

ALACAĞI TEMLİK EDENİN
KANUNDAN DOĞAN
GARANTİ SORUMLULUĞUNUN
EKONOMİ HUKUKU
PRENSİPLERİ IŐIĐINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ*

Arő. Gör. Hüseyin Can AKSOY**

* Bu makale hakem incelemesinden geėmiőtir.

** Araştırma Gėrevlisi. Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

ÖZ

Alacağın temlik işlemi üçlü taraf ilişkilerinin bir türü olması nedeniyle çeşitli riskler ihtiva eder. Bu riskler karşısında kanun koyucunun önünde bir takım seçenekler mevcuttur. Bu çerçevede, emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralları sevk etmek suretiyle bu riski alacağı temlik eden ve temlik alan taraflar arasında paylaşırma yoluna gitmesi halinde kanun koyucu, her işlemin belirli bir maliyeti olduğunu dikkate alarak en verimli risk dağılımını sağlama amacı gütmelidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun kabul ettiği esastan ayrılarak, ivaz karşılığı yapılan alacağın temlikinde, temlik edenin garanti sorumluluğunun kapsamını genişletmiştir. İktisadi açıdan bakıldığında, "alacağı ivaz karşılığı temlik eden tarafın borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti ettiğini" öngören bu düzenleme, verimlilik sağlamadığı ve kıt kaynakların israfına yol açtığı için son derece isabetsizdir.

Anahtar Kelimeler: Alacağın temlik, garanti, sorumluluk, ekonomi hukuku, risk dağılımı



AN EVALUATION OF THE LEGAL WARRANTY LIABILITY OF THE ASSIGNOR UNDER THE PRINCIPLES OF LAW AND ECONOMICS

ABSTRACT

As a trilateral transaction, assignment of receivables involve several risks. Under such risks, the lawmaker has a number of options. Within this scope, if the lawmaker prefers to allocate such risks between the assignor and the assignee through mandatory or default rules, the lawmaker must aim to maintain the most efficient risk allocation, considering that each transaction has a cost. Turkish Law of Obligations No. 6098 has diverged from the principle accepted by the Code of Obligations No. 818 and enlarged the scope of the warranty liability of the assignor in assignment for consideration. From the economic perspective, such provision, which regulates that "the assignor in assignment for consideration warrants the debtor's ability to pay" is highly inappropriate, since it fails to maintain efficiency and causes waste of scarce resources.

Keywords: Assignment of receivables, warranty, liability, law and economics, allocation of risk

I. GİRİŞ

Alacığın temlik işlemi üçlü taraf ilişkilerinin bir türü olması nedeniyle çeşitli riskler ihtiva eder. Öncelikle, alacağı temlik alanın, alacağı temlik eden taraf ile borçlu arasındaki ilişki konusundaki bilgisi genellikle alacağı temlik edenin beyanları ile sınırlıdır. Bu çerçevede, alacağı temlik eden tarafından alacağı temlik alana bildirilmemekle birlikte, temlik edilen alacağın aslında doğmamış veya ileride doğmayacak olması ya da geçmişte doğmakla birlikte temlik anında sona ermiş olması ihtimalleri söz konusu olabilir. Benzer şekilde alacağı temlik alan taraf tahsil amacıyla çoğu kez hiç tanımadığı bir kimse olan borçlu ile muhatap olduğundan, doğmuş ve geçerli şekilde temlik edilmiş olsa dahi, bir alacağın borçlunun ödeme gücünden yoksun olması nedeniyle temlik alan tarafından tahsil edilememesi riski de bulunmaktadır.

Alacağın temlik işleminin ihtiva ettiği riskler karşısında kanun koyucunun önünde çeşitli seçenekler mevcuttur. İlk olarak, kanun koyucu emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralları sevk etmek suretiyle bu riski alacağı temlik eden ve temlik alan taraflar arasında paylaşırma yoluna gidebilir. Bu çerçevede, kanun koyucu alacağı temlik eden tarafa belirli hallerde garanti sorumluluğu yükleyerek riski söz konusu taraf üzerinde bırakabileceği gibi, riski temlik alana yüklemeyi de tercih edebilir. Benzer şekilde, kanun koyucunun risk paylaşımı konusunu düzenlemeyerek bu hususu doğrudan taraf anlaşmasına bırakması da söz konusu olabilir.

Alacağın temlik işleminin ihtiva ettiği risklere kimin hangi ölçüde katlanacağını belirlemesi bir hukuk politikası meselesidir. Ancak ister emredici, ister tamamlayıcı hukuk kuralları ile olsun, söz konusu risk paylaşımını yapan kanun koyucu, taraflar arasındaki işlemin amacını, özelliklerini ve söz konusu hukuki kuruma ilişkin menfaat dengelerini göz önünde bulundurmalıdır. Ayrıca, kanun koyucu, her işlemin belirli bir maliyeti olduğunu dikkate alarak en verimli risk dağılımını sağlama amacı gütmelidir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK"), 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ("BK") kabul ettiği esastan ayrılarak, ivaz karşılığı yapılan alacağın temlikinde, temlik edenin garanti sorumluluğunun kapsamını genişletmiştir. Bu çalışmada, alacağını ivaz karşılığı temlik eden tarafın sorumluluğunu genişleten TBK düzenlemesi incelenecek ve böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı meselesi iktisadi bir yaklaşımla ve özellikle risk dağılımı meselesi çerçevesinde irdelenecektir.

II. TEMLİK AMACINA GÖRE ALACAĞIN TEMLİKİNİN ÇEŞİTLERİ

Alacağın temlik kurumunun temel işlevi, alacağı temlik edenin üçüncü kişiden olan alacağının, alacağı temlik alan tarafça tahsil edilebilmesidir. Ancak bu kurum, temlik eden ve temlik alan tarafların iradeleri çerçevesinde çeşitli amaçlara hizmet edebilir. Bu bağlamda temlikin yapıma amacına göre alacağın temlikinin dört grupta sınıflandırılması mümkündür.

