

## MERHUM ORD. PROFESÖR ESAT ARSEBÜK'ÜN SON DERSİ

### ALACAĞIN TEMLİKİ ve BORCUN NAKLİ

#### I.— Alacağın temliki :

Şimdiye kadar borç münasebetlerinin muhtelif değişikliklerine şahit olduk. Fakat bütün bunlar muhtevaya taallük ediyordu. Şimdi veci-bedeki hak süjelerine geçiyoruz. Alacağın temlikinde alacaklı, borcun naklinde borçlu değişecek. Alacaklı, bir alacağın malikidir. Bir malın maliki onu başkasına devredebilir. Bu surette de mülkiyet hakkının süjesi değişmiş olur. Fakat bir hak, mala taallük etmez de bir şahsın herhangi faaliyetine taallük ederse o zaman mesele değişir. Çünkü bir maldaki hak muhtevası malın mahiyetinde mündemiçtir. O mal muayyen bir menfaat temin eder. Halbuki borçlunun bir hareketine taallük eden bir hak muhtevası, edada bulunacak kimsenin şahsı ile taayyün eden bir vakıadır. Kezalik bir haktan istifade keyfiyeti de alacaklının şahsiyle değişir. Ben bir kitabı, kütüphanemi süslemek için alırım, siz onu tetkik etmek için alırsınız. Hakkın mütealliki mal olunca bu fark büyük bir ehemmiyet arzetmez. Fakat borçlunun bir hareketi olunca mesele bu derece basit değildir. İşte bu noktadan hareket eden Roma Hukuku, gerek alacaklının ve gerek borçlunun değişmesini vecibe muhtevasının tâdili mahiyetinde görmüştü ve bunda da çok haklı idi. Demek ki herhangi bir mukavelenin tâdilinde lâzım olan şartlar ( tarafların rızası) burada da cari olmalı idi. Fakat hayatın zaruretleri karşısında Roma bu fikrinde ısrar etmedi. Bilhassa servetini mala değil; belki uzun vadeli istikrazlara yatırmış olan kimselerin para ihtiyaçlarını karşılamalarına imkân vermek lâzım geliyordu. Alacaklının değişmesiyle vâki olan tecdit muamelesi bu ihtiyacı karşıladı. Fakat tecditte borçlunun rızası lâzımdır; borçlu ise rızasını bir para mukabilinde veriyordu. Bu hal alacak haklarının kıymetini düşürdü. Çünkü bu gibi ihtiyaçlar karşısında alacak, bir maldan daha ucuza satılıyordu. 100 liralık bir mal 100 liraya satılabildiği halde 100 liralık bir alacak o kadar etmiyordu. Bu mahzuru önlemek için Romalılar vekâlet akdine müracaat ettiler: mandatam in rem suam. Vekil, müvekkil namına takip ediyor, fakat kendi hesabına kabz

