYALÇIN, Yaşar** İngiliz Hukukunda Trust ve Avrupa Hukuku, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, ss. 651-687
- KARLI, Özlem** Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması, Vedat Kitapçılık, 2008
- KAYA, Arslan** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001
- KEETON, George W.**
/SHERIDON, Lionel A. The Law of Trusts, 10. bası, Professional Books Limited, 1974
- KELLY, Daniel B.** Deterrence and Disgorgement in Trust Fiduciary Law (14 Nisan 2017), <https://ssrn.com/abstract=2952755> (son erişim tarihi 11.03.2019)

- KERRES, Christoph/PROELL, Florian** Austrian Private Foundation Act – A Practitioner’s Guide, Lexis Nexis, 2012
- KERRIDGE, Roger** Freedom of Testation in England and Wales, The Law of Succession: Testamentary Freedom (ed. Miriam Anderson/Esther Arroyo i Amayuelas) Europa Law Publishing Gröningen, 2011, ss. 131-153
- KESKİN, Damla** Yediemin Sözleşmesi Yoluyla Anonim Şirket Payı Üzerinde Rehin Kurulması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019
- KESSLER, James** Drafting Trusts and Will Trusts: A Modern Approach, Sweet & Maxwell, 1995
- KIENINGER, Eva Maria** Introduction, Security Rights in Movable Property in European Private Law (ed. Eva Maria Kieninger), Cambridge University Press, 2004, ss. 6-37
- KIRCA, Çiğdem** Kaldırılması Gereken Bir Ayırım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar

- Ayrımı, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a
Armağan, Seçkin Yayınevi, 2009, ss. 433-
458
- KIRLI AYDEMİR, Deniz**
Defne Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati
Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, 2013
- KOCAAĞA, Köksal** Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Yetkin
Yayınları, 2006
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,**
Necip Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Filiz
Kitapevi, 2014
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,**
Necip Miras Hukuku, 2. bası, Filiz Kitapevi,
1987 (Anılış: 'Miras')
- KOESSLER, James** Is There Room For The Trust in Civil Law
Systems? The French and Italian
Perspectives
(<https://ssrn.com/abstract=2132074>)
- KOSTKIEWICZ, Jolanta**
Kren/ VOCK, Dominik Schultess Kommentar zum Bundesgesetz
über Schuldbetreibung und Konkurs,
Schulthess, 4. Bası 2017 (Anılış: SK-
SchKG/İşleyen)
- KOSTKIEWICZ, Jolanta**
Kren/WOLF,
Stephan/AMSTUTZ,
Marc/FANKHAUSER, Roland OR Kommentar Schweizerisches
Obligationenrecht, 3. bası, Orell Füssli
Verlag, 2016 (Anılış: 'OFK OR/İşleyen')
- İşleyen: BÜHLER, Roland**

KOSTKIEWICZ, Jolanta ZGB Kommentar Schweizerisches
Kren/WOLF, Obligationenrecht, 3. bası, Orell Füssli
Stephan/AMSTUTZ, Verlag, 2016 (Anılış: 'OFK
Marc/FANKHAUSER, Roland ZGB/İşleyen')

İşleyen: STUDHALTER,
Philipp

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, Fakülteler
Selim Matbaası, İstanbul, 1982-1983

KÖTZ, Hein Trusts in Germany, La Fiducie Face Au
Trust Dans Les Rapports D'Affaires, XV.
International Congress of Comparative
Law (Bristol), Bruylant, 1999, ss. 175-189
(Anılış: 'Germany')

KÖTZ, Hein Trust und Treuhand, Vandenhoeck &
Ruprecht Göttingen, 1963

KÖTZ, Hein The Modern Development of Trust Law in
Germany, Modern International
Developments in Trust Law (ed. David
Hayton), Kluwer Law International, 1999,
ss. 49-62 (Anılış: 'Modern')

KÖTZ, Hein The Hague Convention on the Law
Applicable to Trusts and Their
Recognition, Modern International
Developments in Trust Law (ed. David

- Hayton), Kluwer Law International, 1999, ss. 37-48 (Anılış: 'Hague Convention')
- KRONMAN, Anthony**
T./JACKSON, Thomas H. Secured Financing and Priorities Among Creditors, The Yale Law Journal, C. 88, 1979, ss. 1143-1182
- KUBALI, Hüseyin Nail** XIX. Yüzyılın Sonlarından İtibaren Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü Durumu (çev. Özer Seliçi), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 10, 1973, ss. 3-46
- KULMS, Rainer** Trusts as Vehicles for Investment, European Review of Private Law, S. 6, 2016, ss. 1091-1118
- KURŞAT, Zekeriya** Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Arıkan Yayınevi, 2007
- KUTLUAY, Ezgi** Bağışlama Sözleşmeleri, Turhan Kitapevi, 2016
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan** Anglo-Amerikan Hukukunda Trust Kavramı, Trust'ın Tarihi Gelişimi ve Roma Hukukuna Dayanan Kıta Avrupası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, BATİDER, C. 23, S. 2, 2005, ss. 5-30
- KÜNZLE, Hans Rainer** Familienstiftung – Quo Vadis?, Grundfragen der juristischen Person,

- Festschrift für Hans Michael Riemer zum
65. Geburtstag (ed. Peter
Breitschmid/Wolfgang Portmann/Heinz
Rey/Dieter Zobl), Stämpfli Verlag, 2007,
ss. 173-192 (Anliş: 'Familienstiftung')
- KÜNZLE, Hans Rainer** Berner Kommentar Schweizerisches
Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III,
1. Abteilung: Die Erben, 2. Teilband: Die
Verfügung von Todes wegen, 2. Teil: Die
Willensvollstrecker Art. 517-518 ZGB,
Stämpfli Verlag AG Bern, 2011
- LAMMERDING, Barbara
Maria** Das Recht auf den Pflichtteil im
Deutschen und Französischen Recht,
Verlag Dr. Kovač, 2013
- LANGBEIN, John** The Secret Life of the Trust: The Trust As
An Instrument of Commerce, Extending
the Boundaries of Trusts and Similar
Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton),
Kluwer Law International, 2002, ss. 169-
194 (Anliş: 'Commerce')
- LANGBEIN, John H.** Bifurcation and The Bench: The Influence
of The Jury on English Conceptions of the
Judiciary, Judges and Judging in the
History of the Common Law and Civil
Law: From Antiquity to Modern Times
(ed. Paul Brand/Joshua Getzler),

