

ALACAĞIN TEMLİKİ*

Prof. Dr. Nisim FRANKO**

I- MEFHUM

Borç münasebetinin tarafları, biri aktif süje diğeri pasif süje olmak üzere iki kişiden ibarettir. Bunlarda, aktif süje alacaklı; pasif süje borçludur. Umumiyetle, alacaklı ile borçlu arasında doğmuş olan hukukî rabıta sona erinceye kadar, değişmezler. Başka bir tâbirle, borç sona erinceye kadar, onu kuran taraflar değişmez. Ancak bu husus, zarurî değildir. Gerçekten, alacak iktisadî bir kıymet ifade ettiğine göre bu alacağın sahibi bulunan kimsenin (alacaklının) bu alacağını başkasına devretmesi mümkündür. Bu durumda, kurulan borç münasebetinde, borçlu aynı kaldığı halde alacaklı değişmiş olur.¹

Buna mukabil, aynı borç münasebetinde, pasif süje olan borçlunun da değişmesi mümkündür. Kendisinin ifa etmesi gerekli ivazın başkasına nakli mümkündür. Bu takdirde, ilk borç münasebetinin pasif süjesi değişmiş olur.

Borç münasebetinde, aktif süje olan, alacaklının değişmesi "alacağın temlikî" müessesesi ile, yine borç münasebetinin "pasif" süjesinin değişmesi ise, "borcun nakli" müessesesi ile gerçekleştirilebilir.² Borçlar Kanunumuz her iki müesseseyi de kabul ve tanzim etmiştir. Bu derste, borç münasebetinin aktif süjesinin değişmesini intaç eden, alacağın temlikî müessesesini tetkik edeceğiz.

*Bu yazı, 1981 senesinde, Doçentlik deneme dersi olarak teklif edilmiş olan mevzuun genişletilmiş şeklidir.

**Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF. Öğretim Üyesi.

¹Tekinay S. S. - Akman S. - Burcuoğlu H. - Altop A.: Tekinay Borçlar Hukuku - Genel Hükümler I, 5. bası İstanbul 1985, 317; Feyzioğlu N. F.: Borçlar Hukuku - Genel Bilgiler C. II İstanbul 1977, 614; Tunçomağ K.: Türk Borçlar Hukuku I - Genel Hükümler İstanbul 1976, 1074.

²Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop: 1985, 317; Saymen F. H. - Elbir H. K.: Türk Borçlar Hukuku I - Umumi Hükümler İstanbul 1958, 358.

Şunu belirtmek gerekir ki, alacağın temliki (ve borcun nakli) Roma Hukukunda kabul edilmiş değildi.³ Filhakika; bu hukukta borç münasebeti, tarafların şahısları nazardikkate alınarak, tanzim edilmiş olduğundan; borç münasebetinin taraflarının değişmesi mümkün değildi. Bu itibarla, alacağın temliki de mevzubahis olamazdı. Bununla beraber; bu Hukukta dahi, alacağın temliki ve borcun nakli, küllî halefiyet hallerinde (mirasta) kabul edilirdi. Bu durumda, murisin bütün borç ve hakları mirasçılara, ölümle birlikte intikal ederdi. Uzun bir tekâmül neticesinde, cüz'î halefiyet halinde de, alacağın bir kimseden diğerine intikal yolları araştırılmış ve bunun için, bizzat vekil menfaatine verilen vekâlet (procuratio in rem suam) yolu ile bu ihtiyaç karşılanmak istenmiştir.⁴ Borçlar Kanunumuz, modern telâkkiyi kabul ederek, sarih bir şekilde ve Kanunun 161 ilâ 172. maddeleri arasında, alacağın temlikini tanzim etmiştir.

Ancak, burada işaret edilmesi gereken bir nokta vardır: B.K. 162-172. maddelerinde tanzim edilmiş olan, alacağın temlikinde, temlik olunan husus taraflar arasında mevcut olan borç münasebeti değildir. Bu borç münasebetinden doğan münferit alacaklardır. Bundan dolayıdır ki; alacağın temlikine rağmen, alacaklı borç münasebetinden doğan talepleri, yine kendisi ileri sürebilir.⁵ Meselâ aktin feshini isteyebilir veya fesih ihbarda bulunabilir.

II- ALACAĞIN TEMLİKİNİN ŞARTLARI

Alacak temlikinin şartlarını, şu şekilde tespit etmek mümkündür: Alacağın temliki bir akit ile yapılır,⁶ alacağın temlikinde akit şekle bağlı bir akittir⁷, alacağın temlik edilebilmesi için bir maniin bulunmaması gerekir.⁸ Şimdi sırası ile bu şartları görelim:

1) Alacağın Temlikinin Akdi Mahiyeti

A- Temlik akdinin vasıfları

a- Akdin tasarrufi vasfı

Borçlar Kanunumuza göre, alacağın temliki için temlik edenle (ilk alacaklı), temellük eden arasında (ikinci alacaklı) bir akdin yapılması gerekir.^{8a} Bu akdin neticesinde, ilk alacaklının mamelekinde mevcut olan alacak, yeni alacaklıya, yani

³von Tuhr A. (Edege C.): Borçlar Hukuku C. II, İstanbul 1953, 887; Tunçomağ K.: 1976, 1074.

⁴von Tuhr A.: 1953, 887; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 327; Tunçomağ K.: 1976, 1074.

⁵Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 330; Tunçomağ K.: 1976, 1075.

⁶Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 318; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 328; Tunçomağ K.: 1976, 1086.

⁷Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 320; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 331; Fezyioğlu N. F. Borçlar Hukuku - Genel Hükümler c.II İstanbul 1977, 635-636.

⁸Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985,323; Saymen F.H. Elbir H.K. 1958, 339; Fezyioğlu N.F.: 1977, 630.

^{8a}Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 328; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 318; Tunçomağ K.: 1976, 1086; Fezyioğlu N.F.: 1977, 613.

temellük edene geçer. Bu itibardır ki, bu akdin karakteristik vasfı "tasarrufi olmasıdır.⁹ Bundan dolayıdır ki, burada, bir borç doğuran akit yoktur, yalnız bir tasarruf muamelesi vardır. Zira, akitle birlikte, temlik edenin alacağı üzerinde bir değişiklik meydana gelmekte, alacak ilk alacaklının mamelekinde iken, ikinci alacaklının mamelekine intikal etmektedir. Muamele, kendiliğinden hak üzerinde tesir icra ettiğinden, burada bir "tasarruf muamelesinden" bahsedilebilmektedir.

Alacağın temlikinde, alacağın intikali, ne borçlunun bundan haberdar olmasına ne de rızasına bağlıdır.¹⁰ Hatta, borçlu temlike itiraz etse dahi, alacak mücerret akitle intikal etmiş olur.

Alacağın temlik, bir akit neticesinde meydana gelecek olduğundan, tarafların iradelerinin, bu hususta birleşmesi gerekir. Burada, diğer akitlerde olduğu gibi icap ve kabulün bulunması şarttır. Akit, kabul beyanının temlik edene vasıl olması ile meydana gelir. Ancak, neticeleri, kabul beyanının gönderilmiş olduğu tarihten başlar. Bundan dolayıdır ki, bu arada temlik edenin alacaklılarının alacak üzerine koymuş oldukları hacizler ve rehinler muteberdir.

Alacağın temlikinin diğer bir şartı, yalnız hakları kullanım ehliyetini değil, aynı zamanda alacak üzerinde tasarruf selâhiyetini haiz olmasıdır.¹¹ Zira, temlik tasarrufi bir muamele olduğundan, eğer temlik eden iflâs etmiş ise, iflâs masasına giren alacaklarda tasarruf ehliyeti olmadığından, alacak temlik edilmiş olmaz.

b- Akdin kazandırıcı vasfı

Alacağın temlikinde, alacak temlik edenin mamelekenden çıkıp, temellük edenin mamelekine girecek olduğundan, bu muamenin diğer bir vasfı da, onun kazandırıcı bir muamele olmasıdır.¹² Her kazandırıcı muamenin bir hukukî sebebi olması gerekeceğinden, alacak temlikinin de bir sebebi vardır. Burada, bir borcun ifası, kredi temini veya bağışlama sebebi mevcut olabilir.

c- Akdin mücerret vasfı

Alacağın temlikinde, bu akdin diğer bir vasfı, onun mücerret bir muamele olma vasfıdır.¹³ Bu itibarla, temlik akdi ile temlik olunan alacağı doğuran akit, herhangi bir sebeple muteber olmasa dahi, alacağın temlikinin bizzat kendisi muteberdir. Meselâ: satış akdinden doğan alacağın temlik halinde, bu satış akdi şekil noksanı ile bâtul olsa dahi ondan doğan alacağın temlikine müteallik akit muteberdir. Şunu belirtelim ki, Federal

⁹Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 329, Feyzioğlu N. F.: 1977, 624; Tunçomağ K. 1976, 1090

¹⁰Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 318 mealen; Saymen F.H.- Elbir H.K.: 1958, 328; Tunçomağ K. 1976, 1074; Feyzioğlu N.F.: 1977, 613.