ediyordu. Bugünkü hukukta alacak, herhangi bir mal gibi satılır. Demek ki alacağı iktisap eden kimsenin iktisabı fer'îdir. Şu halde borçluyu haberdar etmeğe onun rızasını almağa lüzum yoktur. Bk. 162/1. Borçlu alacaklının değişmesine rıza göstermeğe mecburdur. Yeni alacaklı eskisi yerine kaim olur. Eski alacaklı mümellik (bayi) veya temlik eden, yeni alacaklı temellük eden veya mümellikünle (müşteri), temlik edilen alacağa mümellikünbih (mebi), borçluya ise (debiteur cédé) derler ki (Mümellikünbih borçlusu) diye ifade edebiliriz. Demek ki temlik bilateral bir akiddir. Fakat alacak tevliid etmez. Alacak üzerinde bir tasarruf mahiyetini haizdir. Şu halde hata, hile, ikrah gibi irade fesatları, muvazaa hükümleri burada da cari olur. Taliki veya infisahî şartla temlik yapıldığı sırada alacak üzerinde tasarruf edebilmek kudretinin bulunması zarurîdir. Demek ki temlik yalnız alacaklı veya mümessili tarafından yapılabilir. Alacak iştirâk halinde ise iştirâk edenlerin cümlesinin temlike muvafakat etmeleri icabeder. Temellük eden kimsenin hüsnüniyeti temellük eden kimsenin tasarruf salâhiyetindeki sakatlığı ortadan kaldırmaz. Böyle bir hüsnüniyet ancak aynı hakların iktisabında nazara alınır. Temlik mümellik ile mümellikünle arasında faydalandıran bir muameledir. Şu halde hukukça illeti var demektir. Bu illet bazan bir mukavelemedir: Temlik vadi (Pectum de cedendo), bazan vasiyetnamedir. MK. 541. Bazan da kanunun hükmüdür MK. 748, Bk.: 455/2. Temlik bir eda karşılığı (Bk.: 170) olabildiği gibi Causa donandî'ye istinad veya fiduciair bir mahiyet iktisap edebilir. Temlikin illeti borçluyu alâkadar etmez, temlik edenle temlik olunan kimseler arasında tesirini gösterir. Alacağın ademi istifası halinde mümellikünle, temlik edene karşı ne iddia eder? İşte temlikdeki illet bu sorunun halline yarar. Eğer temlikte bir illet yoksa yani illeti bildiren bir mukavele mevcut değilse o zaman bu mesuliyetin şumulünü kanun tâyin eder: Bk.: 169-171. Temlik keyfiyeti, temlik edene bazı mükellefiyetler tahmil ediyor Bk.: 168/2. Fakat alacağı kısmen temellük eden kimse senedin musaddak suretini alabilir 82/2. Temlik bir tasarruf muamelesidir. Binaenaleyh illetten mücerrettir. Bu bilhassa borçlu bakımından çok faydalıdır. Çünkü borçlu temlikin illetini araştırmaksızın edada bulunursa borcundan kurtulur. Ticari senetlerdeki cirolar illetten mücerrettirler. Demek ki, temlikin bir illeti olmaması veya mevcut olan illetin tahakkuk etmemesi temlike müessir olmaz. Yalnız illet tahakkuk etmediği takdirde temlik edenin istirdada hakkı olur. Çünkü temlik causal olmuştur.

Temlik, şekle tâbi bir akiddir Bk.: 163. Buradaki şekil mecburiyeti 3 ncü şahısların bilhassa borçlunun menfaati içindir. Borçlu temlike böylece daha kolaylıkla vakıf olur. Eğer şekle riayet, temlik eden kimse-

nin menfaati için olmuş olsaydı (Pactum de cedendo) da şekle tâbi olması lâzımgelirdi. Çünkü bu vaid lüzum ifade eder. Burada şekle riayet mecburiyeti ancak temlik eden içindir. Şu halde şekle riayetsizlik temlike vücut vermez. Fakat muamele sahih akde tahvil olunabilir. Çünkü kabza vekâlet mânası verilmek mümkündür. Bu ise şekle tâbi değildir. Alacak senede bağlı ise Alman M. kanunu mucibince senedin temlik olunan kimseye verilmesi lâzımdır. Bizde bu derecede kat'î bir hüküm yoktur 168/2. Şu halde bizde senedin verilmemesi temlikin sıhhatini ihlâl etmez. Senede bağlanmayan veya senedi zayi olan bir alacak temlik edilebilir. Borçlunun kime tediye edeceğini bilmesi faydalıdır. Bu itibarla temlikin ona ihbarı icabeder. Fakat ihbar yapılmasa da temlik muteberdir. Çok defa borçlunun kim olduğu bilinmeyebilir. Haksız fiillerde ve mirasta buna tesadüf edersiniz. Temlik vadi şekle tâbi değildir demıştini. Bu vaid BK'nın 22 nci maddesinden ayrı bir şeydir. Temlik vadi müstakillen şahsî bir vecibeye vücut verir. Eğer bu vaid bir bedel mukabili ise akid satıştır. Hibe ise akid hibe vadidir. Ve bu takdirde tahriri şekle lüzum vardır BK 238. Temlik vadi, vaid edilen kimseye bir dâva hakkı verir. Dava neticesinde müddei vadi ispat ederse alacak hakimin kararile kendisinde temlik edilmiş olur. BK 164. Fakat alacaklı temlik vadinde bulunduktan sonra alacağını istifa etmiş olabilir, bir başkasına temlik etmiş olabilir, borçlusunu ibra etmiş olabilir, kendi borçlusu ile takas yapmış olabilir. Bütün bu hallerde vadi, alacaklının kusuriyle imkânsız hale gelmiş demektir. Alacaklı tazminle mükellef olur BK 96.