- Cambridge University Press, 2012, ss. 67-82 (Anılış: 'Bifurcation')
- LANGBEIN, John H.** The Contractarian Basis of the Law of Trusts, *The Yale Law Journal*, C. 105, 1995, ss. 625-675 (Anılış: 'Contractarian')
- LANGBEIN, John H.** Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?, *The Yale Law Journal*, C. 114, 2005, ss. 931-990 (Anılış: 'Duty of Loyalty')
- LANGBEIN, John H.** The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing, *Iowa Law Review*, C. 81, 1996, ss. 641-669 (Anılış: 'Investing')
- LANGBEIN, John H.** Why Did Trust Law Become Statute Law in the United States?, *Alabama Law Review*, C. 58, S. 5, 2007, ss. 1069-1082 (Anılış: 'United States')
- LANGBEIN, John H./LETTOW LERNER, Renée /SMITH Bruce P.** *History of the Common Law – The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Wolters Kluwer, 2009
- LE POIDEVIN, Nicholas** *Trusts: A Practitioner's Perspective*, Sham Transactions (ed. Edwin Simpson/Miranda Stewart), Oxford University Press, 2013, ss. 141-158

- LEACH, W. Barton** Perpetuities in Perspective: Ending the Rule's Reign of Terror, *Harvard Law Review*, C. 65, 1952, ss. 721-749
- LEE, Rebecca** In Search of the Nature and Function of the Fiduciary Loyalty: Some Observations on Conaglen's Analysis, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 27, S. 2, 2007, ss. 327-338
- LEE, Rebecca** Duties and Liabilities of Trustees in China, *The Worlds of the Trust* (ed. Lionel Smith), CUP 2013, ss. 406-427 (Anlış: 'China')
- LEPAULLE, Pierre** Civil Law Substitutes for Trusts, *Yale Law Journal*, C. 36, S. 8, 1927, ss. 1126-1147
- LEPAULLE, Pierre** Réflexions sur l'Expansion des Trusts, *Revue International de Droit Comparé*, C. 7, 1955, ss. 318-323 (Anlış: 'Réflexions')
- LESLIE, Melanie B.** Trusting Trustees: Fiduciary Duties and the Limits of Default Rules, *The Georgetown Law Journal*, C. 94, 2005, ss. 67-119
- LIMBERG, Clemens** Privatstiftung und Erbrecht, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006

- LOPUCKI, Lynn M.** The Unsecured Creditor's Bargain, Virginia Law Review, C. 80, 1994, ss. 1887-1965
- LÖHNIG, Martin** Treuhand- Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte, Mohr Siebek, 2006
- LUPOI, Maurizio** Trusts: A Comparative Study, Cambridge University Press, 2000 (çev. Simon Dix). (Anlış: 'Trusts')
- LUPOI, Maurizio** A Civil Perspective on Trusts and the Italian Case, Trust & Trustees, C. 11, S. 2, 2005, ss. 10-14 (Anlış: 'Italian Case')
- LUPOI, Maurizio** Il Trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, Vita Notarile, 1992, ss. 966-986
- LUPOI, Maurizio** The Civil Law Trust, Vanderbilt Journal of Transnational Law, C. 32, 1999, ss. 967-988 (Anlış: 'Civil Law')
- MACK, Robert** Distant Relations – Common Pitfalls and Traps When Administering a Cayman Islands Trust from Abroad, Trust & Trustees, C. 16, S. 8, 2010, ss. 646-652
- MACKAAY, Ejan** Law and Economics for Civil Law Systems, Edward Elgar Publishing, 2013

- MADOFF, Ray D.** Immortality and The Law: The Rising Power of the American Dead, Yale University Press, 2010
- MAITLAND, Frederic William** Equity: A Course of Lectures, Cambridge University Press, 1947 (Anlıış: 'Equity')
- MAITLAND, Frederic William** Selected Essays (ed. H. D. Hazeltine/G. Lapsley), Cambridge University Press, 1936
- MAKARACI BAŞAK, Ash** Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2014
- MALLON, David** A Critical Analysis of Sham Trusts, Trinity College Law Review, C. 20, 2017, ss. 162-183
- MARCIANO, Alain/RAMELLO, Giovanni Battista** Encyclopedia of Law and Economics, Springer, 2019
- MARKOWITZ, Harry** Portfolio Selection, The Journal of Finance, C. 7, S. 1, 1952, ss. 77-91
- MARRYMAN, John Henry/ PEREZ-PERDOMO, Rogelio** The Civil Law Tradition – An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America, Stanford University Press, 2007

- MARTINY, Dieter** Zur Reform des Pflichtteilsrechts, Reformfragen des Pflichtteilsrechts - Symposium 30.11.-2.12.2006 in Salza (ed. Anne Röthel), Carl Heymanns Verlag, 2007, ss. 195-202
- MARWEDE, Jan** Rechtsnatur und Aussenschutz des Trust und der Treuhand, Bonn, 1972
- MATTHEWS, Paul** The New Trust: Obligations Without Rights?, Trends in Contemporary Trust Law (ed. A. J. Oakley), Clarendon Press, 1996, ss. 1-31 (Anılış: 'The New Trust')
- MATTHEWS, Paul** From Obligation To Property, And Back Again? The Future of The Non-Charitable Purpose Trust, Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, ss. 203-241 (Anılış: 'NCP Trust')
- MATTHEWS, Paul** The Black Hole Trust: Uses, Abuses and Possible Reforms (1. Kısım) Private Client Business, 2002, ss. 42- 54 (Anılış: 'Black Hole Trust (1)')
- MATTHEWS, Paul** The Comparative Importance of The Rule In Saunders v Vautier, Law Quarterly

Review, C. 122, 2006, ss. 266-294 (Anılış: 'Saunders v Vautier')

MATTHEWS, Paul

The French Fiducie: And Now For Something Completely Different?, Trust Law International, 2007, ss. 17-42 (Anılış: 'Fiducie')

MATTHEWS, Paul

The Asset Protection Trust: Holy Grail, or Wholly Useless?, Kings College Law Journal, C. 6, 1995-6, ss. 62-88 (Anılış: 'Asset Protection')

MATTHEWS, Paul

The Compatibility of the Trust With The Civil Law Notion of Property, The Worlds of The Trust (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, 2013, ss. 313-339 (Anılış: 'Compatibility')

MAYER, Thomas M.