¹¹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 329; Feyzioğlu N.F.: 1976, 614; Tunçomağ K.: 1976, 1093.

¹²Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 329; Feyzioğlu N.F.: 1977, 613.

¹³Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 330; Tunçomağ K.: 1976, 1091; Feyzioğlu N. F.: 1977, 614; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 318.

Mahkeme, alacağın temlikinin mücerret bir muamele olmayıp, sebebe bağlı olduğu içtihadındadır.

d- Akdin nisbî haklara taalluk etme vasfı

Alacağın temlikinde; akdin mevzuu bakımından, şunu belirtmek gerekir ki, ancak nisbî haklar (alacak hakları) temlik akdine mevzu teşkil edebilir. Bundan dolayıdır ki, aynı haklardan doğan selâhiyetlerin ve taleplerin temlik mevzubahis olamaz.¹⁴

B- Alacağın Temlikinin Akdi Mahiyetinin İstisnaları

Alacağın temlikinin, bir akde müstenit olması gerekeceği kaidesinin bazı istisnaları mevcuttur. Başka bir tâbirle; öyle durumlar mevcuttur ki, alacaklı ile temellük eden arasında bir akit mevcut olmadan dahi, alacak ilk alacaklının mâmelekenden çıkıp, ikinci alacaklının mâmelekine girmiş olur. Bu istisnalar iki tanedir: alacağın kanunî temlik ve alacağın kazaî temlik.

a- Kanunî temlik istisnası

Kanunî temlikin, en mühimi ve sık sık rastlanana, miras durumudur.¹⁵ Filhakika, ölümle birlikte miras bırakanın bütün alacakları ve borçları kanun icabı mirasçılara intikal eder (MK. 359). Ayrıca, kanunda tespit edilmiş olan kanunî halefiyet hallerinde de,¹⁶ borcu ödeyen üçüncü şahsa, alacaklının alacağı yine kanunen temlik edilmiş olur. Burada, halef ile alacaklı arasında herhangi bir akdin mevcudiyeti aranmaz.

b- Kazaî temlik istisnası

Alacağın temlikinin, akdi olma vasfının diğer bir istisnası, alacağın kazaî temlikî hâlidir.¹⁷ Burada; birinci alacaklı ile ikinci alacaklı arasında hiç bir akit yapılmaksızın, mahkeme kararı ile alacak ilk alacaklının mâmelekenden ikinci alacaklının mâmelekine intikal etmiş olur. Kazaî temlike bir misal, temlik vaaşinde bulunan bir kimsenin, bu vaaşini yerine getirmediği takdirde, ikame olunan bir dava neticesinde alacağı iktisap etmesi hâlidir. Bunun gibi, MK. 590. maddesine göre, mirasın taksiminde anlaşmaya varamayan mirasçılardan birisinin müracaatı üzerine, mahkeme kararı ile alacağın temellük edilmesidir. Son bir misal, ahlâk ve adaba aykırı gayesi dolayısıyla, fesholunan hükmî şahsın mallarının, diğer bir hükmî şahsa mahkeme kararı ile tahsis edilmesidir.

¹⁴von Tuhr A.: Borçlar Hukuku c.I, İstanbul 1952, 11' v.m.

¹⁵Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 350; Saymen F.H.-Elbir H.K.: 1958, 334; Tunçomağ K.: 1976, 1078; Fezyioğlu N.F.: 1977, 619.

¹⁶Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 350; Fezyioğlu N.F.: 1977, 620; Tunçomağ K.: 1977, 1078.

¹⁷Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 351; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 335; Tunçomağ K.: 1976, 1079; Fezyioğlu N.F.: 1977, 621.

2- Alacağın Temlikinin Şekle Bağlılığı

A- Şekle bağlılığın hükmü, gayesi ve tahakkuk tarzı

a- Şekle bağlılığın hükmü

Alacağın temlikini mevzu edinen akdin, diğer bir hususiyeti, onun şekle bağlı bir akit olmasıdır.¹⁸ Filhakika: BK. 163. maddesi 1. fıkrasında aynen şöyle demektedir:

"Tahriri şekilde yapılmadıkça alacağın temlik muteber olmaz" Kanunda aranan bu şekil, BK. 13 ve müteakip maddelerde tespit edilmiş olan şartlara uygun olmalıdır. Temlikin resmî şekilde, yani noter marifetiyle yapılması şart değildir. Kanunen aranan bu şart bir ispat şartı değil, bir sıhhat şartıdır. Bu husus, maddedeki "muteber olmaz" ibaresinden açıkça anlaşılmalıdır. Bu itibarla, yazılı şekilde yapılmamış olan alacağın temlik akdi hükümsüzdür¹⁹ ve hiç bir netice doğurmaz. Bundan dolayıdır ki, temlik edenin ikrarı²⁰ veya verilen yeminin edilip edilmemesinin hiç bir hukukî neticesi yoktur.

b- Şekle bağlılığın gayesi

Kanun tarafından konmuş olan bu şekil şartı, temlik edeni himaye etmek için konmuş değildir. Alacak temlikinin şekle bağlılığının gayesi, alacağın temlik edilmiş olduğunun sarıh bir şekilde ve hiçbir tereddüde mahal kalmadan bilinmesi içindir.²¹ Filhakika, kaideten, borçlu ancak alacaklıya ödeme yaptığı takdirde borcundan kurtulmuş olur. Bunun içindir ki, ödeme yapmış olan borçlunun, ödeme yapmış olduğu kimsenin alacaklı olduğu hususunda, hiç şüphesi olmaması gerekir. Burada himaye edilmek istenen borçludur.²² Borçlu, kendisine alacağın temlik edilmiş olduğunu gösteren vesikayı ibraz edene karşı, tereddütsüz ödeme yapabilmeli ve bu ödeme onu borçtan kurtarmalıdır.

c- Şekle bağlılığın tahakkuk tarzı

Borçlar Kanununun 163. maddesinde, tespit edilmiş olan şekle, riayet edilmiş olması için, bu temlikin BK.nun 13. maddesine göre yapılmış olması lâzımdır. Yani temliknamede yalnız borç altına girmiş olan -ilk alacaklı- kimsenin imzası bulunmalıdır.²³ Karşı tarafın, iradesini yazılı olarak bildirmesine lüzum yoktur.²⁴ Bu

¹⁸Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 320; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 331; Feyzioğlu N.F.: 1977, 635-636; Tunçomağ K.: 1976, 1038.

¹⁹Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 320; Tunçomağ K.: 1976, 1039; Feyzioğlu N.F.: 1977, 635-636; Saymen F.H.: - Elbir H.K.: 1958, 331-332.

²⁰Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 320; Feyzioğlu N.F.: 1977, 636.

²¹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 332; Feyzioğlu N.F.: 1977, 636; Tunçomağ K.: 1976, 1088.

²²Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 332; Feyzioğlu N.F.: 1977, 636; contra Tunçomağ K.: 1976, 1088; von Tuhr A.: S. 93 vd. Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 332 dip notu 21.

²³Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 321; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 332; Feyzioğlu N.F.: 1977, 637.

itibarla, temellük eden -ikinci alacaklı- şifahen kabul beyanını bildirirse, alacak temlik edilmiş olur.