A. İfa Yerine Alacağın Temlik

İfa yerine alacağın temlikinde, alacağı temlik eden kişi, temlik alana karşı borçlu, ve fakat üçüncü bir kişiden alacaktır. Bu çerçevede temlik eden, temlik alana olan borcunun ifası için üçüncü kişiden olan alacağını temlik alana devretmektedir. Diğer bir deyişle, bu halde temlik eden, sözleşmeden doğan borcunu sözleşme konusu edimi yerine getirerek değil, temlik işleminin konusunu teşkil eden başka bir edimi yerine getirerek ifa etmiş olur. Bu halde önem taşıyan başlıca husus, temlik edenin temlik alana olan borcunun alacağın temlik anında sona ermesidir. Temlik eden ve temlik alan arasındaki temlik anlaşması nedeniyle bu ifa temlik edeni devir anında borcundan kurtarır.^[1]

B. İfa Uğruna (İfaya Yönelik/ İfa Amacıyla) Alacağın Temlik

İfa yerine alacağın temlik kurumuna benzer şekilde, ifa amacıyla alacağın temlik işlemi de temlik edenin temlik alana olan borcunun sözleşmede kararlaştırılardan farklı bir edimle sona erdirilmesini amaçlayan bir temlik çeşididir. Ancak ifa amacıyla alacağın temlikinde, temlik edenin temlik alana olan borcu temlik yapıldığı anda değil, devre konu alacağın tahsil edildiği anda ve ölçüde sona erer.^[2]

- [1] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. DAYINLARLI, Kemal: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik, Ankara 1993, s. 100; ENGİN, Baki İlkey: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 155; TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 263.
- [2] DAYINLARLI, s. 99; ENGİN, s. 155; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 264; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 426; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 952. İfa amacıyla alacağın temlikinde, temlik edenin borcu, alacağın temlik alan tarafından tahsil edilmesi ile sona ereceğinden, ifa amacıyla temlik edilen alacaklar BK m. 170 ve TBK m. 192 hükümleri altında özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, alacağını borcu ifaya yönelik olarak temlik eden alacaklı, borca mahsup edilecek miktarı belirlememişse, temlik alan, borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabilecek olduğu miktarı kendi alacağına mahsup etmek zorundadır. Bu hükmün amacı, ifa amacıyla bir alacağı temlik alan tarafın, söz konusu alacağın tahsili için belirli ölçüde çaba harcamasıdır.

Bu noktada belirtilmesi özel önem taşıyan bir husus, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça ifayı konu alan alacak temliklerinin ifaya yönelik temlik olduğudur. Diğer bir deyişle, bir alacak temlikinin ifa yerine geçtiğinin kabul edilmesi için bu hususun taraflarca özel olarak kararlaştırılmış olması gereklidir.^[3]

C. Teminat Amacıyla Alacağın Temliki

Alacağın temlikinin türlerinden bir diğeri teminat amacıyla temliktir. Bu halde temlik alana borçlu olan temlik eden, söz konusu borcun teminatı olmak üzere üçüncü bir kişiden olan alacağını temlik alana devreder. Bu çerçevede, temlik alan, borç temlik edilece vadesinde ödendiğinde teminat konusu alacağı temlik edene iade etmeyi kabul eder.^[4] Ancak söz konusu borcun ifa edilmemesi halinde, temlik alan teminat konusu alacağı tahsil ederek temlik edenden olan alacağını elde eder.^[5]

D. Tahsil Amacıyla Alacağın Temliki

Alacağın temlikin son türü tahsil amacıyla yapılan temliktir. Bu halde temlik eden, üçüncü kişiden olan alacağını temlik alana yalnızca tahsil işlemlerini gerçekleştirmesi amacıyla devreder. Bu çerçevede, temlik eden taraf, tahsil edilecek alacağa mahsup edilmek üzere temlik alandan peşin olarak bir miktar para alabileceği gibi, taraflar temlike esas sözleşmede, alacağın temlik alanca tahsilinin ardından temlik edene iade edilmesi konusunda da anlaşabilirler.^[6]

III. TÜRK HUKUKUNDA ALACAĞI TEMLİK EDENİN GARANTİ SORUMLULUĞU

Türk Hukukunda alacağı temlik edenin garanti sorumluluğu ve bu sorumluluğun kapsamı meseleleri, hali hazırda yürürlükte olan BK'nın 169-171. maddeleri arasında ve BK'yı yürürlükten kaldırarak 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TBK'nın 191-193. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Temlik edenin garanti sorumluluğu bakımından her iki kanunun da temelinde yatan esaslı ayırım alacağın temliki işleminin BK'nın tabiri ile "*ivaz mukabilinde*", TBK'nın tabiri ile ise "*edim karşılığında*" yapıp yapılmadığı esasına

Böylelikle, temlik alanın, alacağı üçüncü kişiden tahsil etmeye teşebbüs etmeksizin temlik edene başvurması engellenmek istenmiştir. DAYINLARLI, s. 99.

[3] Yargıtay 11. HD., 1986/3842 E., 1986/4212 K., 4.7.1986 T.

[4] DAYINLARLI, s. 97.

[5] ENGİN, s. 155.

[6] DAYINLARLI, s. 95.

dayanmaktadır. Bu nedenle söz konusu ayırımın anlamı ve amacı üzerinde durulması gerekmektedir.

A. Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu Bakımından İvazlı Temlik – İvazsız Temlik Ayırımı

Alacağı temlik edenin kanundan doğan bir garanti sorumluluğu bulunup bulunmadığını belirleyen başlıca ölçüt, söz konusu temlikin ivaz karşılığında yapıp yapılmadığıdır. Zira temlik edenin garanti sorumluluğu, yalnızca devir karşılığında temlik alandan herhangi bir karşılık aldığı durumlarda gündeme gelmektedir. Buna karşılık, herhangi bir ivaz almaksızın alacağını temlik eden taraf, söz konusu alacağın var olmaması ya da borçlunun ödeme gücünden yoksun olması nedeniyle herhangi bir sorumluluk altına girmemektedir. Bununla birlikte, hem yürürlükte bulunan BK hükümleri, hem de yeni TBK düzenlemesi, alacağın kanun gereğince başkasına geçtiği hallerde, ivazlı-ivazsız temlik ayırımı yapılmaksızın, temlik edenin ne alacağın varlığından ne de borçlunun ödeme gücünden sorumlu olduğu esasını kabul etmiştir.^[7]

B. Alacağı İvaz Karşılığı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Kapsamı

1. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Alacağı İvaz Karşılığı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Kapsamı

BK'nın 169. maddesine göre, ivaz karşılığı yapılan alacağın temlikinde, temlik eden yalnızca alacağın temlik anındaki varlığından sorumludur. Ancak ayrıca taahhüt etmedikçe temlik eden borçlunun ödeme acizinden sorumlu değildir.

Alacağı temlik edenin garanti sorumluluğunun kapsamı BK m. 171'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre garanti ile yükümlü olan temlik edenin sorumluluğu aşağıdaki unsurlardan oluşmaktadır:

- Temlik alanın ifa ettiği ivazın değeri ve faizi;
- Alacağın temlikinin sebep olduğu masraflar; ve

[7] Söz konusu ayırım, sorumluluğun kapsamı bakımından BK'da genel olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, satım ve trampa akitlerinde borçlunun kural olarak hafif kusurundan dahi sorumluluğu söz konusuyken ve ayrıca borca aykırılıktan doğan sorumluluk yanında kusurdan bağımsız olarak zapta karşı tekeffül esasları benimsenmişken, başışlamada borçlunun yalnızca ağır kusurundan sorumlu tutulması ve kural olarak ayrıca bir tekeffül sorumluluğu altında olmaması, ilk iki sözleşmenin ivazlı, sonuncusunun ise ivazsız olmasından kaynaklanmaktadır. ENGİN s. 94.