Trusts und schweizerisches Erbrecht, Successio, 2017, ss. 159-173

MAYER, Thomas M.

Neue IPRG-Bestimmungen zum Trust, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009

McBRIDGE, Nicholas

On The Classification of Trusts, Restitution and Equity, C. 1, Resulting Trusts and Equitable Compensation (ed. Peter Birks/Francis Rose), Mansfield Press, 2000, ss. 23-38

McKENDRICK, Ewan	Good Faith in the Performance of a Contract in English Law, Comparative Contract Law (ed. Larry A. Dimatteo/Martin Hogg), Oxford University Press, 2016, ss. 196-209
MEAGHER, Roderick /GUMMOW, William /LEHANE, John Robert Felix	Equity: Doctrine and Remedies, 3. bası, Butterworths, 1992
MEE, John	Presumed Resulting Trusts, Intention and Declaration, Cambridge Law Review, C. 73, 2014, ss. 86-112
MERRILL, Thomas W./SMITH, Henry E.	Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, Yale Law Journal, C. 110, 2000, ss. 1- 70
MILLETT, Peter	The Law of Restitution: Taking Stock, Amicus Curiae, C. 14, 1999, ss. 4-8
MILLETT, Peter J.	The Quistclose Trust: Who Can Enforce It?, Law Quarterly Review, C. 101, 1985, ss. 269-291 (Anılış: 'Quistclose')
MILLETT, Peter J.	Equity's Place In The Law of Commerce, Law Quarterly Review, C. 114, 1998, ss. 214-227 (Anılış: 'Equity's Place')
MILLETT, Peter J.	Proprietary Restitution, Equity in Commercial Law (ed. Simone

- Degeling/James Edelman), Lawbook Co.,
2005, ss. 309-326
- MITCHELL, Charles** Stewardship of Property and Liability to
Account, The Conveyancer and Property
Lawyer, C. 78, 2014, ss. 215-228 (Anılış:
'Stewardship')
- MITCHELL, Charles** Causation, Remoteness and Fiduciary
Gains, The King's College Law Journal,
C. 17, 2006, ss. 325-339 (Anılış:
'Fiduciary Gains')
- MOFFAT, Graham** Moffat's Trusts Law, 6. bası, Cambridge
/GARTON, Jonathan /BEAN, University Press, 2015 (Anılış: 'Moffat')
Gerry/PROBERT, Rebecca
- MORRIS, John H. C.** The Rule Against the Perpetuities, 2. bası,
/LEACH, W. Barton Stevens & Sons, 1962
- MOWBRAY, John /TUCKER,** Lewin on Trusts, 18. bası, Sweet and
Lynton /LE POIDEVIN, Maxwell, 2008 (Anılış: 'Lewin on
Nicholas/SIMPSON, Edwin/ Trusts')
BRIGHTWELL, James
- MÜLLER CHEN,** Obligationenrecht Besonderer Teil, 2.
Markus/GIRSBERGER, Bası, Schulthess, 2017
Daniel/DROESE, Lorenz
- Münchener Kommentar** Münchener Kommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.10,

- İşleyen: LANGE, Knut
Werner** Erbrecht (§§ 1922-2385 BGB) 7. bası.
Münih, 2017 (Anılış: MüKoBGB/İşleyen)
- NEU, Leonie Pascale** Der Trust im Italienischen Recht, Mohr
Siebek, 2018
- NOBEL, Peter** Schweizerisches Finanzmarktrecht und
Internationale Standards, 3. bası, Stämpfli
Verlag, 2010
- NOLAN, Richard C.** “The Execution of a Trust Shall Be Under
the Control of the Court”: A Maxim in
Modern Times, Canadian Journal of
Comparative and Contemporary Law, C.
2, S. 2, 2016, ss. 469-496
- NOMER, Ergin** Devletler Hususi Hukuku, 19. bası, Beta
Yayınevi, 2011 (Anılış: Devletler
Hususi’)
- NOMER, Haluk
Nami/ERGÜNE, Mehmet
Serkan** Eşya Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 5.
bası, 2017
- OAKLEY, A. J.** Constructive Trusts, 3. bası,
Sweet&Maxwell, 1997
- OAKLEY, A. J.** Proprietary Claims and Their Priority in
Insolvency, Cambridge Law Journal, C.
54, S. 2, 1995, ss. 377-429 (Anılış:
‘Insolvency’)

- OGUS, Anthony** The Trust as Governance Structure, The University of Toronto Law Journal, C. 36, S. 2, 1986, ss. 186-220
- OĞUZ, Arzu** Türk Medeni Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, ss. 195-205
- OĞUZ, Arzu** Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, 2003 (Anılış: 'Karşılaştırmalı')
- OĞUZMAN, M. Kemal /SELİÇİ, Özer /OKTAY ÖZDEMİR, Saibe** Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, 2017
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami** Medeni Hukuk, 24. bası, Vedat Kitapçılık, 2018
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1/2, Vedat Kitapçılık, 2016
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe** Kişiler Hukuku, 16. bası, Filiz Kitapevi, 2016
- OKAT, Yalçın Özge** Türk ve AB Hukukunda Yatırım Fonları, Seçkin Yayınevi, 2009
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe** Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof.

- Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, C. 19, S. 1-2, 1999-2000, ss. 657-683
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe** Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri, İÜHFM, C. LVII, S. 1-2, 1999, ss. 265-299 (Anılış: 'Alacak Devri')
- OOSTERHOFF, Albert H.** Secret and Half Secret Trusts, Estates, Trusts & Pensions Journal, C. 23, 2007, ss. 173-196
- OTHENIN GIRARD, Simon** Fondations d'entretien et interdiction des fidéicommiss de famille en droit international privé suisse - Quelques jalons posés par l'ATF 135 III 614, Aktuelle Juristische Praxis (ed. Arnold F. Rusch), Dike Verlag, 2010, ss. 1261-1268
- ÖNAY, Işık** Yenileme, On İki Levha Yayıncılık, 2016
- ÖZ, M. Turgut** Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Yayınları, 1990 (Anılış: 'Sebepsiz Zenginleşme')
- ÖZ, M. Turgut** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, Prof. dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, ss. 151-186 (Anılış: 'Taşınır Rehni')

- ÖZ, Turgut** Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, On İki Levha Yayıncılık, 2010, ss. 1425-1444
- ÖZDEM, Berk Hasan** Roma İmparatorluğu'ndan Günümüze Fideicomissum Familia, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 135, 2018, ss. 319-334
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa** Henüz Var Olmayan Kişilerin ve Ceninin Art Mirasçı Olarak Atanması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2013, ss. 107-125
- ÖZEN, Burak** Haksız Zilyetlikte İade, Beta Yayınevi, 2003
- ÖZKAYA, Eraslan** İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Seçkin, 3. Bası, 2004
- ÖZSUNAY, Ergun** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, Cezaevi Matbaası İstanbul, 1968
- ÖZTAN, Bilge** Miras Hukuku, Turhan Kitapevi, 2016
- ÖZTÜRK, Berna** Sözleşmenin Devri, TBB Dergisi, C. 125, 2016, ss. 263-296
- PALMER, Jessica** Dealing with the Emerging Popularity of Sham Trusts, New Zealand Law Review, C. 81, 2007, ss. 81-112

- PANESAR, Sukhninder** Equity and Trusts, 3. bası, Pearson, 2017
- PANFORTI, Maria Donata** A Comparative Study on the Transfer of Family Wealth: From Privelege To Equality, Family Law: Processes, Practices, Pressures (ed. John Dewar/Stephen Parker), Hart Publishing, 2003, ss. 423-440
- PANICO, Paolo** International Trusts Laws, 2. bası, Oxford University Press, 2017
- PANICO, Paolo** Private Foundations, Oxford University Press, 2014 (Anılış: 'Private Foundations')
- PARISI, Francesco** Entropy in Property, American Journal of Comparative Law, C. 50, S. 3, 2002, ss. 595-632
- PARLAK BÖRÜ, Şafak** Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 128, 2017, ss. 231-272
- PEEL, Edwin/TREITEL, Guenter Heinz** The Law of Contract, 14. Bası, Sweet & Maxwell, 2015
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN** İcra ve İflas Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 6. bası, 2019

**ÖZKAN, Meral/ÖZEKES,
Muhammet**

PENNER, James 'Sort Of' Backwards Tracing, Equity, Trusts and Commerce (ed. Paul S. Davies/James Penner), Hart Publishing, 2017, ss. 123-149

PENNER, James E. The Law of Trusts, 10. bası, Oxford University Press, 2016

PENNER, James E. The Beneficiary's Performance Interest in A Trust, Trusts and Modern Wealth Management (ed. Richard C. Nolan/Kelvin F. K. Low/Tang Hang Wu), Cambridge University Press, 2018, ss. 277-306 (Anılış: 'Performance Interest')

PENNER, James E. The Bundle of Rights Picture of Property, University of California Law Review, C. 43, 1996, ss. 711-782 (Anılış: 'Bundle of Rights')

PERRIELLO, Luca Ettore Sham Trusts: A Comparative Study, European Review of Private Law, S. 5, 2017, ss. 941-966

PERRIN, Julien Le Trust à L'Epreuve du Droit Successoral, Librairie Droz Genève, 2006

- PETER, Natalie** Introduction of a Trust Law in Switzerland, *Trust & Trustees*, C. 25, S. 6, 2019, ss. 578-586
- PETTIT, Philip H.** *Equity and the Law of Trusts*, 12. bası, Oxford University Press, 2012
- PEYROT, Aude** How to Square the Circle?: The Challenge Met By Swiss Insolvency Law in Dealing With Common Law Trusts, *The Worlds of the Trust* (ed. Lionel Smith), CUP 2013, ss. 41-66 (Anılış: 'Circle')
- PEYROT, Aude** Les Défis Du Droit Suisse de L'Insolvabilité Face Au Trust: Séparation des Patrimoines, Publicité et Poursuite Pour Dettes, *McGill Law Journal*, C. 58, S. 4, 2013, ss. 937-966 (Anılış: 'Insolvabilité')
- PHILIPPIN, Edgar /REISER, Anne /VUILLEUMIER, Frédéric** Le droit des contrats et des sociétés au service de la famille, *Symposium zum Familienrecht* (ed. Christiana Fountoulakis/Alexandra Jungo), Schultess, 2016, ss. 37-95
- PICHERER, Martin H.** *Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt Am Main, 2002

- PULAŞLI, Hasan** Şirketler Hukuku Şerhi, C. I ve II, Adalet Yayınevi, 2011
- PULAŞLI, Hasan** Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Yayınları, 1989 (Anılış: 'Şart')
- RANOUIL, Véronique** La Subrogation Réelle en Droit Civil Français, Paris Librarie Générale de Droit en de Jurisprudence, 1985
- REICHARD, Oliver** Die neue fiducie des französischen Code civil im Vergleich mit der deutschen Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, Nomos, 2011
- REID, Kenneth G. C.** The Idea of Mixed Legal Systems, Tulane Law Review, C. 78, 2003, ss. 5-40 (Anılış: 'Mixed')
- REID, Kenneth G. C.** Patrimony Not Equity: The Trust in Scotland (bundan böyle 'Patrimony'), European Review of Private Law, C. 8, S. 3, 2000, ss. 427-437 (Anılış: 'Patrimony')
- REMY, Philippe** National Report For France, Principles of European Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International – W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, ss. 131-158
- REYMOND, Claude** L'Arrêt Feras Anstalt et Consorts c. Vallugano S.A. et l'Evolution de la