Temlik, borçlu ile mükellikünle arasında illetten mücerret bir muameledir. Şu halde faydalandırıcı muamelenin illeti borçluya (débiteur cédé) tesir edemez. Bu itibarla tarafların maksadına kolaylıkla hizmet edebilir. Meselâ vekâlet, rehin gibi şeyler temlik ile yapılabilir. Bunlara Cession fiduciaire deriz (Aksulâmel tarikiyle vekâlet etmeği tazammun edebilir). Edayı istihdaf eden temlik 170 (dation en Paiement) ile farkı şudur: Evvelkisinde temlik ile borç sakit olmaz; ikincisinde olur. Bu mahiyetteki temlik mandatum in rem suam'e benzer. Fakat arada fark var. Vekâlette azil caizdir. Fakat temlikten rücu edilemez. BK'nın 172 nci maddesi bazı hakların temlikine mahsus kaidelerin mahfuz bulunduğunu söyler: Hamile muharrer sened Ticaret K. 410, Nama emre muharrer sened gibi; aleni müzayede ile alacak satılmış ise, 231 nci madde kıyasen tatbik olunur. Şimdi temlikdeki muhteva üzerinde duracağız. Bu muhteva yalnız alacaktan ibarettir. Alacağı vücut veren akdin sıfatı muhteva ile birlikte temlik edilemez. Demek ki semen, mebi, bedeli icar temlik olunur. Fakat bayi ve mucir sıfatları devrolunamaz. Borçlar Kanununun 510/1 ve 519/1 nci maddelerini bu mânada anlamak iktiza eder.

Şu halde bir vecibe alâkasından doğan bilûmum haklar bir diğerine temlik edilmiş olsa bile o vecibe alâkasının ihtiva ettiği mükellefiyetler (mebiin muhafazası, zapta karşı teminat 189, ayıba karşı teminat 194) ve haklar (icazet hakkı BK 31, fesih hakkı BK 94) mümellikte kalır. Temlikte bu gibi mükellefiyetlerin ve hakların devredilebilmesi diğer tarafın muvafakatiyle mümkündür. Bu muvafakat mukavele ile verilmiş olabileceği gibi mukaveleden sonra dahi verilmiş olabilir. Mukavele haricinde vecibe münasebetlerinin diğerine temlik ancak kanunun sarahatiyle mümkün olur BK 254. Burada fesih hakkı mucirin müşterisine geçiyor TK 973/1. Burada sigorta edilen malın sahibi mukavele sırasında değişiyor ve hak ve borçlar o tarihten itibaren yeni sahibine geçiyor. Yalnız sigorta primi için kanun birinci malikin mesul olduğunu da kabul eder. Burada kanunî bir teselsül var. BK'nın 162 nci maddesi hükmünce her alacak temlik edilebilir. Alacağın ölüme bağlı tasarruftan, haksız fiilden veya akidden doğmasının farkı yoktur. Fakat kanun bazı alacakların temlikine müsaade etmez. Kezalik işin mahiyeti de bazı alacakların temlikine mâni olabilir. Umumiyetle bu mahiyetteki alacaklarda muhteva yalnız paradan ibaret değildir. Vekilin borcu müvekkil tarafından bir başkasına devrolunamaz. Akid yapma vadinden doğan haklar temlik edilemez. Rekabet memnuiyeti şartı müstakillen bir temlikin mevzuu olamaz. ancak Ticarethane ile birlikte temlik edilebilir. Hesabı cariye kaydolunan bir alacak temlik edilemez. Çünkü alacak kayd ile ortadan kalkmıştır. Ancak kat'ı hesaptan sonraki bakiyenin temlik mümkündür. TK 783. No. 4. Şirket evrak ve defterlerini tetkik şerike ait bir haktır. BK. 531, TK 163. Bu hak şeriklik sıfatına merbuttur. Başkasına devrolunamaz. Kezalik üçüncü şahıs lehine şartta âkidin mutalebe hakkını temlik etmesinde ameli bir faide yoktur.