- Alacağın tahsili amacıyla temlik alanın borçluya karşı yaptığı ve sonuçsuz kalan takip nedeniyle yapılan masraflar.^[8]

Alacağı temlik edenin garanti sorumluluğunun sınırlandırılmış olmasının altında iki temel neden yatmaktadır. Bunlardan ilki, alacak ticaretine duyulan tarihsel kaygıdan ileri gelmektedir. Alacak satışı çoğu zaman temlik edenin maddi sıkıntı içine düştüğü hallerde ve alacağın gerçek değerinin altında satılması sonucunda yapılmaktadır.^[9] Bu nedenle, alacağı temlik edenin garanti sorumluluğunun temlik alandan almış olduğu bu düşük bedelle sınırlandırılması son derece uygundur. Aksi halde, temlike konu alacağı tahsil edemeyen temlik alan, temlik eden taraftan alacağı temlik almak için ödediği düşük bedeli değil, alacağın daha yüksek olan gerçek değerini talep edebilecektir.^[10] İkinci olarak kanun koyucu satım akdindeki zapta ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinde olduğu gibi temlik edenin kusursuz tekeffül (garanti) sorumluluğunu da dolaysız zararlarla sınırlandırmak istemiştir.^[11]

Son olarak, yukarıda da belirtildiği üzere^[12] BK m. 170 uyarınca, ifaya yönelik yapılan alacağın temlikinde, temlik eden taraf borca mahsup edilecek miktarı belirlememişse, temlik alan, ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabilecek olduğu miktarı kendi alacağına mahsup edecektir.

[8] İhtiva ettiği unsurlardan da görüldüğü üzere, alacağı ivaz karşılığında temlik eden taraf herhangi bir teminat yükümlülüğü altına girmemektedir. Zira teminattan farklı olarak söz konusu sorumluluk nedeniyle alacağı temlik eden, temlik alana borçlu tarafından yapılmayan ödemeyi yapma değil, söz konusu ödemenin yapılmaması nedeniyle temlik alanın uğrayacağı zararları –kanundaki sınırlar ölçüsünde- tazmin etme yükümlülüğü altına girmektedir. DAYINLARLI, s. 23. Doktrinde bir grup yazar BK m. 171 hükmünde sayılan kalemlerin menfi zarara tekabül ettiğini ifade etmektedir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 263; REİSOĞLU, s. 425; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, İstanbul 1976, s. 1100. Krş. görüş için bkz. ERGÜNE, s. 68. Temlik edenin, menfi zararın yalnızca bir kısmından sorumlu tutulduğu görüşünde bkz. ENGİN, s. 150, dipnot 11.

[9] ENGİN, s. 147-148.

[10] Temlik edene para dışında bir edim kazandırılmış ise bunun aynen iadesi gerçekleştirilecek, aynen iade mümkün değil ise bunun karşı taraf kazandırıldığı andaki değeri faizi ile birlikte karşılanacaktır. ENGİN, s. 151.

[11] ENGİN, s. 148; ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 69. Özellikle TBK m. 193 hükmü uyarınca BK'dan farklı olarak “Devreden kusursuzluğumu ispat etmedikçe [devralanın] uğradığı diğer zararlarımı” da talep edilecek olması neticesinde, söz konusu hükmün kapsamı zapta karşı tekeffül hükmünün kapsamı ile büyük ölçüde örtüşmüştür.

[12] Bkz. dipnot 2.

2. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Alacağı İvaz Karşılığı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Kapsamı

TBK, alacağın bir edim karşılığında temlik edilmesi halinde temlik edenin sorumluluğuna ilişkin yeni bir esas kabul etmiştir. TBK m. 191'de benimsenen bu esasa göre, bir edim karşılığı devredilen alacaklarda, temlik eden devir sırasında alacağın varlığını garanti ettiği gibi ayrıca borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu da garanti etmiş olur.

TBK'nın BK'dan ayrıldığı bir diğer husus da ivaz karşılığında alacağını temlik edenin sorumluluğunun kapsamına ilişkindir. Zira TBK m. 193 hükmüne göre, BK'da sayılan üç kaleme ilaveten, "Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe [devralanın] uğradığı diğer zararlarını" da tazmin etmekle yükümlüdür.^[13]

IV. ALACAĞI TEMLİK EDENİN GARANTİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Görüldüğü üzere, hem mevcut BK, hem de 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TBK hükümleri uyarınca, alacağı temlik eden taraf devir konusu alacağın varlığını garanti etmektedir. Ancak BK'da yer alan düzenlemenin aksine, TBK'da, alacağı ivaz karşılığında temlik edenin, borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu da garanti ettiği kabul edilmektedir. Bu çerçevede alacağın varlığından sorumluluk ve ödeme gücünden sorumluluk ayırımına kısaca değinmek gerekmektedir.

A. Alacağın Temlikinde Alacağın Varlığından Sorumluluk ve Ödeme Gücünden Sorumluluk Ayrımı

Alacağı temlik edenin garanti sorumluluğunun temelinde yatan düşünce, cismani varlığı olmayan bir alacağı temlik alan tarafın korunması ihtiyacıdır.^[14] Gerçekten de temlike konu olacak cismani bir varlıktan yoksun olduğundan, temlik alan çoğu zaman o alacağın varlığına ve niteliklerine ilişkin olarak temlik edenin beyanlarına dayanmak zorundadır. Gerçekten de temlik alan, satım akdinde olduğu gibi satım konusu şeyi kontrol etme imkânına sahip değildir.^[15]

[13] BK m. 170'e karşılık gelen ve ifaya yönelik yapılan alacağın temlikinde temlik alanın temlik edenden olan alacağına mahsup edebileceği miktarın tespitine ilişkin ilke, TBK m. 192'de aynen korunmuştur.

[14] Bununla birlikte, kanun koyucu alacağı temlik edeni de korumak amacıyla söz konusu sorumluluğun kapsamını sınırlandırmıştır.

[15] ENGİN, s. 56; DAYINLARLI, s. 172.

Bu nedenle kanun koyucu alacağın ivaz karşılığı temlik edildiği hallerde temlik edene kusurlu olup olmadığından bağımsız bir garanti sorumluluğu yüklemiştir.