- Jurisprudence Fédéral sur L'Acte Fiduciaire, Journal des Tribunaux, 1974, S. 1, ss. 596-600 (Anılış: 'Feras')
- REYMOND, Claude** Essai sur la Nature et les Limites de l'Acte Fiduciaire, Impermerie Ganguin et Laubscher Motreux, 1948
- REYMOND, Claude** Le Trust et Le Droit Suisse, ZSR, C. 73, 1954, ss. 119a-214a (Anılış: 'Trust')
- RICKETT, Charles** Understanding Remedies for Breach of Trust, Otago Law Review, C. 11, S. 4, 2008, ss. 603-628 (Anılış: 'Remedies')
- RICKETT, Charles** Compensation for Loss in Equity – Choosing the Right Horse for Each Course, Restitution and Equity Vol. 1 – Resulting Trusts and Equitable Compensation (ed. Peter Birks/Francis Rose), LLP Publishing, 2000, ss. 173-191 (Anılış: 'Choosing The Right Horse')
- RICKETT, Charles** Old and New In The Law of Tracing, Equity In Commercial Law (ed. Simone Degeling/James Edelman), Lawbook Co., 2005, ss. 119-145 (Anılış: 'Tracing')
- RICKETT, Charles** Equitable Compensation: Towards a Blueprint?, Sydney Law Review, C. 25, 2003, ss. 31-61 (Anılış: 'Blueprint')

- RIEMER, Hans Michael** Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 3. Abteilung, 3. Teilband: Die Stiftungen (Art. 80-89bis ZGB), Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1975
- RIXEN, Thomas** Why Reregulation After The Crisis Is Feeble: Shadow Banking, Offshore Financial Centers and Jurisdictional Competition, *Regulation & Governance* S. 7, 2013, ss. 435–459
- ROTMAN, Leonard I.** Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity, *McGill Law Journal*, C. 62, 2017, ss. 975-1042
- RUDDEN, Bernard** Things as Thing and Things as Wealth, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 14, 1994, ss. 81-97
- RUSSEN, Jonathan** The Reserved Power Trust: When Might Power Be Property?, *The Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning*, C. 20, S. 3, 2013, ss. 239-251
- RÜCKERT, Joachim** Kontinuität und Diskontinuität in der Treuhandforschung, *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (ed. Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann),

- Duncker & Humboldt Berlin, 1998, ss. 417-426
- SAATCIOĞLU, Onur Can** Uluslararası Özel Hukukta Trust Kurumu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010
- SALATHE, Mischa** Die Nacherbfolge im schweizerischen Recht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009
- SAMET, Irit** Fiduciary Loyalty as Kantian Value, Philosophical Foundations of Fiduciary Law (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), Oxford University Press, 2014, ss. 125-140
- SANDOR, Istvan** On the Emergence and Development of the Trust Legal Institution, Journal on European History of Law, C. 7, 2016, ss. 80-96
- SANLI, Kerem Cem** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Anılış: 'Sözleşme')
- SANLI, Kerem Cem** Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, Arıkan Yayınevi, 2007 (Anılış: 'Haksız Fiil')

- SAYIN KORKMAZ, Bengi** Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum), Yetkin Yayınları, 2014
- SCHÄFER, Hans Bernd/OTT, Claus** Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer Gabler, 5. Bası, 2012
- SCHANZENBACH, Max M./SITKOFF, Robert H.** The Prudent Investor Rule and the Market Risk: An Empirical Analysis, Journal of Empirical Legal Studies, C. 14, S. 1, 2017, ss. 129-168 (Anılış: 'Prudent Investor')
- SCHANZENBACH, Max M./SITKOFF, Robert H.** Did Reform of Prudent Trust Investment Laws Change Trust Portfolio Allocation?, The Journal of Law & Economics, C. 50, S. 4, 2007, ss. 681-711 (Anılış: 'Portfolio Allocation')
- SCHOENBLUM, Jeffrey** The Hague Convention on Trusts: Much Ado About Very Little, Journal of International Trust and Corporate Planning, C. 3, S. 1, 1994, ss. 5-22
- SCHWANDER, Ivo** Sham, Durchgriff und Ordre Public – vor Schweizer Gerichten, Liber amicorum Nedim Peter Vogt (ed. Heinrich Honsell/Bruno Huwiler/Hermann Schulin), Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, ss. 233-259.

- SCHWARCZ, Steven L.** The Alchemy of Asset Securitization, Stanford Journal of Law, Business and Finance, C.1, 1994, ss. 133-154
- SCHWARTZ, Alan** Security Interest and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories, The Journal of Legal Studies, C. 10, S. 1, 1981, ss. 1-37
- SCOTT, Austin Wakeman/
FRATCHER, William
Franklin** The Law of Trusts, 4. bası, Little, Brown and Co., C.I, 1987
- SEALY, Leonard S.** Fiduciary Relationships, Cambridge Law Review, C. 20, S. 1, 1962, ss. 69-81
- SEE, Alvin W. L.** Unauthorised Fiduciary Gains and The Constructive Trust, Singapore Academy of Law Journal, C. 28, 2016, ss. 1014-1051
- SEILER, Matthias** Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, Schulthess, 2005
- SEROZAN, Rona** Eşya Hukuku I, Filiz Kitapevi, 2014 (Anılış: 'Eşya')
- SEROZAN, Rona** Miras Hukukunun Gelişim Süreci – Sosyo-Ekonomik Planda ve Hukuk Politikasında Yaşanan Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Miras Hukukunun

- Gelişimi Üzerindeki Etkileri (çev. Meliha Sermin Paksoy), İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, ss. 531-560 (Anılış: 'Miras Hukukunun Gelişimi')
- SEROZAN, Rona** Medeni Hukuk, 7. bası, Vedat Kitapçılık, 2017
- SEROZAN, Rona** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. bası, Filiz Kitapevi, 2016 (Anılış: 'İfa Engelleri')
- SEROZAN, Rona** Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, Beta, 2. Tıpkı baskı, 2011, ss. 987-1014 (Anılış: 'Armağan')
- SEROZAN, Rona** Taşınmaz Rehni, İÜHFİM, C. LXIV, S. 2, 2006, ss. 301-324 (Anılış: 'Taşınmaz')
- SEROZAN, Rona** Aynı Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminde Bağımsızlığı İlkesi ve Aynı Teminat Haklarının Feriliği Ayırığı, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağanı, Beta, 2008, ss. 361-368 (Anılış: 'Ferilik')
- SEROZAN, Rona** Sağlar Arası İşlem Eliyle Ölüme Bağlı Kazandırma: Karma İşleme Karma Rejim, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü

- Armağanı, C. II, Beta Yayınevi, 2001, ss. 1015-1021 (Anılış: 'Karma')
- SEROZAN, Rona** Tüzel Kişiler, Filiz Kitapevi, 1990 (Anılış: 'Tüzel')
- SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık, 2018
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey** Miras Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2014
- SHAVELL, Steven** The Economic Analysis of Altruism and Deferred Gifts, Journal of Legal Studies, C. 20, S. 2, 1991, ss. 401-422
- SIEBERT, Wolfgang** Das Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Elwertsche Verlagsbuchhandlung Marburg, 1933
- SIGMAN, Harry C.** Security In Movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: A Basis For Comparison, Security Rights in Movable Property in European Private Law (ed. Eva Maria Kieninger), Cambridge University Press, 2004, ss. 54-80.
- SILVING, Helen** Sources of Law, William S. Hein & Co Publishers New York, 1968

- SIN, Kam Fan** The Legal Nature of the Unit Trust, Clarendon Press, 1997
- SITKOFF, Robert** An Agency Costs Theory of Trust Law, Cornell Law Review, C. 89, S. 3, 2004, ss. 621-684 (Anılış: 'Agency Costs')
- SITKOFF, Robert** Fiduciary Governance Plus Asset Partitioning, The Worlds of the Trust (ed. Lionel Smith), ss. 428-453 (Anılış: 'Asset Partitioning')
- SITKOFF, Robert H.** An Economic Theory of Fiduciary Law, Philosophical Foundations of Fiduciary Law (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), Oxford University Press, 2014, ss. 197-208 (Anılış: 'Fiduciary')
- SITKOFF, Robert
H./SCHANZENBACH, Max
M.** Jurisdictional Competition For Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes, The Yale Law Journal, C. 115, 2005, ss. 356-437 (Anılış: 'Jurisdictional Competition')
- SİRMEN, Lale** Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 2018
- SİRMEN, Lale** Alacak Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990 (Anılış: 'Alacak Rehni')

- SİRMEN, Lale** Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1992 (Anılış: 'Şart')
- SLIWKA, Chrsitoph Karl** Herausgabeansprüche als Teil des zivilrechtlichen Eigentumsrechts?, Logos Verlag Berlin, 2012
- SMITH, David T.** The Statute of Uses: A Look At Its Historical Evoluation and Demise, Case. W. Res. L. Rev., C. 18, 1966, ss. 40-63
- SMITH, Henry E.** Fusing the Equitable Function in Private Law, Private Law in the 21st Century (ed. Kit Barker/Karen Fairweather/Ross Grantham), Hart Publishing, 2017 (Anılış: 'Fusing')
- SMITH, Henry E.** Why Fiduciary Law is Equitable, Philosophical Foundations of Fiduciary Law (ed. Andrew S. Gold/Paul B. Miller), Oxford University Press, 2014, ss. 261-284 (Anılış: 'Equitable')
- SMITH, Henry E.** Property as the Law of Things, Harvard Law Review, C. 125, 2012, ss. 1691-1726 (Anılış: 'Property')
- SMITH, Lionel** Massively Discretionary Trusts, Trusts and Modern Wealth Management (ed. Richard C. Nolan/Kelvin F. K. Low/Tang

- Hang Wu), Cambridge University Press, 2018, ss. 130-168 (Anılış: 'Massively Discretionary')
- SMITH, Lionel** Fiduciary Relationships: Ensuring the Loyal Exercise of Judgment on Behalf of Another, *Law Quarterly Review*, C. 130, 2014, ss. 608-634 (Anılış: 'Fiduciary')
- SMITH, Lionel** Deterrence, Prophylaxis and Punishment in Fiduciary Obligations, *Journal of Equity*, C. 7, 2013, ss. 87-104 (Anılış: 'Deterrence')
- SMITH, Lionel** Property, Subsidiarity and Unjust Enrichment, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective* (ed. David Johnston/Reinhard Zimmermann), Cambridge University Press, 2002, ss. 588-623 (Anılış: 'Property')
- SMITH, Lionel** *The Law of Tracing*, Clarendon Press, 1997 (Anılış: 'Tracing')
- SMITH, Stephen Moverley**
/PELLING, Alexander *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) v. Merrill Lynch Bank & Trust Co (Cayman) Ltd: How The Game Has Changed For Creditors, Private Client Business*, S. 4, Sweet & Maxwell, 2012, ss. 143-147

- SOMAY, Sera** Chapter 24: Turkey, The Lending and Secured Finance Review (ed. Azadeh Nassiri), 4. bası, The Law Reviews, s. 283. (http://paksoy.av.tr/Publications/PAKSOY-%23709666-v1-The_Law_Reviews_-_The_Lending_and_Secured_Finance_Review_-_Edition_4_Turkey_2018.PDF) (son erişim tarihi: 10.08.2019))
- SPARKES, Peter** Certainty of Property: Numerus Clausus or The Rule with No Name?, European Review of Private Law, C. 3, 2012, ss. 769-804
- SPAVOLD, Guy C.** The Unit Trust – A Comparison With The Corporation, Bond Law Review, C. 3, S. 2, 1991, ss. 249-274.
- SPIELVOGEL, Christina** Die schweizerische und österreichische Privatstiftung im Vergleich, Wiener Universitätsverlag, 1999
- STAEHELIN, Adrian/BAUER, Thomas/STAEHELIN, Daniel** Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Helbing & Lichtenhahn, 2. Bası, 2016 (Anılış: BSK-SchKG II/İşleyen)
- İşleyen: HANDSCHIN, Lukas/HUNKELER, Daniel**

- STEVEN, Andrew/PATRICK, Hamish** Reforming Secured Transactions Law in Scotland, Secured Transactions Law Reform (ed. Louise Gullifer/Orkun Akseli), Hart Publishing, 2016, ss. 253-267
- STOJANOVIC, Branka** L'imposition des fondations de famille de droit Suisse, Revue de droit fiscal II, 2013, ss. 295-343
- SUPINO, Pietro** Rechtsgestaltung mit Trust aus Schweizer Sicht, Dissertation (St. Gallen), Druckzentrum TA Media Zürich, 1994
- SWADLING, William** Explaining Resulting Trusts, Law Quarterly Review, C. 124, 2008, ss. 72-102 (Anılış: 'Resulting')
- SWADLING, William** A New Role For Resulting Trusts?, Legal Studies, C. 16, 1996, ss. 110-131 (Anılış: 'New Role')
- ŞAFAK, Ali** Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, 2. bası, Seçkin Yayınevi, 2017
- ŞENGÖZ, Çağrı** Paylı Mülkiyet Kavramı ve Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, Yetkin Yayınevi, 2018