Temliknamenin, temlik edenin kendi el yazısı ile yazılması gerekmez. Bu temlikname daktilo ile yazılabileceği gibi, matbu dahi olabilir.²⁵ Alacak ipotekle temin edilmiş olsa dahi, basit yazılı şekle alacağı devreder ve alacağı temellük eden kimse, bu yazıya istinadla, tapuda ipoteğin tescilini talep edebilir.²⁶ Yalnız, alacak bir ipotekli borç senedi veya irat senedi ile temin edilmişse, yazılı şekle yanında senedin teslimi gerekir.²⁷ Eğer, temlik olunan alacak, gemi ipoteği ile temin edilmişse, TTK. 921/III' e göre, alacağın temlikinin yalnız yazılı olması kâfi olmayıp, aynı zamanda bu alacağın gemi siciline tescili de gerekir.²⁸

B- Şekle bağlılığın istisnaları

Alacağın temlikinin şekle bağlılığı hakkında, Borçlar Kanunu üç tane istisna tespit etmiştir. Filhakika: Kanuna göre, temlik vaadi, kanunî temlik ve kazaî temlik şekle tabi değildir.

a- Temlik vaadi istisnası

Borçlar Kanununun 163/II. maddesinde, alacağın temliki vaadinin şekle bağlı olmadığı hükme bağlanmıştır.²⁹ Bu hüküm, yine BK. 22/2 deki kaideye, ilk nazarda ters düşmektedir. Filhakika: Bu fıkraya göre, şekle bağlı akdin vaadinin de şekle bağlı olması gerekir. Ancak, alacağın temliki vaadinde farklı bir durum mevcuttur. Zira; alacağın temlikini vaad etmek, bir vaad değil başlı başına bir akitür. Bu akde (pactum de cedende) denir.³⁰ Alacağın temliki vaadinde bulunan kimse vaadini yerine getirmediği takdirde, mahkemeye müracaat ile, dâvalının BK. 163'e göre yazılı bir temlik akdi yapması istenecektir. Mahkemenin vereceği karar, vaadde bulunan kişinin iradesi yerine geçer. Bundan dolayıdır ki, alacağın temliki vaadi BK. 22/2' ye istisna teşkil etmez.³¹

²⁴Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 321; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 332; Feyzioğlu N.F.: 1977, 637.

²⁵Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 321; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 332.

²⁶Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 333; Tunçomağ K.: 1976, 1121; Feyzioğlu N.F.: 1977, 663.

²⁷Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 333; Tunçomağ K.: 1976, 1121; Feyzioğlu N.F.: 1977, 664.

²⁸Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 333; Çağa T.: Deniz Ticaret Hukuku I giriş-gemi-donatan ve kaptan 7. t. İstanbul, 1987, 96.

²⁹Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 322; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 332; Feyzioğlu N.F.: 1977, 638.

³⁰Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 321; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 334.

³¹Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 322.

b- Kanunî temlik istisnası

Alacağın temlikinin, şekle bağlı olması kaidesinin ikinci istisnası kanunî temlik hâlidir.³² Filhakika: BK. 164. maddesine göre:

"Alacağın temliki kanun mucibince vuku bulduğu halde bir gûna merasime tâbi olmaksızın üçüncü şahıslara dermeyan edilebilir"

Burada, şekil unsuruna yer verilmemiştir. Zira, bu hallerde, temlik edenle temellük eden arasında bir akit ve irade mevcut değildir. Böyle bir unsur bulunmadığına göre ve alacak alacaklının iradesine bakılmaksızın intikal ettiğine göre artık şekle bağlılık mevzu bahis olmaz. Burada, borçlu kanun icabı, kime ödeme yapacak olduğunda bir tereddüde düşmez. Böyle bir tereddüd olmadıkça da, bunun bertaraf edilmesi için hususî tedbirin alınmasına mahal yoktur.

c- Kazai temlik istisnası

Alacağın temlikinde, şekil şartının üçüncü istisnası, kazaî temlik, yani mahkeme marifetiyle yapılan temliklerdir.³³ Filhakika: Tıpkı kanunî temlikte olduğu gibi burada da alacaklının şahsında tereddüdün mevcudiyeti düşünülemez. Bu itibarla da, muhtemel bir tereddüdü bertaraf etmek için, keza hususî tedbire burada da lüzüm yoktur.

3- Alacağın Temlikinin Mânileri

Kaide itibarı ile, bütün alacakların temliki mümkündür. Bu itibarla, alacağın kaynağı ister akit, ister haksız fiil, ister haksız iktisap veya kanun olsun; temlik edilebileceği gibi, vadesi gelmemiş alacaklar, şarta bağlı alacaklar dahi temlik edilebilir. Bunun gibi, kaynak itibarıyla âmme alacakları da kabili temliklerdir.

Ancak, BK. 162. maddesinde kanun, akit veya işin mahiyeti icabı bazı alacakların temlik edilemeyeceğini tespit etmiştir.³⁴ İşte bunlar, alacağın temlik edilebilirliğinin mânilerini teşkil eder. Bunları kısaca görmek gerekir:

A- Kanundan doğan mâni

Birçok hallerde, kanun, bazı alacakların temlikini bizzat kendisi menetmiştir. Bu takdirde, alacalı bu münasebetlerden doğan alacakları temlik edemez. Kanunen temlik edilemeyen alacakların bazıları şunlardır:

BK. 284/Te göre, hasılat kirasında kiralananın başkasına devredilmesi mümkün değildir. BK. 300/Te göre, ariyet alan aldığı ariyeti başkasına devredemez. Bunun gibi,

³²Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 334; Feyzioğlu N.F.: 1977, 638.

³³Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 335; Feyzioğlu N.F.: 1976, 638.

³⁴Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 323; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 339; Feyzioğlu N.F.: 1977, 663; Tunçomağ K.: 1976, 1083.

BK. 320/II 'ye göre işveren, hizmet akdinden doğan alacağını başkasına devredemez. Nihayet, MK. 82 ye göre nişan bozmadan mütevellit manevî tazminat alacağının da, başkasına devri mümkün değildir.

B- İşin mahiyetinden doğan mâni

Kanun, ayrıca işin mahiyeti dolayısıyla,³⁵ bazı alacakların temlik edilemeyeceğini kabul etmiştir. Eğer, alacaklının değişmesi, edimin mahiyetinde bir değişiklik getirecekse, bu takdirde, işin veya hukukî münasebetin temlike mâni olduğunu kabul etmek gerekir. Meselâ, ölünceye kadar bakma alacağı, bir paranın ödenmesi şeklinde değil de, bakıp gözetmek şeklinde ise, bakım alacaklısının işin mahiyetine göre³⁶ alacağını temlik edemeyeceğini kabul etmek gerekir. Aynı şekilde, kocanın karısının aile masraflarına iştirakini talep etmek hakkı,³⁷ ana ve babaların çocukların malları üzerindeki istifade hakları³⁸ aynı sebepten dolayı temlikin haricinde tutulmuştur.

C- Akitten doğan mâni (pactum de non cedendo)

Alacağın temlikinin üçüncü mâniî, akitten doğan mânidir. Filhakika: her ne kadar alacağın temliki için borçlunun rızası aranmamakta ise de, alacaklı ile borçlu arasındaki esas borç münasebetinde, taraflar alacağın temlik edilemeyeceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu takdirde, alacaklı alacağını başkasına temlik edemez. Buna (pactum de non cedendo) denir.³⁹ Eğer, bu anlaşmaya rağmen, alacaklı alacağını devrederse, bu devir hükümsüzdür.⁴⁰ Bu hükümsüzlük, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı da dermeyeran olunabilir. Zira, bu takdirde, temlik akdinin tasarrufî bir vasfı yoktur.

Bununla beraber, kanun, bilhassa hüsnüniyetli üçüncü şahısları himaye etmek için, BK. 162/2 fıkrasında hususî bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre:

"Borçlu, alacağın temlik edilmemesi şart edilmiş olduğunu bu şartı ihtiva etmeyen bir ikrarı bilki-tabeye istinat ile, alacağı temellük eden üçüncü bir şahsa karşı iddia edemez"

³⁵Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 324; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 339; Tunçomağ K.: 1976, 1084; Feyzioğlu N.F.: 1977, 630; Arsebük E.: Borçlar Hukuku c.II İstanbul 1944, 1108.

³⁶Saymen H.F. - Elbir H.K.: 1958, 339; Tunçomağ K.: 1976, 1084; Feyzioğlu N.F.: 1977, 630.

³⁷Saymen H.F. - Elbir H.K.: 1958, 340; Tunçomağ K.: 1976, 1084.

³⁸Saymen H.F. - Elbir H.K.: 1958, 340.

³⁹Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 326; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 340; Tunçomağ K.: 1976, 1084; Feyzioğlu N.F.: 1977, 631; Arsebük E.: 1944, 110; Uygur T.: 1990, İçtihatlı-Açıklamalı Borçlar Kanunu -genel hükümler c.II Ankara 1990, 162.