Bir alacağın temlik olunmaması kararlaştırılabilir (Pactum de non cedendo). Bu kaide alacaklının mirasçılanna şümulü yoktur. Fakat üçüncü şahsın hüsnüniyeti burada himaye edilir 162/2. Çünkü borçlu, temlik olunamamak şartını senede yazmamak suretiyle bir kusur işlemiştir. Fakat alacak senede bağlı değilse hüsnüniyet mevzu bahis olamaz.

Manevî zarardan maada hallerde bir alacağın temlik edilememesi borçlunun menfaati için kabul edilmiş bir esastır.

Şu halde borçlu kabul ederse temlik muteber olur. Temlikin gerek kanunlar, gerek işin mahiyeti icabı menedilmiş olmasında fark yoktur. Bir alacağın doğmadan temlik caizdir. Fakat alacak, mümellikin şahsında doğmazsa temlik hüküm ifade etmez. Meselâ ileride doğacak kira bedelleri temlik edilebilir. Fakat mecur satılırsa temlik hükümsüzdür. Temlik 22 nci madde hükmüne girecek derecede umumî olamaz. Bazı

hakların temlikinde vekâlet mânası mündemiçtir. Müdahalenin menî müruru zamanı kesmek hakkı gibi. Temlikteki muhtevanın şümulü tarafların iradesile taayyün eder, yoksa mukabil ivazla değil. Demek ki bir alacak kısmen veya meccanen temlik edilebilir. Halefinde ise ivaz esastır.

Temlik edilen kısmın atiyen taayyün etmesi mümkündür. Hesabı cari bakiyesi gibi. Kısmen temlik iki müstakil alacağa vücut verir. Fakat derece itibariyle aynıdır. Bu esas icra ve iflâs kanununa göredir (madde 207/1). Mümellik ile mümellikünle arasında dahili münasebette bu alacaklardan birinin diğerine tercih edilmesi mümkün olur. BK'nın 168 nci maddesinin birinci fıkrası müteferri haklardan bahseder. Buradaki müferri haklar 3 gruptur.

1.— *Teminat mahiyetindeki fer'i haklar.* Rehin, kefalet. BK 499 ncu maddedeki rehnin teslimi mükellefiyeti temlikte kıyas yoluyla tatbik edilebilir. Bu âmir hüküm değil, tefsiri hükümdür. Hilâfına mukavele yapılabılır. Acizden mes'uliyet fer'i haklara girmez.

2.— *Alacığın şümulünü tezyid eden haklar.* Faiz, cezaî şart. Yalnız cezaî şart temlikten sonra tahakkuk etmelidir. Evvel tahakkuk etmiş ise temlik edende kalır.

3.— *Temlik edilen alacağa bağlı yapıcı haklar.* İhbar, intihap, takas, mehil tâyini, alacığın zarar ve ziyana inkılâbını temin eden haklar...