- ŞENSÖZ, Ebru/ÖZBİLEN, Arif Barış/SAVAŞ, Burcu** Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, 2005, ss. 233-252
- ŞİT İMAMOĞLU, Başak** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017
- ŞİT, Başak** Kredi Düzeni Açısından Sendikasyon Kredileri, BATİDER, C. 27, S. 2, 2011, ss. 157-172
- TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin** Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, 2012,
- TAN, Zhong Zing** Equity and Opportunism in the Law of Contract: A Case Study in Fusion by Diffusion, Singapore Academy of Law Journal, S. 30, 2018, ss. 305-344
- TANDOĞAN, Haluk** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. tıpkı basım, Vedat Kitapçılık, 2010
- TANDOĞAN, Haluk** Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 1961 (Anılış: 'Mesuliyet')
- TANDOĞAN, Haluk** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. tıpkı basım, Vedat Kitapçılık, 2008 (Anılış: 'Borçlar Özel I/1')

- TAŞKIN, Z. Damla/ŞAHBAZ, Ali** Sözleşmenin Devri, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 178, 2017, ss. 4955-5020
- TEK, Gülen Sinem** Yararı Kalmayan Ya Da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, 2017
- TEKİNAY, S. Sulhi** Eşya Hukuku, C. I, 4. bası, Beta Yayıncılık, 1984
- TEKİNAY, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, 1993
- TERCIER, Pierre** Les Contrats Spéciaux, 3. bası, Schulthess, 2003
- TETTENBORN, Andrew** The Trust in Business: Property and Obligation in England, La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D’Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, ss. 35-64
- TEY, Tsun Hang** Reservation of Settlers’ Powers, Singapore Academy of Law Journal, C. 21, 2009, ss. 517-544 (Anılış: ‘Reservation’)
- TEY, Tsun Hang** Trusts and Forced Heirship, Center for Commercial Law Studies, National

- University of Singapore, 2010 (Anılış: 'Forced Heirship')
- THEVENOZ, Luc** The Future of Trusts: A Swiss Perspective, Trust & Trustees, C. 19, S. 3-4, 2013, s. 296-301 (Anılış: 'Swiss Perspective')
- THEVENOZ, Luc** Trusts: The Rise of a Global Legal Concept, European Private Law: A Handbook (C. II) (ed. Mauro Bussani/Franz Werro), Stämpfli Verlag, 2014, ss. 3-39 (Anılış: 'Global Legal Concept')
- THEVENOZ, Luc** La Fiducie, Cendrillon du Droit Suisse: Propositions Pour Un Réforme, Rapports et Communications – ZSR, C. 114, 1995, ss. 252-363 (Anılış: 'Réforme')
- THEVENOZ, Luc** Trusts en Suisse, Schulthess, 2001
- THEVENOZ, Luc/DUNAND, Jean Philippe** The Swiss Fiducie: A Subtle Conceptual Blend of Contract and Property, La Fiducie Face Au Trust Dans Les Rapports D'Affaires, XV. International Congress of Comparative Law (Bristol), Bruylant, 1999, ss. 309-339
- THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz** Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 1-529 CO, 2. bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012 (Anılış: 'CR CO I/İşleyen')
- İşleyen: WERRO, Franz**

- THOMAS, Geraint**
/HUDSON, Alastair The Law of Trusts, 2. bası, Oxford University Press, 2010
- THORENS, Justin** Le Trust de Common Law Dans Les Systèmes de Droit Civil, Festschrift für Walther J. Habscheid (ed. Walter Lindacher/Dieter Pfaff/Günter Roth/Peter Scholsser/Eberhard Wieser), Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1989, ss. 325-334 (Anılış: 'Festschrift')
- THORENS, Justin** Les Traits Caractéristiques de la Property Law Anglo-Américaine, Stämpfli Verlag, 1986
- TOSUN, Yalçın** Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler - Tebliğler (ed. M. Murat İnceoğlu), On İki Levha Yayıncılık, 2012, ss. 169-174
- TUCKER, Penny** The Early History of the Court of Chancery: A Comparative Study, The English Historical Review, C. 115, S. 463, 2000, ss. 791-811
- TUNCER KAZANCI, İdil** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2019, ss. 73-86

- TUOR, Peter/PICENONI, Vito** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1964
- TURAN, Gökçen** Menkul Kıymetleştirme ve Varlığa Dayalı Menkul Kıymetler, On İki Levha, 2012
- UYGUR, Atiye** Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, 2006, ss. 171-195
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün** Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2015
- ÜREM ÇETİNEL, Müge** Eigentumsvorbehalt und andere Mobiliarsicherheiten, Mohr Siebek, 2018
- VALSAN, Remus** Fiduciary Duties, Conflict of Interest, And Proper Exercise of Judgment, McGill Law Review, C. 62, S. 1, 2016, ss. 1-40
- VAN ERP, Sief** Comparative Property Law, The Oxford Handbook of Comparative Law (ed. Mathias Reinmann/Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2. bası, 2019, ss. 1031-1057

- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah** Bağışlama Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- VERHAGEN, Rick** Trusts in Civil Law: Making Use of The Experience of 'Mixed' Jurisdictions, European Review of Private Law, C. 8, S. 3, 2000, ss. 477-498
- VIRGO, Graham** The Principles of Equity & Trusts, 3. bası, Oxford University Press, 2018
- VON BAR, Christian/DROBNIG, Ulrich** The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, Sellier European Law Publishers (Münih), 2004
- VON MEHREN, Arthur T./MURRAY, Peter L.** Law in the United States, 2. bası, Cambridge University Press, 2007
- VON OVERBECK, Alfred E.** Hague Conference on Private International Law: Explanatory Report by Alfred von Overbeck on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, International Legal Materials, C. 25, 1986
- WAGGONER, Lawrence W.** From Here to Eternity: The Folly of Perpetual Trusts, University of Michigan Law & Economics Working Papers, Paper No. 76, 2014