⁴⁰Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 326; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 340; Arsebük E. 1944, 1111; Tunçomağ K.: 1976, 1084.

Bu hükme göre, eğer üçüncü şahıs metninde alacağın temlik edilemeyeceği kaydını ihtiva etmeyen, bir senede istinaden alacağı temellük etmişse, borçlu kendisine karşı, alacaklı ile olan anlaşmalarında, böyle bir memnuiyetin bulunduğunu ileri süremez.⁴¹

Bu hükmün tatbik edilebilmesi için aranan şartlar şunlardır: Alacak, borçlu tarafından bir senette ikrar edilmiş olacaktır, senette alacağın temlik edilemeyeceğine dair bir kayıt mevcut olmayacaktır, alacağı temellük eden bu senede istinatla alacağı talep edecektir. Alacağı devralan hüsnüniyet sahibi olacaktır.⁴²

III- ALACAĞIN TEMLİKİNİN ŞUMÜLÜ

Borçlar Kanununun 162-172. maddelerine göre, bir alacak temlik edilince, bununla temellük edenin mal varlığına neyin intikal ettiği, başka bir tabirle bu temlikin şumülünün ne olduğu tespit edilmelidir.

Evvelemerde, alacağın ne miktarının intikal ettiği araştırılmalıdır. Ayrıca, bir alacak, ekseriya çıplak şekilde doğmaz. Bu alacağa bağlı bir takım fer'i haklar ve rüçhan hakları ile yenilik doğuran haklar mevcut olabilir. Acaba, temellük eden kimse bunları da iktisap edecek midir? Bu noktaların tafsili gerekir:

1- Alacağın Kısmi Temlikinde

Eğer temlik olunan alacak, taksim edilebiliyorsa, alacaklı alacağının bir kısmını temellük edene devrederek, diğer kısmını mâmelekinde muhafaza veya başkasına temlik etmiş olabilir.⁴³ Burada, temlikin şumülünü tespit edecek olan husus, temlik edenle temellük eden arasındaki temlik akdidir. Borçlu, bu takdirde, birden fazla alacaklı ile karşılaşabilir ve buna tahammül etmek durumundadır.⁴⁴ Bununla beraber, sırf borçluyu icaz etmek için, alacağını çok cüzi miktarlarda devretmiş olan alacaklının, hakkını suistimal etmiş olduğunu kabul etmek ve bunu muteber addetmemek mümkündür.⁴⁵ Meselâ, 10.000 liranın 100 liralık kısımlar halinde temlik edilmiş olması gibi.

2- Feri Haklarda

Temlik olunan alacağa bağlı, fer'i hakların durumunu, BK. 168. maddesinin 1. fıkrası şöyle tespit etmiştir:

"Alacağın temlikinde, temlik edenin şahsına has olanlardan maada diğer müteferri haklar dahil olur"

⁴¹Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 326; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 340-341; Uygur T.: 1990, 812; Arsebük E.: 1944, 1112; Tunçomağ K.: 1976, 1085.

⁴²Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıp: 1985, 327; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 341; Tunçomağ K.: 1976, 1085.

⁴³Saymen F.H.-Elbir H.K. 1958, 341; Arsebük E.: 1944, 1117.

⁴⁴ibidem

⁴⁵Saymen F.H.-Elbir H.K.: 1958, 341.

Şunu belirtmelidir ki, alacağın fer'i haklarının temellük edene geçmesi için, ayrı bir anlaşmaya lüzum yoktur. İki taraf, bu hususta hiç temas etmemiş olsalar dahi, fer'i haklar temlik ile birlikte geçmiş olur.⁴⁶ Bu fer'i hakları şu şekilde tespit etmek mümkündür: Faiz, teminat hakları, yenilik doğuran haklar, rüçhan hakları.⁴⁷ Bunları sırası ile tetkik edelim:

A- Faiz

Temlik olunan alacak eğer faiz getiriyorsa, bu faizler hem alacağın temlik edildiği andan itibaren cereyan edecek olan faizlerdir,⁴⁸ hem de daha evvel işlemiş ve fakat temlik eden tarafından tahsil edilmemiş olanlardır.⁴⁹ Zira, faiz alacağı, müstakil bir alacak olmayıp, esas alacağın bir fer'idir. Alacak temellük edilince, faizler de o andan itibaren temellük edilmiş olur. Bununla birlikte, temlik eden faizlerin kendisinde kalacağını şart koşabilir.⁵⁰ Temlik edilen faizler hem akdî hem temerrüt faizinden ibarettir.⁵¹

B- Teminat hakları

Temlik edilen alacağın, vaktinde eksiksiz olarak, ifa edilmesini temin edecek olan teminat mevcut ise, bu teminat dahi temellük edene geçer.⁵² Tabii âkitlerin, akit serbestisi prensibine göre, aksine bir tanzim tarzı kabul etmeleri mümkündür.

Alacak kefaletle temin edilmişse, temellük eden bu teminattan istifade eder.⁵³ Kısmî temlik halinde, alacaklı, kefaletin kendisinde kalmış olan kısmı için bir teminat teşkil edeceğini, şart koşabilir.⁵⁴ Fakat aynı teminatlarda bu durum mümkün değildir.⁵⁵

⁴⁶Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altöp: 1985, 331; Saymen F.H.-Elbir H.K.: 1958, 342; Arsebük E.: 1944, 1118; Feyzioğlu N. F.: 1977, 641; Tunçomağ K.: 1976, 1104.

⁴⁷Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altöp: 1985, 331; Saymen F. H. - Elbir H. K.: 1958, 342-343; Tunçomağ K.: 1976, 1104; Arsebük E.: 1944, 1119-1120; Feyzioğlu N. F.: 1976, 641-642.

⁴⁸Saymen F. H. - Elbir H. K.: 1958, 342; Uygur T.: 1990, 843; Feyzioğlu N. F.: 1977, 641; Arsebük E.: 1944, 1121; Tunçomağ K.: 1976, 1104.

⁴⁹Saymen F.H.-Elbir H. K.: 1958, 342; Tunçomağ K.: 1976, 1105; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altöp :1985, 330; Arsebük E.: 1944, 1121; Feyzioğlu N. F.: 1977, 641; Uygur T.: 1990, 843.

⁵⁰Saymen F. H. - Elbir H. K.: 1958, 342; Feyzioğlu N. F.: 1977, 641; Arsebük E.: 1944, 1121; Tunçomağ K.: 1976, 1105.

⁵¹Saymen F. H. - Elbir H. K.: 1958, 342; Feyzioğlu N. F.: 1977, 641.

⁵²Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altöp: 1985, 331; Saymen F. H. - Elbir H. K.: 1958, 342; Arsebük E.: 1944, 1113; Tunçomağ K.: 1976, 1104, Feyzioğlu N. F.: 1977, 642; Uygur T.: 1990, 843.

⁵³Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altöp: 1985, 331; Saymen F.H. - Elbir H. K.: 1958, 342; Arsebük E.: 1944, 1119; Feyzioğlu N. F.: 1977, 642; Tunçomağ K.: 1976, 1102. Uygur T.: 1990, 843.

⁵⁴Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 343; Arsebük E.: 1944, 1119; Feyzioğlu N.F.: 1977, 643; Tunçomağ K.: 1976, 1104.

Zira, menkul rehninde bu teminatın temlikten istisna edilmiş olması rehinden feragatı tazammun eder.⁵⁶

C- Yenilik doğuran haklar

Alacağın temlikinin şumûlünden bahsederken, temlik edilen alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklara da temas edilmelidir. Temlike, yenilik doğuran haklar da dahildir.⁵⁷ Meselâ, seçimlik bir borçta alacaklıya verilmiş olan seçim hakkı, ihbar ile alacağı muaccel kılma hakkı, ifayı talep yerine ondan vazgeçerek tazminat talep etmek hakkı gibi haklar temlikin şumûlündedirler.⁵⁸

Bununla birlikte, temlik edilen alacağa bağlı olmayıp, alacaklı ile borçlu arasındaki esas borç münasebetine dahil olan yenilik doğuran haklar, yine temlik edenin mamelekinde kalır.⁵⁹

D- Rüçhan hakları

Alacağın temlik ile, temellük edene geçecek olan diğer bir hak nev'i de rüçhan haklarıdır.⁶⁰ Ancak, bu rüçhan haklarının alacaklının şahsına bağlı olmaması gerekir.⁶¹ Bu rüçhan hakları, alacaklıya, başka alacaklılar mevcut olduğu takdirde, onlardan evvel alacağını tahsil etmek imkânını verir. Bu rüçhan haklarının hangileri olduğu, İİK.nun 206. maddesinde tespit edilmişlerdir.⁶²

IV- ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ

Alacağın temlikinin hükümlerini tetkik ederken, üç durumu yekdiğerinden ayırmak gerekir. Bu durumlar şunlardır:

⁵⁵Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 343; Tunçomağ K.: 1976, 1104; Arsebük E.: 1944, 1119; Uygur T.: 1990, 843.