Alacağın varlığından sorumluluk ilk olarak alacağın doğmuş veya ileride doğacak olduğunu ve temlik zamanında sona ermemiş olduğunu ifade eder. Zira, temlik konusu alacağın temlik anında temlik edenin malvarlığında olmaması hali kadar, temlik edenin malvarlığında mevcut olan bir alacağın borçlunun savunma olanaklarına maruz olması da mümkündür. Örneğin, borçlunun alacağı temlik alan tarafa karşı zamanaşımı def'inde bulunması ya da temlik edene karşı sahip olduğunu ödemezlik def'ini alacağı temlik alana karşı ileri sürmesi ve ifadan kaçınması, alacağın doğduğu sözleşmeyi irade sakatlığı nedeniyle iptal etmesi veya sözleşmeden dönmesi hallerinde de temlik alan taraf alacağı tahsil edememektedir.^[16] Bu çerçevede alacağın varlığından sorumlu olan temlik eden, örneğin alacağın mevcut olmadığını veya borçlunun def'ilerine maruz olduğunu bilmesede dahi sorumludur.^[17]

Alacağı temlik edenin, borçlunun ödeme gücünden yoksunluğundan sorumlu olup olmayacağı, alacağın varlığına ilişkin sorumluluktan başka bir meseledir. Zira bu halde mevcut bir alacağın, usulüne uygun şekilde devredilmiş olmasına rağmen tahsil edilememesi söz konusudur. Bu çerçevede ya ödeme gücüne sahip olan borçlu alacak konusunu ödememek konusunda direnmekte ya da ödeme gücünden yoksun olduğu için ödeyememektedir. Bu hallerden ilkinde alacağı temlik edenin garanti sorumluluğu doğmayacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere alacağı temlik alan taraf, kanun hükmü uyarınca, söz konusu alacağın tahsili için gerekli çabayı harcama görevi altındadır. Eğer temlik alan alacağın tahsili için her türlü hukuki yola başvurmuş ve buna rağmen alacağı tahsil edememiş ise bu noktada borçlunun ödeme gücünden yoksun olduğu kabul edilecek ve alacağı temlik edenin garanti sorumluluğuna gidilebilecektir.

B. Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Risk Dağılımı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İktisadi açıdan bakıldığında, alacağı temlik edenin garanti sorumluluğu bakımından, alacağın varlığı ve borçlunun ödeme gücüne ilişkin olmak üzere ikili bir ayırım yapılmasının nedeni, temlik edilen alacağın elde edilememesinden doğan riskin dağılımı meselesi ile yakından ilişkilidir.

İvazlı veya ivazsız şekilde devredilen bir alacağın ya mevcut olmadığı için ya da sırf borçlunun ödeme gücünden yoksun olması nedeniyle tahsil edilememesi

[16] Engin'e göre bu hallerde de alacağın varlığına ilişkin bir eksiklik olduğu kabul edilmelidir. ENGİN, s. 108-109.

[17] ENGİN, s. 69. Bu sorumluluk borçluya bildirimde bulunulmasına kadar devam eder. DAYINLARLI, s. 177.

ihtimali, temlike konu her alacak bakımından söz konusu olan bir risktir. Bu çerçevede, temlike konu alacağın tahsil edilememesi riskini kimin üstleneceği meselesi özellikle ivaz karşılığı yapılan temliklerde büyük öneme sahiptir.^[18] Zira riskin kime yükleneceğine göre, kıt sayıdaki ekonomik kaynakların bireyler arasında değişimi sağlanacaktır.^[19]

Temlik edilen alacağın elde edilememesi riskine kimin katlanacağı meselesinin önemini dikkate alan kanun koyucu, bu konuya ilişkin olarak alacağı temlik eden ve temlik alan taraflar arasında yukarıda bahsedildiği şekilde bir risk dağılımı yapmıştır. Bu çerçevede alacağı temlik eden tarafın kanunda belirtilen hallerde garanti sorumluluğu altında olduğu kabul edilmiştir. Ancak alacağı temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin olarak kanunda yer alan hükümler düzenleyici niteliktedir.^[20] Diğer bir deyişle, taraflar, emredici nitelikte olmayan bu hükümlerin aksine düzenleme yaparak kanunun belirli bir tarafa yüklediği riski diğer tarafa geçirebilmektedirler. O halde, aksine taraflarca düzenleme yapılabilmekte ise BTK ile getirilen ve borçlunun ödeme gücünü konu alan garanti sorumluluğu düzenlemesinin herhangi bir sakıncası olabilir mi?

Kanun koyucunun düzenleyici hükümler getirmek suretiyle yapmış olduğu risk dağılımı iki nedenle önemlidir. İlk olarak taraflar kimi hallerde hukuki bilgi yoksunluğu nedeniyle kanunda yer alan düzenlemenin aksine düzenleme yapmaz ve hukuki ilişkilerinin kaderini kanun hükümlerine bırakırlar.^[21] İkinci olarak, iktisadi açıdan değerlendirildiğinde her işlemin belirli bir maliyeti vardır. Bu çerçevede, hukuki masraflar, müzakere masrafları, sözleşmenin hazırlanması ve basımına ilişkin masraflar, beklenmedik haller ile bunların ortaya çıkma ihtimalleri ve etkilerine ilişkin araştırma masrafları ve beklenmedik hallerin

[18] Alacağı temlik edenin davranışının haksız fiil teşkil etmesi halinde temlik alan taraf haksız fiil hükümleri uyarınca zararının tazminini talep edebilmelidir. Ancak bu halde tazminat isteminin dayanağı kanunun alacağın temlikine ve temlik edenin garanti sorumluluğuna ilişkin hükümleri olmayacaktır. Zira devraldığı alacağın tahsil edilememesi riskini üstlenmiş bir kimsenin, temlik edenin haksız fiil niteliğindeki, örneğin hileli davranışlarının riskini de üstlenmeyi kabul ettiği söylenemez.

[19] İnsanların istek ve ihtiyaçlarının sonsuzluğuna rağmen, doğadaki hiçbir kaynak sonsuz değildir. Bu nedenle, farklı yöntem ve amaçlar doğrultusunda kullanılabilirleri mümkün olan kıt ekonomik kaynakların en verimli şekilde kullanılmaları gereklidir. Bu konuda bkz. BARNETT, H.J./ MORSE, C.: Scarcity and growth : the economics of natural resource availability, Washington 1963; COHN, Jessica: What is Scarcity of Resources?, New York 1998; ADIL, Janeen R.: Scarcity, Minnesota 1996.

[20] DAYINLARLI, s. 174-175; ENGİN, s. 69-70.

[21] AYRES, Ian/ GERTNER, Robert: Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, Yale Law Journal, C. 99, S. 1, 1989, s. 93. Bireylerin tamamlayıcı hukuk kurallarını hali hazırda var olan/mevcut durumun (statükonun) parçası kabul ettikleri ve bu nedenle bunları diğer potansiyel seçeneklere tercih ettikleri yönünde bkz. KOROBKIN, Russell: The Status Quo Bias and Contract Default Rules, Cornell Law Review, C. 83, S. 3, 1998, s. 612.

ortaya çıkması durumunda yapılacak mahkeme masrafları işlem maliyetinin başlıca kalemleri olarak sayılabilir.^[22] Bu açıdan bakıldığında risk dağılımına ilişkin müzakerelerde bulunmanın ve sözleşme akdetmenin de bir maliyeti bulunmaktadır. Hatta kimi zaman bu maliyet edimin değeri karşısında o kadar yüksektir ki, bu maliyetten kaçınan taraflar çeşitli riskleri dağıtmamayı bilinçli şekilde tercih edebilmektedirler.^[23] Örneğin, 200 TL değerindeki bir alacağın temlik işlemini gerçekleştirecek taraflar, risk dağılımına ilişkin bir anlaşma yapmak için avukat ücreti ödemek ve kanunun tamamlayıcı hükümlerinin yerine geçecek sözleşme hükümlerini müzakere etmek için zaman ve para harcamak istemeyeceklerdir.