Alacağa bağlı olmayan ve fakat taraflar beynindeki vecibe münasebetine sıkı surette bağlı bulunan haklar temlikte dahil olmazlar. Hapis hakkı. 864; Kanunî ipotek istemek hakkı 807. Borçlu bakımından temlik bazı hususiyetler arzeder. Filhakika temlik, alacağı ve ona bağlı hakları mümellikünlehe intikal ettirir. Bunun için borçlunun rızasına lüzum yoktur. Bu hal borçluyu müşkül vaziyette bırakabilir. Çünkü alacaklısından başka birine tediyede bulunması mümkündür. Vazı kanun bu gibi haller karşısında borçlunun himayesini istihdaf eden hükümler koymuştur BK 165. Bu maddenin hususiyeti şudur: Eda veya takas yapılmıca borç kanun hükmile sukut eder. Demek ki borçlu *Condictio in debiti'*ye istinaden istirdat davasında bulunamaz. Üçüncü şahıs, yani mümellikünlehe, mümellike rücu edebilir. Sonra temlik ihbarından sonra borçlu mümellikünlehe tediyede bulunmalıdır. Eğer mümellike hüsnüniyetle tediyede bulunursa borç ödenmiş olmaz. İhbar vüsul ile tekemmül eden bir beyandır. Binaenaleyh ihbarla hüküm tevhit edebilmesi için itilaa lüzum yoktur. Alman MK bu noktada bizim kanundan ayrılır, orada itilaa şarttır. Görülüyor ki temlik bir bakımdan borçlunun diğer bakımdan temel-

lük eden kimsenin himayesini istihdaf eder. Bu mütezad menfaatleri kanun bu hükümlerle telife çalışıyor. İhbar ya mümellik veya mümellikünlehten tarafından yapılabilir. Eğer mümellikünlehten tarafından yapılmış ise borçlunun edada bulunmadan evvel temlikin sıhhatını araştırması lâzım gelir. Demek ki mümellikünlehten alacağın kendisine temlik olduğunu borçluya karşı ispat etmesi zarureti vardır. Hattâ bu nokta, yalnız eda talebi için değil, ihbar gibi yapıcı hakların kullanıldığı zaman dahi ispat edilmelidir BK 166 ncı madde, son fıkra. Mütemerrit alacaklıya karşı borçlu, tevdiinde bulunabilir. Fakat kaideten borçlunun tevdiinde mecburiyeti yoktur. Belki 166 nın son fıkrası bunun bir istisnasıdır.

Temlik, alacağı olduğu gibi intikal ettirir. Yani imtiyaz ve sakatlıklarla birlikte alacak intikal eder. Bu esas borçlar K.nun 167 nci maddesi iktizasındandır. Buradaki defiler tâbiri teknik bakımdan objection ve exception mefhumlarını da ihtiva eder. Alacağın tahakkuk etmemiş olması veya sukut etmiş bulunması — muvazaa müstesna BK 18. s. — itiraz, henüz eda zamanının gelmediği keyfiyeti defidir. Misâl 81, mebiin ayıplı olması gibi. Borçlunun haiz olduğu bu hakları kanun zaman bakımından takyid eder; bu takyid ikidir: 1. Temlike *vakıf* olduğu zaman dan evvelki defileri dermeyan edebilir, sonraki değil yani sonradan haiz olacağı defiler ve itirazlar mümellikünlehe karşı dermeyan edilemez. Çünkü kanun, alacaklının değişmesinden dolayı borçlunun zarar görmesini kabul etmemiştir. Meselâ borçlu 81 nci maddeye istinad edebilir. Mebiin ayıplı olduğunu iddia edebilir, hattâ temlikten sonra infisahî şartın tahakkuk ettiğini BK 152, mebiin zaptedildiğini BK 192 ileri sürebilir. Bu son misallerde defi hakkı evvelce mevcut vakıalara istinad eder.

2.— Takas - 167 sf. Bu hüküm iki bakımdan istisnaîdir.

Birincisi. Takas için karşılıklı iki alacak bulunmalıydı.

İkincisi. Takas her iki tarafa ait bir haktı. Burada yalnız borçluya aittir.

Temlik daima akidden doğmaz. Bazı hâdiseler tarafların iradesinden müstakil olarak kanun hükmüne göre temlike vücut verir; kanunî temlik 164. Bu hukukî muamele değildir. Bu hal kanunun tasrih ettiği hallerde olur. Misaller :

1.— BK 109. Burada, yukarıda söylediğim gibi temlikin şümulü tarafların iradesinden değil mütekebil ivazla anlaşılır.