⁵⁶ibidem

⁵⁷Saymen F.H. - Saybir H.K.: 1958, 343, Feyzioğlu N.F.: 1977, 643; Uygur T.: 1990, 44; Arsebük E.: 1944, 1122.

⁵⁸Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 343; Feyzioğlu N.F.: 1977, 643; Tunçomağ K.: 1976, 1133; Uygur T.: 1990, 844; Arsebük E.: 1944, 1122.

⁵⁹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 343; Arsebük E.: 1944, 1122; Uygur T.: 1990, 844; Tunçomağ K.: 1976, 1105; Feyzioğlu N.F.1977, 643; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 332.

⁶⁰Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 343; Feyzioğlu N.F.: 1977, 641; Tunçomağ K.: 1976, 1105; Uygur T.: 1990, 843; Arsebük E.: 1944, 1118.

⁶¹ibidem

⁶²Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 344; Uygur T.: 1990, 843; Tunçomağ K.: 1976, 1105; Feyzioğlu N.F.: 1977, 641; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 331; Arsebük E.: 1944, 1122.

Temlik edenle-borçlu, temlik edenle-temellük eden, temellük edenle-borçlu arasında mevcut olacak münabesetler.⁶³ Bunlar ayrı ayrı tetkik edilmelidir:

1- Temlik Edenle (ilk alacaklı) Borçlu Arasındaki Münasebet

Alacağın temliki ile, temlik olunan alacak, ilk alacaklının mâmelekenden çıkmış olur. Bu itibarla, temlik edenle borçlu arasında ifa yönünden bir bağ kalmaz.

Başka bir tâbirle, bu andan itibaren, borçlunun borcunu temlik edene ifa etmek mecburiyeti olmadığı gibi, temlik edenin böyle bir ifayı talep etme selâhiyeti yoktur.⁶⁴ Ancak, temlik eden, buna rağmen borçludan borcunun ifasını talep ederse hukukî durum ne olacaktır?

Alacağın temliki için, borçlunun rızası aranmadığı için, onun temlikten haberdar olması dahi gerekmez.⁶⁵ Bu itibarla, borçlu talep eden temlik edene borcu ifa ettiği takdirde, temellük edene karşı durumu ne olacaktır?

Borçların ifasında cari olan kaideye göre, borçlu ancak alacaklıya borcunu ifa ederse borcundan kurtulur. Bundan dolayıdır ki, temlik edene borcu ifa etmiş olan borçlunun, temellük edene tekrar ödemek mecburiyeti hasıl olabilir.⁶⁶ Ancak, bu kaideyi, alacağın temlikine tatbik edersek, temlikten haberdar olmayan borçlunun vaziyeti çok ağırlaşmış olur.⁶⁷ Bu husus adaletle kabili telif değildir.

Bunun içindir ki, kanun borçluyu korumak maksadile farklı bir tanzim tarzı getirmiştir.⁶⁸ Bu tanzim tarzı iki esasa dayanır: Birinci esas, ifade bulunan borçlunun, temlikten haberdar olmaması kaydı ile, hüsnüniyetle yapmış olduğu ifanın temlik edene karşı ileri sürülebilmesidir.⁶⁹ İkinci esas ise, borçluya aidiyeti ihtilâflı olan alacağı tevdi etme hakkını haiz olmasıdır.⁷⁰

⁶³Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 344; Feyzioğlu N.F.: 1977, 644 v.m.; Tunçomağ K.: 1976, 1106; Uygur T.: 1990, 833 v.m.; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 331.

⁶⁴Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 344; Feyzioğlu N.F.: 1977, 652; Tunçomağ K.: 1976, 1097; Arsebük E.: 1944, 1123; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 339 mealen

⁶⁵Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 344; Uygur T.: 1990, 832; Arsebük E.: 1944, 1123; Tunçomağ K.: 1976, 1106; Feyzioğlu N.F.: 1977, 653; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 339.

⁶⁶Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 344; Feyzioğlu N.F.: 1977, 653; Arsebük E.: 1944, 1124; Uygur T.: 1990, 833; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 339.

⁶⁷ibidem.

⁶⁸Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 344; Tunçomağ K.: 1976, 1107; Feyzioğlu N.F.: 1977, 654; Arsebük E.: 1944, 1124; Uygur T.: 1990, 832; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 339.

⁶⁹ibidem

⁷⁰Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 345; Feyzioğlu N.F.: 1977, 654; Tunçomağ K.: 1976, 1110; Uygur T.: 1990, 843; Arsebük E.: 1944, 1130.

A- Borçlunun hüsnüniyetle ifası

Alacağın temlikine rağmen, borçlunun hüsnüniyetle, temlik edene yapmış olduğu ödemenin kendisini temellük edene karşı borçtan kurtarmasıdır. Bu esas BK. 165. maddesinde şöyle tespit edilmiştir:

"Temlik eden veya temellük eden tarafından alacağın temlik kendisine bildirilmezden mukaddem, evvelki alacaklıya ve mütevali temlikler vaki olmuşsa, alacağı temellük edenlerden tercihi lâzım gelen biri varken diğerine hüsnüniyetle tediyede bulunan borçlu beri olur"

Bu maddeden anlaşılacağı üzere, borçlu ilk alacaklıya veya tercihli alacaklı varken diğerine, borcu ifa etmiş olursa, bunun neticesi borçlunun hüsnüniyetli olup olmadığına göre değişecektir.⁷¹ Bu tanzim tarzına göre, borçluya alacağın temlik edilmiş olduğu, temlik eden veya temellük eden tarafından bildirilmişse, yani borçlu hüsnüniyet sahibi değilse, borcu ancak temellük edene ifa ettiği takdirde borcundan kurtulmuş olur. Aksi takdirde, temellük edene tekrar ifa etmekle mükellefidir.

Alacağın temlik edilmiş olduğu ihbarı hiç bir şekle tâbi değildir.⁷² Bu ihbar tevcihi muktazi bir irade beyanıdır.⁷³ İhbar, tevcihi muktazi bir beyan olduğuna göre, burada şöyle bir durumla karşılaşılabilir:

Borçlu, ihbar kendisine vasıl olduğu zaman mı, yoksa ona muttali olduğu zaman mı hüsnüniyetli olmaktan çıkar?

Bu hususta iki farklı görüş mevcuttur: von Tuhr'un müdafaa ettiği fikre göre, ihbar borçluya vasıl olmakla onun hüsnüniyeti bertaraf edilmiş olur. Bu andan itibaren, temlik edene yapılan ödeme borçluyu borcundan kurtarmaz.⁷⁴ Bu tanzim tarzı, Fransız Hukukunun tanzim tarzıdır. Alman Hukukuna göre ise, borçlunun hüsnüniyeti ihbara itila ile bertaraf edilmiş olur.

İkinci fikir, BK. 165. maddesindeki "bildirmezden mukaddem" sözünü, borçlunun "ihbarı öğrenmezden önce" şeklinde tefsir eden fikirdir.⁷⁵ Bu görüşe göre, von Tuhr'un fikri kabul edildiği takdirde, BK. 165. maddesi ile 167. maddesi arasında bir tenakuz

⁷¹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 345; Tunçomağ K.: 1976, 1107; Feyzioğlu NF.: 1977,654 ; Uygur T.: 1990, 832; Arsebük E.: 1944, 1124; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985-339.

⁷²ibidem

⁷³Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958; 345; von Tuhr: §. 96, 923; Arsebük E.: 1944, 1125; Tunçomağ K.: 1976, 1108.

⁷⁴Tunçomağ K.: 1976, 1108; Arsebük E.: 1944, 1126; Tunçomağ K.: 1976, 1108; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 340.

⁷⁵Uygur T.: 1990, mealen; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 340; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 345.

doğar.⁷⁶ Zira, BK. 167. maddesine göre, borçlu temlik öğrendiği anda, temlik edene karşı ileri sürebileceği defileri, temellük edene karşı da ileri sürebilir. Bu defiler arasındaki en mühimi, borcun ödenmiş olduğu defidir. BK. 165. maddesinin fonksiyonu BK. 167 inci maddesini felce uğratmak değildir. Bu itibarla, ihbar yapılmış olsa dahi, ona itila kespedilmedikçe, hüsnüniyet devam eder.