Açıklanan nedenlerden ötürü tamamlayıcı hukuk kurallarının önemi son derece yüksektir. Zira, ne nedenle olursa olsun taraflarca aksine düzenleme yapılmayan hallerde, taraflar arasındaki hukuki ilişki tamamlayıcı hukuk kurallarına tabi olacaktır. O halde tamamlayıcı hukuk kuralları ne amaçlamalıdır? İktisadi açıdan bu sorunun yanıtı nettir: tamamlayıcı hukuk kuralları taraflar arasında uygun bir menfaat dengesi kurmalı, bunu yaparken de kıt kaynakların en verimli şekilde kullanılmasına ve işlem maliyetinin azaltılmasına yönelerek refah artışı sağlamalıdır.^[24] Risk dağılımı yapan tamamlayıcı hukuk kurallarına ilişkin olarak “*en verimli*” risk dağılımının ne olduğunu tespit ederken unutulmaması gereken husus ise şudur: İşlem maliyetinin dikkate alınmaması halinde, sözleşme tarafları kendi aralarında gerçekleştirecekleri müzakereler sonucunda en verimli risk dağılımını sağlayacaklardır.^[25] Bu nedenle tamamlayıcı hukuk kuralları da işlem maliyeti sıfır olsaydı, taraflar riski kendi aralarında nasıl paylaşacaklardıysa o şekilde bir risk paylaşımı yapmalıdır.^[26] Gerçekten de, kanunun risk dağılımını bu şekilde yapması halinde, taraflar kanun hükümler-

[22] AYRES/GERTNER, s. 93.

[23] AKSOY, Hüseyin Can/ SCHÄFER, Hans-Bernd: Economic impossibility in Turkish contract law from the perspective of law and economics, *European Journal of Law and Economics*, Online First, 8 Temmuz 2010, erişim için bkz. “<http://www.springerlink.com/content/9b634867412818b5f>”, s. 9; GILLETTE, Clayton P.: Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks, *Journal of Legal Studies*, C. 19, S. 2, 1990, s. 542; AYRES/GERTNER, s. 92.

[24] KOROBKIN, s. 611; COASE, s. 18; SCHÄFER, Hans-Bernd: Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries, *Supreme Court Economic Review*, C. 14, S. 1, 2006, s. 114; KOSTRITSKY, Juliet P.: When Should Contract Law Supply A Liability Rule Or Term?: Framing a Principle of Unification for Contracts, *Arizona State Law Journal*, C. 32, S. 4, 2000, s. 1286.

[25] COASE, Ronald: The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, C. 3, S. 1, 1960, s. 15.

[26] KOROBKIN, s. 614; BAIRD, Douglas G./ JACKSON, Thomas H.: Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain, *Vanderbilt Law Review*, C. 38, S. 4, 1985, s. 835-836.

rinden farklı bir risk dağılımı yapma ihtiyacı duymayacaklar ve işlem maliyeti gerçekleşmeyecektir.^[27] Söz konusu maliyetin gerçekleşmemesi neticesinde muhafaza edilen kaynaklar ise tarafların mamelekinde kalacaktır.^[28]

Yukarıda bahsedilen esastan yola çıkarak cevaplanması gereken son sorudur: Taraflar işlem maliyetinin sıfır olduğu hallerde risk dağılımını ne şekilde gerçekleştireceklerdir? Bu soruyu yanıtlarken de iktisadi bir yaklaşımdan faydalanmak mümkündür. Buna göre, işlem maliyetinin sıfır olduğu hallerde, tarafların tercihi söz konusu riski en düşük maliyetle önleyebilecek tarafa yüklemekten yana olmaktadır. Diğer bir deyişle, sözleşme konusuna ilişkin risk, bu riskten doğacak zararı çeşitli önlemler vasıtasıyla azaltılabilecek olan veya riski en ucuz şekilde sigorta ettirebilecek olan tarafa geçirilmektedir.^[29] Bu şekilde hem riskin ortadan kaldırılması kolaylaşmakta, hem de riskin ortadan kaldırılmasına ilişkin maliyet azaltılmaktadır.^[30] Bir hukuki ilişkiden doğan riskin düşük veya kolayca ortadan kaldırılabilir olması ise tarafları o hukuki ilişkiye girmeye teşvik edecek başlıca unsurlardandır.

1. İvazsız Temlik-İvazlı Temlik Ayrımı Çerçevesinde Risk Dağılımı ve Garanti Sorumluluğu

İvazsız temliklerde alacağı temlik eden tarafa herhangi bir garanti sorumluluğu yüklenmemesi iktisadi açıdan son derece isabetlidir. Zira bu halde alacağı temlik alan taraf, söz konusu temlik karşılığında herhangi bir edim gerçekleştirmemektedir. Bu nedenle de ister alacak var olmadığı için ister borçlu ödeme gücünden yoksun olduğu için alacağı tahsil edemeyen temlik alan, alacağı temlik eden tarafa yönelememelidir. Aslında bu halde taraflar arasında dağıtılması gereken bir risk bulunmadığı dahi söylenebilir. Zira alacağı ivazsız olarak temlik eden taraf, o alaktan beklentisinden temlik alan taraf lehine vazgeçmiştir. Temlik işlemi karşılığında herhangi bir fedakârlıkta bulunması gerekmeyen temlik alan tarafın ise temlik konusu alacak bakımından riske attığı herhangi bir değer yoktur.

[27] POSNER, Richard A./ ROSENFELD, Andrew M.: Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, Journal of Legal Studies, C. 6, S. 1, 1977, s. 88; bkz. TRIMARCHI, Pietro: Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis, International Review of Law and Economics, C. 11, S. 1, 1991, s. 72; GILLETTE, s. 541; AYRES/GERTNER, s. 93.

[28] AKSOY/SCHÄFER, s. 9.

[29] AKSOY/SCHÄFER, s. 9; CALABRESI, Guido: The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis, New Haven 1970, s. 77; POSNER/ROSENFELD, s. 90; CLARKE, Leo L.: Performance Risk, Form Contracts and UCITA, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, C. 7, S. 1, 2001, s. 66.

[30] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKSOY/SCHÄFER, s. 9.