2.— BK 147 - 168 - 496 - 393 - MK. 539/2.

BK.nun 164 ncü maddesi temlikin mahkeme kararından da doğabileceğini söyler: Kazai temlik, bu hale:

1.— Memelekin kazaen taksim edilmesi halinde; 2.— Haciz edilmiş bir alacağın paraya çevrilmesi halinde; 3.— Dation en paiement'da rastlanır. İcra ve İflâs K. 120. Hacze iştirâk eden alacaklıların muvafakatiyle mahcuz alacak içlerinden birine verilebilir.

II. *Borcun nakli.*— Roma Hukuku, alacağın naklini tecdit ve vekâlet akidleriyle kabul eder gibi olmuştu. Fakat borcun nakline hiçbir zaman yanaşmadı. Mu mevzu modern hukukun yarattığı bir müessesedir. Sırf hukuk tekniği bakımından düşünülürse buna imkân görülmemek lâzım gelir. Çünkü herhangi bir alacak hakkının ifade ettiği kıymet borçlunun eda kudretine bağlı olan bir şeydir. Çünkü borç, borçlu dediğimiz tarafın şahsına çok sıkı surette merbut bir keyfiyettir. Fakat ekonomik mülâhazalar hukukda bu düşünüşün pek de doğru olmadığını gösterdi. Filhakika eda kabiliyeti ancak bir alacağın ifade ettiği kıymete müessir olabilir. Halbuki bir malın bir mahalden diğer mahalle gitmesi, bilhassa piyasa mahallinden uzaklaşması da o malın kıymetine müessirdir. Piyasadan uzaklaşan bir mal kıymetinden kaybeder. Buna rağmen satış akdinin meşruiyetinde yani bir malik birinin mülkiyetinden diğerinin mülkiyetine geçmesinde hiçbir mahzur görülüyordu. Vakıa malın kıymetinde arız olan bir tahavvül müşterinin muvafakatiyle oluyordu. Çünkü mal onun iradesi ile, onun istediği yere gönderilmekte idi. O halde borcun nakli akdinde de müşteri mevkiinde bulunan alacaklının muvafakat etmesi şartıyla borcun naklinde bir mahzur görülemezdi. İşte bu ekonomik mülâhaza, alacaklının muvafakatiyle borcun nakline imkân vermiştir.

Hukukta borcun borçludan başka biri tarafından ödenmiş olması keyfiyeti daima borcun nakli sayılmaz. Filhakika :

*Evvelen* : Tecdit suretiyle borçlunun şahsı değişebilir.

Fransız hukuku bu şekli kabul ediyor.

*Saniyen* : Borçtan kurtarma vadi, hukukta lüzum ifade eder. Buna ifa vadi (Promesse d'exécution) diyebiliriz BK 173. Burada mukavele eski borçlu ile yeni borçlu arasında olur. Bu akid ivazlı veya ivazsız olabilir. İvazlı olduğu takdirde 81 nci madde hükmü cereyan eder. İvazsız ise bu bir hibe mahiyetini haizdir. Binaenaleyh şekle tâbi olması zarurîdir BK 238/1. Bu vaid alacaklının mutalebe hakkını ihlâl etmez. Yalnız müteahhit zarardan mesul olur.

*Salisen* : Üçüncü bir şahıs borçlunun şahsına iltihak edebilir. Bunun neticesi teselsüldür.

Borcun nakli bunlardan büsbütün başkadır. Filhakika borcun nakli muvazaada olduğu gibi iki hükmü aynı zamanda tevliid eder.

1.— Eski borçlu borcundan kurtulur; 2.— Yeni borçluya, mükellefiyet tahmil eder. AMK. borcun naklini iki muhtelif nazariyeye istinad ettirir.