Borçlar Kanununun 165. maddesinde bir de "mütevali temlikler" ibaresi vardır. Bu hükme göre, mütevali temlikler mevcut olduğu takdirde, borçlu hüsnüniyetle esas alacaklıya değil, başkasına ifade bulunmuş olsa dahi, yine borcundan kurtulmuş olur.⁷⁷

B- Borçlunun ihtilâflı alacağı tevdi hakkı

Borçluya, gerek temlik eden, gerekse temellük eden tarafından yapılan ihbarın tesiri, onu ödeme yapmaktan menetmesidir.⁷⁸ Ancak, ihbar temellük eden sıfatını ispat etmez.⁷⁹ Bu itibarla, borçlu ifade bulunurken, talepte bulunan "temellük eden sıfatını ispat" etmesini isteyebilir.⁸⁰ Temellük eden, bu sıfatını temlike müteallik vesika ile ispat edebilir. Zira, alacağın temlik yazılı şekle bağlı bir akitür.

Alacağın, temellük edene hakikaten temlik edilip edilmediği, ihtilâflı ise, kanun borçluya ikinci defa ödeme tehlikesini tahmil etmemek için bir esas getirmiştir. Bu esas, bu durumda, borçlunun ifadan imtina ederek alacağı tevdi edebilmesidir.⁸¹

Borçlar Kanununun 166. maddesinin 1. fıkrası bu durumu şöyle tanzim etmiştir:

"Aidiyeti münazaalı bir alacağın borçlusu tediye den imtina edebilir ve alacağı mahkemeye tevdi ile borçtan beri olur"

Borçlunun burada bir seçimlik hakkı mevcuttur. Hakikî alacaklının kim olduğu tespit edilinceye kadar, ifadan imtina etmek⁸² veya BK. 95. maddesi dairesinde, mahkemeye tevdi etmek suretiyle borçtan kurtulmak.⁸³

⁷⁶Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 340.

⁷⁷Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 345; Tunçomağ K.: 1976, 1107; Feyzioğlu N.F.: 1977, 654; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 339; Arsebük E.: 1944, 1127.

⁷⁸Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 345; Arsebük E.: 1944, 1125; Feyzioğlu N.F.: 1977, 653; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 339 a contrario

⁷⁹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 345. Tunçomağ K.: 1976, 1108; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 341.

⁸⁰Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 345; Tunçomağ K.: 1976, 1108; Arsebük E.: 1944, 1128; Uygur T.: 1990, 833.

⁸¹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 346; Arsebük E.: 1944, 1130; Uygur T.: 1990, 834; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 341; Feyzioğlu N.F.: 1977, 645; Tunçomağ K.: 1976, 1110.

⁸²Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 326; Feyzioğlu N.F.: 1977, 654; Tunçomağ K.: 1976, 1110; Uygur T. 1990, 834; Arsebük E.: 1944, 1130.

⁸³ibidem

Şunu belirtmelidir ki, eğer taraflar arasında bir dava mevcut ise ve alacak muaccel ise, taraflardan herbiri borçluyu dava edilmiş olan miktarı tevdi etmeğe icbar edebilir.⁸⁴ Bu takdirde, borçlunun bir seçimlik hakkı olmayıp, alacağı tevdi mükellefiyeti vardır.⁸⁵

Gerek borçlu tevdi yoluna gitsin, gerekse taraflar onu tevdi mecbur etsinler, burada üzerinde durulacak husus, tevdi hangi mahkemenin karar vereceğidir. Burada BK. 73 ve 95. inci maddeleri tatbik edilecek ve borçlu borcu ifa yerindeki hâkime müracaat ile, tevdi mahalli tayin edilmesini talep edecektir. Bu hâkim, BK. 95. madde hükümleri dairesinde bir karar verecektir.

Para borçları, alacaklının ikametgâhında ödeneceğine göre, tevdi orada yapılacaktır.⁸⁶ Ancak, iki alacaklı iki yerde ikamet etmekte iseler, selâhiyetli mahkeme nasıl tayin edilecektir? Federal Mahkeme, bu takdirde, eğer ihtilâf olmasaydı, borçlu borcunu nerede ifa edecek idiye, oraya tevdi etmekle borçtan kurtulacağını kabul etmiştir.

2- Temlik Edenle (ilk alacaklı) - Temellük Eden (ikinci alacaklı) Arasındaki Münasebet

Temlik edenle, temellük eden arasındaki münasebetin sikleti merkezi, temellük eden kimsenin, iş bu alacağının temlik eden tarafından garanti edilip edilmediği meselesi etrafında düğümlenir. Burada, ilk nazarda, temlik akdinin mevzuu olan alacağın, istinad etmiş olduğu hukukî münasebetin gözönünde bulundurulacağı zannedilir.⁸⁷ Başka bir tâbirle, meselâ eğer temlik olunan alacak, bir satış akdinden doğuyorsa, temlik edenin satıcının tekeffülüne müteallik hükümler dairesinde mes'ul olacağı düşünülebilir.⁸⁸

Halbuki, kanun başka bir sistem seçmiş ve temlik olunan alacağın kaynağında, hangi hukukî münasebet bulunursa bulunsun, mes'eleyi BK. 169-171. maddeler dairesinde bir çözüme bağlamıştır. Bu sisteme, temlikte "ziman" veya "teminat" sistemi denir. Temlik edenin bu teminat borcu, temlik akdinde mevzubahis edilmemiş olsa dahi, yine kanunen mevcuttur. Bununla beraber, bu hükümler âmir mahiyette olmadığından, taraflar (temlik akdinin tarafları), bu hükümleri hafifletebilirler veya tamamiyle kaldırabilirler veya bunların yerine başka bir teminat hükmünün tatbik edileceğini kabul edebilirler. Meselâ, kefalet akdindeki teminat hükümleri gibi.

⁸⁴Saymen F.H. - Elbir H.K.: 346; Arsebük E.: 1944, 1131; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 342; Uygur T.: 1990, 835; Feyzioğlu N.F.: 1977, 656; Tunçomağ K.: 1976, 1110.

⁸⁵Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 346; von Tuhr A.: §. 96, 928 vm.; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 342; Uygur T.: 1990, 835; Feyzioğlu N.F.: 1977, 656 Tunçomağ K.: 1976, 1110.

⁸⁶Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 342; Tunçomağ K.: 1976, 767.

⁸⁷Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 346.

⁸⁸Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 346; Tunçomağ K.: 1976, 1098 mealen; Uygur T.: 1990, 843; Feyzioğlu N.F.: 1977, 645; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 343; Arsebük E.: 1944, 1092.

Borçlar Kanununun 169 ilâ 171. maddelerinde tanzim olunan, teminat mes'alesini tetkik ederken alacağın temlikini ikiye ayırmak gerekir: Teminat borcunu icap ettiren temlikler ve teminat borcunu icap ettirmiyen temlikler.

A- Teminat borcunu icap ettiren temlikler

Alacağın temlikinde, temlik edeni teminat borcu altına sokan temlikler, ivaz mukabilinde yapılmış olanlardır.⁸⁹ Başka bir tâbirle, temlik eden alacağını bir karşılık mukabilinde temlik etmişse, bundan dolayı temellük edene karşı teminat borcu alunda bulunur. Bu husus, BK. 169. maddesinin 1. fıkrasında açıkça tesbit edilmiştir. Hüküm şudur:

"Alacağın temliki, ivaz mukabilinde icra edilmişse, temlik eden kimse, alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamindir."

Buna göre, temlik eden, bu alacağın sahibi bulunduğunu, bunu ortadan kaldıran bir sebebin mevcut olmadığını, alacağın meşru yollardan iktisap edilmiş olduğunu temin etmiş olur.