İvazlı temliklerde durum oldukça farklıdır. Alacağın ivaz karşılığında devredildiği hallerde alacağı temlik eden taraf, bu devir işlemi için bir karşı değer elde etmektedir. Bu durum alacağı temlik alan taraf açısından değerlendirildiğinde, henüz tahsil etmediği bir alacak için belirli bir karşılık verme fedakârlığında bulunan temlik alanın bu davranışının risk teşkil ettiği kabul edilmelidir. İktisadi bir yaklaşımla, kanun koyucunun, alacağın temliki işleminin taraflarını işlem masraflarından kurtarmak amacıyla bu riskin dağıtılmasına yönelik tamamlayıcı hukuk kuralları kabul etmesi gerektiği kesindir. Aksi halde, ya taraflarca bu konunun düzenlenmesi için gereksiz şekilde işlem masrafı gerçekleştirilecek, ya da taraflarca konunun düzenlenmemesi halinde ortaya çıkabilecek ihtilafların ne şekilde çözümleneceği son derece belirsiz olacaktır. O halde, kanun koyucu ivaz karşılığında temlik edilen alacağın elde edilememesi riskini kime yüklemelidir? Bu açıdan alacağın var olmaması riski ile borçlunun ödeme gücünden yoksun olması risklerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. İvazlı Temliklerde Alacağın Var Olmaması Riskine İlişkin Garanti Sorumluluğu

Yukarıda belirtildiği üzere tamamlayıcı hukuk kuralları risk dağılımı gerçekleştirirken söz konusu riski en ucuz şekilde kimin bertaraf edebileceğini göz önünde tutmalıdır. Bu çerçevede, bir alacağın var olup olmadığını veya zaman içerisinde ortadan kalkıp kalkmadığını bilebilecek yegâne taraf, o alacağı doğuran borç ilişkisinin taraflarıdır. Temlik konusu alacağın var olmadığı hususunu alacağı temlik alanın araştırması oldukça masraflı, kimi hallerde ise imkânsızdır. Bu konuda en ucuz ve kolay şekilde bilgi sahibi olabilecek taraf alacağı temlik eden olduğundan, temlik edenin, alacağın var olmamasından sorumlu olması son derece isabetli bir tercihtir. Zira işlem masrafının sıfır olması halinde, taraflar da bu riski alacağı temlik eden tarafa yüklemeyi tercih edeceklerdir.

Alacağı temlik eden tarafın alacağın var olmamasından sorumlu olması kuralı, söz konusu işlem bakımından tarafların hukuka duydukları güveni de arttırmaktadır. Zira, alacağı temlik eden taraf alacağın var olduğunu en kolay ve ucuz şekilde bilebilecek durumdadır. Alacağı temlik alan taraf ise temlik işlemini gerçekleştirirken alacağın varlığı konusunda hiçbir masraf yapması gerekmeksizin, yalnızca kanundan kaynaklanan garanti sorumluluğuna güvenebilmektedir. Bu da tarafları alacağın temliki işlemini gerçekleştirmeye teşvik etmektedir. Oysa ki alacağı temlik alan tarafın kontrolü dışındaki bu hususta, alacağı temlik edenin bir garanti sorumluluğu bulunmaması halinde birçok kişi alacağın temliki işlemini gerçekleştirmekten çekinecek ve alacağın temliki kurumu işlevini kaybedecektir. Netice itibarıyla hangi amaçla temlik edilmiş olursa olsun, iktisadi açıdan bakıldığında, kanunda temlik edilmiş bir alacağın

varlığına ilişkin sorumluluğun öngörülmüş olması, tarafları bu konuda işlem masrafı yapmaktan kurtardığı için son derece gerekli ve faydalıdır.

3. İvazlı Temliklerde Borçlunun Ödeme Gücünden Yoksun Olması Riskine İlişkin Garanti Sorumluluğu

İktisadi açıdan bakıldığında, bir alacak ivaz karşılığında temlik edilmiş olsa dahi, alacağı temlik eden tarafın borçlunun ödeme kabiliyetinden sorumlu olacağına dair kanuni bir garanti sorumluluğu kabul edilmesine ihtiyaç yoktur. Hatta tamamlayıcı hukuk kuralları ile kabul edilse dahi, bu tür bir kural iktisadi açıdan oldukça isabetsizdir.

Huber'e göre, bir alacağın, ivaz karşılığında temlik edilmesi durumunda, konusu alacak olan bir satım sözleşmesi gerçekleştirilmektedir. Yazar tarafından da isabetli şekilde ifade edildiği üzere, alacağı temlik edenin borçlunun ödeme gücünden sorumlu tutulmamasının nedeni, alıcının, satım konusu şeyin (ivaz ödeyerek devraldığı alacağın) taşıdığı iktisadi tehlikeleri (riskleri) üstlenmiş olmasıdır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde borçlunun ödeme gücünden yoksun olması da iktisadi bir tehlike (risk) niteliğindedir. Bu nedenle, satım akdinde taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alındığında, borçlunun ödeme gücünden sorumsuzluğunun kabul edilmesi gerektiği, zira bunun satım sözleşmesindeki menfaatler dengesine daha uygun olacağı görülecektir.^[31] Aksi görüşteki bir grup yazar ise alacağı temlik edenin borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu olması ile eşya satıcısının ayıptan ötürü sorumluluğu arasında benzerlik kurmaktadır. Bu kişiler, borçlunun ödeme güçsüzlüğünü tıpkı satım konusu şeydeki bir maddi ayıp gibi değerlendirmektedirler. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Satım konusu şeyin ayıplı olması, çoğu kez satıcının kontrolü ve bilgisi dâhilinde bir husustur. Buna karşılık borçlunun ödeme gücüne sahip olup olmaması alacağı temlik edenin kontrolü ve bilgisi dışında bir olgudur. Zira borçlunun ödeme gücüne sahip olup olmadığı alacağın temliki işleminin tarafları dışındaki bir üçüncü kişi ile ilgili bir mesele olup alacağına ilişkin bir özellik değildir.^[32] Kaldı ki bir gün ödeme gücüne sahip olan borçlu, ertesi gün alacağı temlik edenin bilgisi olmaksızın ödeme gücünü kaybedebilir. Alacağı temlik eden tarafın bu riski önleyebilmesi veya azaltabilmesi de mümkün değildir.

[31] HUBER, §437 N. 5, yer aldığı kitap: SOERGEL, Hans Theodor: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu herausgegeben von W. Siebert, Band 3: Schuldrecht II (§§ 433-515), Wissenschaftliche Redaktion: Hans-Joachim Mertens, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1991, nakleden: ENGİN, s. 125.