- WÄLLI, Pierre** Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Schulthess, 1969
- WARD, Julie** Equitable Compensation – An Overview, Equitable Compensation and Disgorgement of Profit (ed. Simone Degeling/Jason Ne Varuhas), Hart Publishing, 2017, ss. 65-89
- WATERS, Donovan** The Hague Trusts Convention Twenty Years On, Commercial Trusts in European Private Law (ed. Michele Graziadei/Ugo Mattei/Lionel Smith), Cambridge University Press, 2005, ss. 56-97 (Anılış: ‘Hague Convention’)
- WATERS, Donovan** The Use of the Trust in Canada Today, Modern International Developments in Trust Law (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 1999, ss. 103-121 (Anılış: ‘Canada’)
- WATERS, Donovan W. M.** The Protector: New Wine in Old Bottles?, Trends in Contemporary Trust Law (ed. A. J. Oakley), Clarendon Press 1996, ss. 63-110 (Anılış: ‘Protector’)
- WATT, Gary** Trusts and Equity, 7. bası, Oxford University Press, 2016

- WATT, Gary/STAUCH, Marc** Is There Liability for Imprudent Trustee Investment?, The Conveyancer and Property Lawyer, C. 62, 1998, ss. 352-361
- WATTER, Rolf** Die Treuhand in Schweizer Recht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, C. 114, 1995, ss. 179-252
- WEBB, Charlie /AKKOUH, Tim** Trusts Law, Palgrave Law Masters, 4. basi, 2015
- WEBER, Rolf H.** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband: Die Folgen Der Nichterfüllung Art. 97-109 OR, Verlag Stämpfli, 2000
- WEBER, Rolf H.** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Das Darlehen, Art. 312-318 OR, Verlag Stämpfli, 2013 (Anliş: 'Darlehen')
- WEIMAR, Peter** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen Art. 457-516 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 2009
- WEINGART, Claudio** Anerkennung von Trusts und trustrechtlichen Entscheidungen im

- internationalen Verhältnis – unter besonderer Berücksichtigung schweizerischen Erb- und Familienrechts, Schultess, 2010
- WHITTAKER, Simon** A Framework of Principle for European Contract Law?, Law Quarterly Review, C. 125, 2009, ss. 616-647
- WIBIER, Reinout** Can A Modern Legal System Do Without The Trust?, The Worlds of the Trust (ed. Lionel Smith), Cambridge University Press, 2013, ss. 67-88
- WIEGAND, Wolfgang** Fiduziarische Sicherungs Geschäfte, ZBJV, C. 116, S. 12, 1980, ss. 537-567
- WILHELM, Christopher** Die Rechtsgeschäftliche Treuhand in Deutschland und Frankreich, Duncker & Humblot, Berlin, 2017
- WILLENBACHER, Barbara** Individualism and Traditionalism in Inheritance Law in Germany, France, England and the United States, Journal of Family History, C. 28, S. 1, 2003, ss. 208-225
- WILLER, Ralf** Die 'Parallel Debt' als Sicherheitsträger, Archiv für die civilistische Praxis, C. 209, S. 6, 2009, ss. 807-839

- WILSON, David W.**
/WYNNE, Julie Trusts et divorce: La salade russe de Rybolovlev c. Rybolovleva, *Not@lex*, S. 1, 2013, ss. 14-23.
- WINTER, Jaap** Behavioral Perspective On Corporate Law and Governance, *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (ed. Jeffrey N. Gordon/Wolf-Georg Ringe), Oxford University Press, 2018
- WINTER, Ralph K.** State Law, Shareholder Protection and The Theory of Corporation, *The Journal of Legal Studies*, C. 6, S. 2, 1977, ss. 251-292
- WOLFF, Lorenz** Pflichtteilsrecht – Forced Heirship – Family Provision, Peter Lang Frankfurt am Main, 2011
- WOOD, Phillip R.** Comparative Financial Law: A Classification of the World's Jurisdictions, *Making Commercial Law: Essays in Honour of Roy Goode* (ed. Ross Cranston), Clarendon Press, 1997, ss. 31-90
- WORTHINGTON, Sarah** Equity, 2. bası, Oxford University Press, 2006
- WORTHINGTON, Sarah** The Commercial Utility of the Trust Vehicle, Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds

- (ed. David Hayton), Kluwer Law International, 2002, ss. 135-162 (Anılış: 'Commercial')
- WORTHINGTON, Sarah** The Disappearing Divide Between Property and Obligation: The Impact Of Aligning Legal Analysis and Commercial Expectation, Equity in Commercial Law (ed. Simone Degeling/James Edelman), Lawbook Co., 2005, ss. 93-117 (Anılış: 'Divide')
- YANLI, Veliye** Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta, 2000
- YASAMAN, Hamdi** İsviçre ve Fransız Hukukunda Yatırım Fonları ve Türk Hukukunda Uygulanma İmkanları, Fakülteler Matbaası, 1980
- YAVUZ, Cevdet** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, 10. bası, 2014
- YAVUZ, Nihat** Vekilin Müvekkil Adına veya Hesabına Bizzat Kendisi İle İşlem Yapabilmesi (Kendisiyle İşlem Yapması) ve Sözleşmenin İki Tarafını Temsil Edebilmesi (Çifte Temsil) Sorunu, Gazi Üniversitesi HFD, C. 12, S. 1-2, 2008, ss. 1295-1302

- YILMAZ, Onur** Kolektif Yatırım Kuruluşlarının Yatırım Fonları Özelinde Değerlendirilmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a Armağan Özel Sayısı (C.III), C. 16, S. 2, 2017, ss. 511-536
- ZBINDEN, Andrea** Das Pfandrecht an Aktien, Stämpfli Verlag, Bern, 2010
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. bası, Turhan Kitapevi, 2015
- ZIMMERMANN, Christoph** Die Parallelverbindlichkeit als abstraktes Schuldversprechen und akzessorisches Kreditsicherungsmittel, Verlag Dr. Kovač, 2018 (Anılış: 'Parallel')
- ZIMMERMANN, Reinhard** The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civil Law Tradition, Juta & Co, 1992
- ZIMMERMANN, Reinhard** "Quos Titius voluerit" – Höchstpönliche Willensentscheidung des Erblässers oder "power of appointment"?, C. H. Beck München, 1991 (Anılış: 'Höchstpönliche')
- ZOBL, Dieter/THURNHERR, Christoph** Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Band IV, 2. Abteilung: Die beschränkten

dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das
Fahrnispfand, Art. 884-887 ZGB,
Stämpfli Verlag, Bern, 2010

ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.
Hein basi, Mohr Siebek, 1996