Bundan dolayıdır ki, temlik eden, temlik etmiş olduğu alacak mevcut değilse veya bunu daha evvel bir başkasına zaten temlik etmişse, üzerinde tasarruf selâhiyetini haiz bulunmadığı (iflâs masasına giren bir alacak) devretmişse, alacak mutlak veya nisbî butlanla malûl ise, temellük edene karşı teminat borcu dolayısıyla mes'ul olur.⁹⁰ Ancak, temlik anında alacak ihtilâflı olup da, temellük eden bu hususu biliyorsa, bu takdirde teminat borcu yoktur.⁹¹ Bunun gibi alacağın temlik edildikten sonra, hasara uğraması, zail olması veya sukut etmesi hallerinde de, yine teminat borcu yoktur. Meselâ normal bir alacak, temlik edildikten sonra, müruruzamana uğramış olması dolayısıyla, tabii borç haline gelmişse, burada teminat borcu kalkmış olur.⁹²

Bu teminat borcunun şumûlünü de tespit etmek gerekir.⁹³ Yani, temlik eden temellük edene karşı, neyi teminat altına almaktadır? Bu husus, BK. 171. maddesinin 1. fıkrasında tanzim edilmiştir. Bu fıkraya göre:

"Temlik eden zamanla mükellef ise, ... ancak resülmal ve faiz olarak, almış olduğu miktar nisbetinde mesuldür"

⁸⁹Saymen F.H.-Elbir H.K.: 1958, 347; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 1985, 343; Uygur T.: 1990, 845; Arsebük E.: 1944, 1012; Feyzioğlu N.F.: 1977, 644; Tunçomağ K.: 1976, 1098.

⁹⁰ibidem

⁹¹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 347.

⁹²Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 348; Uygur T.: 1990, 845; Feyzioğlu N.F.: 1977, 646.

⁹³Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 348; Tunçomağ K.: 1976, 1100; Arsebük E.: 1944, 1093; Uygur T.: 1990, 853; Feyzioğlu N.F.: 1977, 648.

Bundan başka, temlik eden, temlikinin mucip olduğu ve ikinci alacaklının borçluya karşı semeresiz takibi dolayısıyla ihtiyar ettiği masraflarını da zâmindir.⁹⁴ Bu şumûlü şöyle tespit etmek mümkündür:

Alacağın kendisi ve faizi, alacak temlik edilirken yapılmış olan masraflar (noter masrafları, harçlar, pul paraları) temellük edenin borçlu aleyhine açıp da semeresiz kalmış olan takip dolayısıyla yapılmış olan masraflar.⁹⁵ Burada şu hususa işaret etmelidir ki, BK 169' uncu maddesinin yüklemiş olduğu teminat borcu, bizzat borç dolayısıyla doğar, yani borcun olup olmamasının neticesidir. Eğer, temellük eden, borcun bizzat kendisinden değil de, fakat borçlunun şahsı dolayısıyla alamamış ise, temellük edenin temlik edene karşı müracaat hakkı mevcut mudur? Meselâ, mevcut alacak temlik edildikten sonra, borçlu ölmüş ve mirasçılar borcu kabul etmemişlerdir. Alacak, temlik edildikten sonra, borçlu iflâs etmiştir.⁹⁶

Borçlar Kanunu 169. maddesi 2. fıkrasında, bu hususu tanzim etmiştir. Mezkûr fıkra şöyledir:

"Ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun aczinden mesul değildir"

Fıkradaki, "aciz" kelimesi, borçlunun borcu ödeyecek malî imkânları olmamasıdır.⁹⁷ Bu halde, kefalet hükümeni tatbik edilerek, temlik edene karşı talepte bulunulamaz.⁹⁸ Zira, BK. 169. maddesindeki tekeffül tamamen, farklı ve alacağın temlik dolayısıyla tesis edilmiş olan bir teminat borcudur.

B- Teminat borcunu icap ettirmeyen temlikler

Alacağın temlikinde, temlik edenin tekeffül borcu üç halde ortadan kaldırılmıştır. Kanunun kabul etmiş olduğu bu üç hal şunlardır: ivazsız temlikler, kanunî temlikler, kazaî temlikler.

a- İvazsız temlikler

Temlik eden, alacağın temlikini temellük edene hiçbir karşılık almadan, yapmış ise burada ivazsız bir iktisap mevcuttur. Temlik eden, bu takdirde, ne temlik anında alacağın mevcudiyetini temin etmiş olur, ne de borçlunun aczinden mesuldür.⁹⁹

⁹⁴Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 348; Feyzioğlu N.F.: 1977, 648; Arsebük E.: 1944, 1093; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 347; Tunçomağ K.: 1976, 1100; Uygur T.: 1990, 853.

⁹⁵Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 348; Tunçomağ K.: 1976, 1100; Feyzioğlu N.F.: 1977, 640; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 347; Uygur T.: 1990, 853.

⁹⁶Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1977, 647; Uygur T.: 1990, 845.

⁹⁷Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350.

⁹⁸Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 349; Feyzioğlu N.F.: 1977, 640 mealen; Tunçomağ K.: 1976, 1098.

⁹⁹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 347; Uygur T.: 1990, 845; Tunçomağ K.: 1976, 1103; Feyzioğlu N.F.: 1977, 650; Arsebük E.: 1944, 1092.

Burada hukukî mahiyeti itibarile bir hibe mevcuttur. Hibe yapan şahsa ise, bir teminat borcu yükletilmesi düşünülemez. Kanun bu hususta sarîh bir hüküm sevketmiştir. Borçlar Kanununun 169. maddesinin 3. fıkrası aynen şöyledir:

"Temlik meccanen vaki olmuşsa temlik eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zâmin değildir"

İşaret etmelidir ki, ivazsız temlikte bulunan kimseyi, BK. 243'e göre, bağışlamada bulunan kimseye nispetle, daha iyi bir şekilde himaye eder. Zira, bağışlayanın ağır kusur veya ağır dikkatsizliği varsa, bağışlayan bağışlanana karşı mes'ul olur.¹⁰⁰ Halbuki, BK. 169' uncu maddede hiçbir surette mes'uliyet yoktur.

b- Kanunî temlikler

Alacağın temlikinde, temlik edenin teminat borcunun bertaraf edilmiş olduğu diğer bir hâl de kanunî temliklerdir.¹⁰¹ Bu husus BK. 171. maddesinde tespit edilmiştir. Fıkranın hükmü aynen şöyledir:

"Temlik kanun icabı vaki olmuşsa evvelki alacaklı ne alacağın mevcudiyetini ne de borçlunun eda kabiliyetini kefilidir"

Bu hükmün bulunması gayet tabiidir. Zira, kanunî temlikte, alacağın temliki ilk alacaklının iradesi dışında olmaktadır. Alacaklının, dahili olmadığı bir hukukî münasebet dolayısıyla, mes'ul tutulması adaletle bağdaştırılmaz.¹⁰²

c- Kazaî temlikler

Borçlar Kanunu, 171. maddesinin 3. fıkrasında yalnız kanunî temliklerden bahsetmektedir. Burada kazaî temlikten, yani mahkeme kararı ile temlikten bahis yoktur.¹⁰³ Bundan dolayıdır ki, maddenin tanzim şeklinin aksinden kazaî temliklerde, temlik edenin, teminat borcu altında olduğu neticesi çıkartılabilir.¹⁰⁴ Ancak, doktrin, haklı olarak aksini kabul etmiştir. Zira, kazaî temlikte, tıpkı kanunî temlikte olduğu gibi, temlik edenin iradesinin bir rolü yoktur. Nitekim BK. 164. maddesi bu iki temlik nev'ini beraber tanzim etmiştir. Bundan dolayıdır ki, kazaî temlikte, kanunî temlikte olduğu gibi tekeffül borcu yoktur.¹⁰⁵

¹⁰⁰Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 250; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 347; Tunçomağ K.: 1976, 1103; Feyzioğlu N.F.: 1977, 650-651.

¹⁰¹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 352; Uygur T.: 1990, 853; Feyzioğlu N.F.: 1977, 651; Arsebük E.: 1944, 1093-1094.

¹⁰²Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350.

¹⁰³ibidem

¹⁰⁴Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350.

¹⁰⁵ibidem

3- Temellük Edenle (ikinci alacaklı) - Borçlu Arasındaki Münasebet

Alacağın temlikinden doğan hükümlerin, bir üçüncü grubu temellük edenle borçlu arasındaki münasebetlere müteallik olanlardır. Burada, üzerinde durulması gerekli üç husus mevcuttur: Tediye talebinde ispat durumu, itiraz ve def'iler ve takas dermeyanı imkânı. Bunları ayrıca görelim:

A- Tediye talebinde ispat

Temellük eden, borçludan ödeme talebinde bulunurken, alacağı temellük etmiş olduğunu ispat etmelidir.¹⁰⁶ Bu ispat da, alacağı ihtiva eden vesikanın ibrazı ile olur. Buna, tatbikatta "temlikname" denir.¹⁰⁷

Eğer borçlu, temliknamenin altındaki imzanın sıhhatinden şüphe etmekte ise, temellük edenden bunu tevsikini talep edebilir.¹⁰⁸ Borçlu, ayrıca temellük edenden ödeme yapığında, hem temliknameyi hem de ödeme yapmış olduğuna dair bir makbuzun verilmesini isteyebilir.¹⁰⁹ Bu ispat ve teslim durumu BK.nun 87 ve 167. maddesine göre yapılır.