[32] ENGİN, s. 125.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, alacağı temlik eden tarafın kontrolü dışındaki bir husus nedeniyle kanuni garanti sorumluluğu altına sokulması son derece isabetsizdir. Buna karşılık TBK'da alacağı temlik edenin borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti edeceği düzenlenmiştir. Bu tür bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı meselesi temlik amacına göre alacağın temlik çeşitleri bakımından aşağıda detaylı biçimde incelenecektir:

a. İfa Yerine Alacağın Temlikinde Borçlunun Ödeme Gücünden Yoksun Olması

İktisadi açıdan bakıldığında, ifa yerine alacağın temlik halinde alacağı temlik edene borçlunun ödeme gücüne ilişkin kanuni bir garanti sorumluluğu yüklenmesi isabetsizdir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere bir temlik ifa yerine mi yoksa ifa uğruna mı yapıldığı sözleşmeden anlaşılabilir ise söz konusu temlik ifa uğruna temlik olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, alacak temlikinin ifa yerine geçerek, taraflar arasındaki asıl borç ilişkisini ifa anında sona erdirmesi, yalnızca taraflarca özel olarak tercih edilebilen bir durumdur. Bu halde alacağı temlik alan taraf, özellikle ve açık şekilde temlik ifa yerine yapıldığını kabul etmiş ise, temlik alanın borçlu tarafından kendisine ödeme yapılamaması riskini sözleşme serbestisi çerçevesinde üstlendiği kabul edilmelidir. Buna rağmen kanundan doğan bir garanti sorumluluğu getirilmesi halinde, kanun, alacağı temlik edenin lüzumundan fazla korunmuş olacaktır. Kaldı ki, ifa yerine temlikler bakımından alacağı temlik edene kanuni bir garanti sorumluluğu yüklenmesi, taraflar arasındaki işlemin niteliğine ve taraf iradelerine de aykırıdır. Bu nedenle, ifa yerine alacağın temlik hallerinde, temlik eden tarafın temlik alana olan borcunun, alacağın temlik anında sona erdiği kabul edilmeli ve temlik edilen alacağın tahsil edilememesi riskine, sözleşme serbestisinin bir gereği olarak temlik alan taraf katlanmalıdır.

b. İfa Uğruna ve Teminat Amacıyla Alacağın Temliklerinde Borçlunun Ödeme Gücünden Yoksun Olması

Alacağın ifa uğruna ve teminat amacıyla temlik edildiği hallerde, alacağı temlik edene borçlunun ödeme gücüne ilişkin kanuni bir garanti sorumluluğu yüklenmesine ihtiyaç yoktur. Zira her iki halde de, temlik edilen alacak elde edilemese dahi, alacağı temlik edenle temlik alan arasındaki esas borç ilişkisi devam etmektedir. Alacağı temlik alan taraf, gerekli çabayı göstermiş olmasına rağmen, temlik edilen alacak mevcut olmadığı veya borçlu ödeme gücünden yoksun olduğu için alacağı elde edemez ise, uğruna alacak temlik edilmiş olan esas borcun takibine girişebilecektir.^[33] Bu nedenle alacağın ifa uğruna veya

[33] ENGİN, s. 156.

teminat amacıyla temlik edildiği hallerde ortada taraflardan birisine yüklenmesi gereken bir risk bulunmamaktadır. Kaldı ki her iki halde de, temlikin ivaz karşılığında yapıldığını söylemek dahi zordur.^[34] Gerçekten de bu işlemler sonucunda, alacağı temlik alanın mamelekinde alacağın temlik işlemi nedeniyle bir eksilme olmadığı gibi, aksine alacağı temlik alan taraf bir de alacak hakkı elde etmektedir. Bu nedenle, her iki halde de alacağı temlik edene borçlunun ödeme gücüne ilişkin kanunu bir garanti sorumluluğu yüklenmesi isabetsizdir.

c. Tahsil Amacıyla Alacağın Temlikinde Borçlunun Ödeme Gücünden Yoksun Olması

Alacağın temlik işlemi tahsil amacıyla ve ivaz karşılığında yapıldığı haller alacak satımı veya factoring olarak isimlendirilmektedir. Factoring işlemi sadece yasada öngörülen belirli koşullara uygun şekilde kurulmuş ve ana faaliyet konuları dışında başka bir işle uğraşmaları yasak olan anonim şirketler tarafından yapılabilmektedir.^[35] Bu işlemde, alacağı temlik alan factoring şirketi, alacak bedelinin %80'i ile %90'ı oranındaki bir miktarı peşin olarak ve vadesinden önce temlik edene ödemektedir. Bununla birlikte şirket ödemeyi vade tarihinden önce yaptığı için müşteriden faiz almaktadır. Ayrıca alacakların muhasebesinin tutulması, borçluya ihtarda bulunulması ve gerektiğinde cebri icraya gidilmesi hizmetleri karşılığında komisyon talep etmektedir.^[36] Factoring şirketinin üstlenmesi gerekmeyen, mala ilişkin risklerin teminatı olarak ve gerektiğinde faiz ve harçlara mahsup edilmek üzere alıkonulan %10 ila %20 oranındaki meblağ ise herhangi bir risk gerçekleşmez ise müşterinin ödemesi gereken faiz ve harçlar düşüldükten sonra müşteriye iade edilmektedir.^[37]

Factoring işlemi gerçek ve gerçek olmayan factoring olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.^[38] Gerçek factoringde factoring şirketi bu işlem sırasında devraldığı alacakların ödenmemesi riskini de üstlenmekte ve bu risk nedeniyle fatura değerinin %0.2'si ile %0.4'ü arasında değişen “*delkredere harcı*” denilen bir meblağa da hak kazanmaktadır.^[39] Factoring şirketi bu riski üstlenmeden önce temlik edilen alacağın borçlusunun ödeme gücünü araştırmakta ve yal-

[34] Alacağın ivazsız temlik edildiği hallerde, temlik edene, alacağın varlığı veya borçlunun ödeme gücüne ilişkin kanuni garanti sorumluluğu yüklenmemesi gerektiğine ilişkin bkz. IV/B/1.

[35] KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 598-599.

[36] KOCAMAN, Arif B.: Factoring (Genel Alacak Devri ve Satımı İşlemi), Türkiye Bankalar Birliği, Ankara 1994, s. 5; TİRYAKİ, Betül: Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2006, s. 190.

[37] KOCAMAN, s. 11.

[38] KOCAMAN, s. 15; DAYINLARLI, s. 33-34; TİRYAKİ, s. 201.

[39] KOCAMAN, s. 5; TİRYAKİ, s. 190.

nızca uygun gördüğü alacakları devralmaktadır. Bu nedenle alacağı temlik eden, alacağın var olmamasından sorumlu olmakla birlikte, borçlunun ödeme güçsüzlüğünden sorumlu değildir. Buna factoringin teminat fonksiyonu denilmektedir.^[40] Gerçek olmayan factoringde ise borçlunun ödememe riski müşteri üzerinde bırakılmaktadır.^[41] Ancak yaygın eğilim, factoring şirketlerinin temlik aldıkları alacakların ödenmemesi riskini üstlenmeleri yönündedir.^[42]

Görüldüğü gibi factoring işleminde mutad uygulama, alacağı temlik eden müşterinin, borçlunun ödeme gücünden yoksunluğundan sorumlu tutulmamasıdır. Kaldı ki bir factoring işleminin gerçek factoring işlemi mi yoksa gerçek olmayan factoring işlemi mi olacağı factoring şirketi ve müşteri arasında kararlaştırılmaktadır. Diğer bir deyişle, risk dağılımı sözleşmede taraflarca yapılmaktadır. Ayrıca teminat fonksiyonu dikkate alındığında factoring işleminin bir çeşit risk ticareti olduğunu da ifade etmek mümkündür. O halde iktisadi açıdan bakıldığında, alacağı temlik edene, borçlunun ödeme gücüne ilişkin kanuni bir garanti sorumluluğu yüklenmesi factoring kurumunun işlev ve varlık amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, alacağın tahsil amacıyla temlik edildiği hallerde, alacağı temlik edene borçlunun ödeme gücüne ilişkin kanunu bir garanti sorumluluğu yüklenmesine ihtiyaç yoktur.

VII. SONUÇ

Tamamlayıcı hukuk kuralları taraflarca aksi kararlaştırılabilen kurallar olmakla birlikte son derece büyük öneme sahiptir. Zira iktisadi açıdan bakıldığında, bu kurallar bir yandan tarafları müzakerelere ilişkin işlem maliyetinden kurtarmakta, diğer yandan da hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi ve uyumsuzlukların çözümlenmesi konularında sürat sağlamaktadır. Bu nedenle, söz konusu kuralların, işlem maliyetinin sifıra eşit olması ihtimalinde taraflarca kararlaştırılacak düzenleme ile aynı olması gerekmektedir.

Tamamlayıcı hukuk kurallarının, işlem maliyetinin sifıra eşit olması halinde taraflarca kararlaştırılacak düzenleme ile aynı olması gerektiği ilkesi, risk dağılımı gerçekleştiren tamamlayıcı hukuk kuralları bakımından da geçerlidir. Aksi halde, bu tür kuralların aksine düzenleme yapılması amacıyla taraflarca gerçekleştirilecek müzakereler, ekonomik kaynakların israfı niteliğinde olacaktır. Ayrıca işlem maliyetinden kaçınmak amacıyla veya tarafların hukuki bilgi eksikleri nedeniyle tamamlayıcı hukuk kurallarına bıraktıkları meselelere ilişkin olarak da adalete aykırı sonuçlar doğabilecektir.

[40] KOCAMAN, s. 13; TİRYAKI, s. 196.

[41] DAYINLARLI, s. 34; TİRYAKI, s. 201.

[42] KOCAMAN, s. 14-15.

İktisadi açıdan bakıldığında, TBK m. 191 hükmü ile getirilen ve alacağı ivaz karşılığı temlik eden tarafın borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti ettiğini öngören düzenleme, verimlilik sağlamadığı ve kıt kaynakların israfına yol açtığı için son derece isabetsizdir. Nitekim alacak borçlusunun ödeme güçsüzlüğünden, alacağı temlik eden tarafın sorumlu tutulması halinde, alacağı temlik eden tarafa önleyemeyeceği, azaltamayacağı ve hatta kimi zaman haberdar dahi olamayacağı bir risk yüklenmektedir. Bu düzenleme aynı zamanda alacağın temlik kurumunun işlevi ve varlık amacına da tamamen aykırıdır. Zira, çoğu kez alacağın temlik işleminin gerçekleştirilmesinin amacı, alacağın elde edilememesi riskinin alacağı temlik alana yüklenmesidir.

Yukarıda belirtilen hususları göz ardı eden kanun koyucu, alacağı temlik edene borçlunun ödeme gücüne dair garanti sorumluluğu yüklemiştir. Bu durumda ya taraflar tamamlayıcı hukuk kurallarının aksine düzenlemeler yaparak gereksiz işlem maliyeti gerçekleştirecek, ya da bunun yapılmadığı hallerde taraflar arasındaki menfaat dengelerine aykırı hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. İktisadi gerçeklerden uzak ve alacağın temlik kurumunun işlevlerine yabancı olan TBK m. 191 hükmü, kanunun yürürlüğü süresince ciddi hukuki ihtilaflar yaratmaya gebedir.

KAYNAKÇA

- ADIL, Janeen R.: Scarcity, Minnesota 1996.
- AKSOY, Hüseyin Can/ SCHÄFER, Hans-Bernd: Economic impossibility in Turkish contract law from the perspective of law and economics, *European Journal of Law and Economics*, Online First, 8 Temmuz 2010, erişim için bkz. "http://www.springerlink.com/content/9h634867412818h5/".
- AYRES, Ian/ GERTNER, Robert: Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale Law Journal*, C. 99, S. 1, 1989.
- BAIRD, Douglas G./ JACKSON, Thomas H.: Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain, *Vanderbilt Law Review*, C. 38, S. 4, 1985.
- BARNETT, H.J./ MORSE, C.: Scarcity and growth : the economics of natural resource availability, Washington 1963.
- CALABRESI, Guido: The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis, New Haven 1970.
- CLARKE, Leo L.: Performance Risk, Form Contracts and UCITA, *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, C. 7, S. 1, 2001.
- COASE, Ronald: The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, C. 3, S. 1, 1960.
- COHN, Jessica: What is Scarcity of Resources?, New York 1998.
- DAYINLARLI, Kemal: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik, Ankara 1993.
- ENGİN, Baki İlkyay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 69.
- GILLETTE, Clayton P.: Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks, *Journal of Legal Studies*, C. 19, S. 2, 1990.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- KOCAMAN, Arif B.: Factoring (Genel Alacak Devri ve Satımı İşlemi), Türkiye Bankalar Birliği, Ankara 1994.
- KOROBKIN, Russell: The Status Quo Bias and Contract Default Rules, *Cornell Law Review*, C. 83, S. 3, 1998.
- KOSTRITSKY, Juliet P.: When Should Contract Law Supply A Liability Rule Or Term?: Framing a Principle of Unification for Contracts, *Arizona State Law Journal*, C. 32, S. 4, 2000.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.
- POSNER, Richard A./ ROSENFELD, Andrew M.: Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, *Journal of Legal Studies*, C. 6, S. 1, 1977.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- SCHÄFER, Hans-Bernd: Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries, *Supreme Court Economic Review*, C. 14, S. 1, 2006.
- SOERGEL, Hans Theodor: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu herausgegeben von W. Siebert, Band 3: Schuldrecht II (§§ 433-515), Wissenschaftliche Redaktion: Hans-Joachim Mertens, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln 1991.
- TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- TİRYAKİ, Betül: Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, 2006.
- TRIMARCHI, Pietro: Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis, *International Review of Law and Economics*, C. 11, S. 1, 1991.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, İstanbul 1976.