Temellük eden, sıfatını, yalnız ödeme talebinde bulunduğu zaman değil ve fakat, alacakla alakalı tek taraflı bir muamele yapmak durumunda olduğu zaman da ispat etmelidir.¹¹⁰ Meselâ, temellük eden takas dermeyanında veya fesih ihbarında bulunursa, bu tevsikin yapılması lâzımdır.

B- İtiraz ve def'iler

Borçlunun temellük edene karşı, itiraz ve defilerde bulunabileceği hususu BK. 167. maddesi hükmünden anlaşılabilir. Bu hükme göre:

"Borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu def'ileri temellük edene karşı da dermeyan edebilir"

Maddede, her ne kadar, yalnız "de'fi" tâbiri geçiyorsa da buraya teknik mânada "itirazı" da dahil etmelidir.¹¹¹ Bu itibarla, borçlunun temlik edene karşı ileri sürebileceği bütün müdafaaları, temellük edene karşı da ileri sürebileceğini kabul etmelidir.

Borçlunun def'i ve itirazlarından bahsederken, şuna dikkat etmelidir ki, alacağın temlik mücerret bir muameledir. Bu itibarla, borçlu, alacağın temlikine mesned teşkil

¹⁰⁶Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350; Feyzioğlu N.F.: 1977, 657; Arsebük E.: 1944, 1128.

¹⁰⁷Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350; Feyzioğlu N.F.: 1977, 657 mealen.

¹⁰⁸Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 350.

¹⁰⁹ibidem

¹¹⁰Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958,351.

¹¹¹Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 351; Feyzioğlu N.F.: 1977, 658; Arsebük E.: 1944, 1132-33; Uygur T.: 1990, 835-836; Tunçomağ K.: 1976, 1113; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Alttop: 353.

etmiş olan hukukî münasebete müteallik def'ileri, temellük edene karşı ileri süremez. Onun temellük edene karşı ileri sürebileceği def'iler, bizatihî alacağın temlik akdine müteallik olanlardır.¹¹² Bu itiraz ve def'iler şu şekilde tezahür edebilir:

Temlikte bulunan alacaklının medeni haklarını kullanma ehliyetini haiz olmaması, temlik akdinin irade fesadı ile bozulmuş olması, alacaklının temlik edilen alacakta tasarruf selâhiyetini haiz olmaması, temlik mümessil vasıtasıyla yapılmışsa mümessilin buna selâhiyettar bulunmadığı, alacağın kanunen veya işin mahiyeti bakımından veya akden temlik edilebilirliği bulunmadığı, alacağın ecele ve şarta bağlı bulunduğu ve bu ecelin gelmemiş veya şartın tahakkuk etmemiş olduğu hususunda itiraz ve defilerdir.¹¹³

Burada hususî olarak üzerinde durulması gereken bir mes'ele şudur: Eşlerden birisi, diğerindeki alacağını üçüncü şahsa devretmiş olursa, borçlu eşin eş hakkında icraya müracaat edilemeyeceği hakkındaki def'iler muteber olur mu? Bu husus ihtilâfıdır. Bir fikre göre, eş böyle bir temlik halinde MK. 165/T'e dayanarak, def'ide bulunabilir. Temyiz Mahkemesi bazı içtihatlarında bunu kabul etmiştir. Buna karşı, İsviçre'de daha kuvvetli bir cereyan, böyle bir def'in ileri sürülemeyeceği kanaatindedir. Temyiz Mahkemesi, İİD. 5.11.1962 tarih ve 10941/1189 sayılı içtihadı ile bu görüşü benimsemiştir. Bu temayülün istinad etmiş olduğu esas şudur: MK. 165/T'e göre, eşler arasındaki cibrî icra yaşığında, evlilik birliği içinde, bir eşin diğeri aleyhine zora başvurusunun bu birliği ihlâl edeceği endişesi yatar. Halbuki, üçüncü şahsın aynı yola gitmesi, eşin diğeri aleyhine takip yapması manasına gelmez ve bundan dolayı evlilik birliğinin sarsılacağı iddia edilemez.

Diğer taraftan, BK. 132/3 fıkrası hükmüne göre, evlilik bağı mevcut iken karı kocadan birinin diğerinde olan alacağı hakkında, müruruzaman cereyan etmez. Kanun bu hükümle, eşler arasında cibrî icraya başvurulmasının doğuracağı mahzurları bertaraf etmek istemiştir. Eğer, üçüncü şahsın takibini BK. 165/T'e göre durduracak olursak, onun hakkında müruruzaman cereyan edeceğine göre, temellük edilen alacak felce uğratılmış olur.

Kanaatimizce, bu fikirler arasında uygun olanı, eşin alacağını temellük eden kimse aleyhine, MK. 165/T'e göre diğer eşe müdafaa hakkı tanıyan fikirdir. Filhakika: MK. 165/T'in muhafaza etmiş olduğu evlilik birliğinin menfaati, eşlerden birinin takibi ile ihlâl edilebileceği gibi, bir eşten alacağı temellük eden kimsenin takibi ile de ihlâl edilebilir. Eşin, sırf 165/T'de mevcut memnuiyeti bertaraf etmek için, alacağını temlik etmesi uzak bir ihtimal değildir. Bu yola gidilmesi de, kanuna karşı hile teşkil eder.

Eşler arasında, müruruzaman cereyan etmeyeceği, buna karşı temellük eden bakımından böyle bir durumun bulunmadığı ileri sürülemez. Zira, eşten alacağı temellük eden üçüncü şahsın durumu, tıpkı eşin durumu gibidir. Bu itibarla, nasıl eşe karşı müruruzaman cereyan etmiyorsa, temellük eden kimseye karşı da cereyan etmeyeceği

¹¹²Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altop: 1985, 336; Uygur T.: 1990, 836; Tunçomağ K.: 1976, 1114; Arsebük E.: 1944, 1133; Feyzioğlu N.F.: 1977, 659; Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 351.

¹¹³Saymen F.H. Elbir H.K.: 1958, 351; Uygur T.: 1990, 836; Feyzioğlu N.F.: 1977, 658; Tunçomağ K.: 1977, 1113.

kabul edilebilir. Zaten, alacak bütün vasıfları ile temlik edenden temellük edene geçmiştir.

C- Takasın dermeyanı

Temellük edenle, borçlu arasındaki, temlikin hükümlerinden bahsederken son üzerinde durulması gereken bir husus da, borçlunun takası dermeyan edip edemeyeceği mes'elesidir. Takasın dermeyan edilebilmesi için, taraflar arasında ayniyet ve karşılıklılık olması gerekir.¹¹⁴ Temlikte, borçluya, ilk nazarda takas dermeyan hakkının verilemeyeceği ileri sürülebilir. Zira, borçlunun borcu ile temellük eden arasında bir alacak karşılığı yoktur.¹¹⁵ Ancak, kanun burada borçluyu himaye etmek için, bu karşılıklılık şartı olmamasına rağmen, borçlunun yine de takas dermeyan edebileceğini kabul etmiştir.¹¹⁶ Yeter ki, onun takas dermeyan etme hakkını veren alacağı temlikten evvel muacceliyet kespemiş olsun. Bu husus BK. 167'inci maddesinin 2. fıkrasında şöyle ifade edilmiştir:

"Borçlunun alacağı temlik eden zimmetinde temlike vâkıf olduğu zaman müeccel bir alacağı var idiyse bu alacağın temlik edilen alacaktan sonra muacceliyet iktisap etmiş olmaması şartıyla borç ile takas edilmesini talep edebilir."

¹¹⁴Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958, 352; Feyzioğlu N.F.: 1977, 659-660; Uygur T.: 1990, 836 mealen; Tunçomağ K.: 1976, 111.

¹¹⁵ibidem

¹¹⁶Saymen F.H. - Elbir H.K.: 1958,352; Uygur T.: 1990, 836; Tunçomağ K.: 1976, 1115-1116.