Birinci nazariye : Borcun nakli alacaklı ile Reprenant arasında bir mukaveledir. Bu mukavele eski borçlu lehine bir netice tevliid eder (Théorie du contrat).

İkinci nazariye : Eski borçlu ile yeni borçlu arasında bir mukaveledir. Bunun hüküm ifade edebilmesi alacaklının icazetine bağlıdır. (Théorie de la ratification).

BK esas itibariyle birinci nazariyeyi kabul etmiş ve 2 nci nazariyeye nakil vadi mahiyetini vermiştir. Fakat iki yerde ikinci nazariyeyi borcun naklinde kabul etmiş görünüyor : 1.— BK 179; 2.— MK. 803. Bu, hukuk tekniği bakımından doğru olmayan bir şeydir. Bu iki istisnadan sarfınazar edilirse borcun nakli alacaklı ile Raprenant arasında yapılan mukavele ile meydana gelir. Borçlunun rızasına lüzum yoktur. Şu halde borçlunun muhalefeti nakle müessir olmaz. BK nun 175 nci maddesi umumî esaslarla telif edilemeyen hükümleri ihtiva eder. Borcun nakli mukavelesi de diğer mukavelelerin tâbi olduğu umumî esaslara tâbidir. Binaenaleyh taraflardan birinin iradesindeki fesad akde müessirdir. Burada da 26 ncı madde tatbik olunur. Kezalik borcun nakli alacaklı ile yeni borçlu (Reprenant) arasında olduğuna göre eski borçlunun hilesi akdi ihlâl etmez. Çünkü bu adam akde nazaran üçüncü şahıstır BK 28/2. Bittabii 41/2 nin hükmü mahfuzdur. Borcun naklinde alacaklının kabulü şart olmasına rağmen şahsî edaların da nakli mümkündür. Alacaklının nakle muvafakat edebilmesi için hem medenî hakları kullanma salâhiyeti hem de alacak üzerinde tasarruf kudreti bulunması lâzım gelir. Halbuki Reprenan'ın yalnız medenî ehliyeti kâfidir. Üzerinde rehin veya intifa hakkı bulunan bir alacağın nakline muvafakat, ancak, intifa sahibi veya mürtehinin rızasıyla hüküm ifade eder. Borcun nakli mukavelesini makable işmal etmeğe tarafların salâhiyeti yoktur. Borcun nakli eda mükellefiyetinde bir değişiklik husule getirmez. Yalnız şahıs değişir. Bu mukavele umumiyetle causal'dır. Halbuki expromissis mücerrettir.

Borcu üzerine alan kimse, eski borçlunun yerine kaim olur. Demek ki onun itiraz ve defî hakları yenisine geçer BK 177/1. Yalnız borcu üzerine almak müruru zaman hakkından feragati tazammun eder. Çünkü nakil müruru zamanı kat'eder. Çünkü ikrardır. 177/2 deki şahsî



defilerden maksat nakil olunan borca merbut olmayan ve borçlunun alacaklı ile olan şahsi münasebetlerinden tevellüt eden defilerdir. Misaller: BK 245, Takas; halbuki 244/3 deki defi borca müteferri bir defidir. 177/3 alacaklı borcun illetine tamamen yabancıdır. Mücerret alacak. BK 176. Bu maddede 168 nci maddedeki rüçhan haklarından bahis yoktur. Nakli deynde bu haklar intikal etmez. Aksini kabul edersek yeni borçlunun mümtaz alacaklıları izrar edilmiş olur. Her akidde olduğu gibi borcun naklinden de rücu olunamaz. Rücu akdin icrasından evvel olur. Akid hüküm ifade ettikten ve tamamlandıktan sonra ancak ikale mümkündür. İ kale aynı mahiyetteki bir mukavelenin aksini yapmak demektir. İ kale makable şamil olmaz. Yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade eder. Makable şumûl yani akdi yapılmadan evvelki vaziyete sokmak ancak iptal ile mümkündür. İsviçre kanununun tekniğine nazaran borçlarda iptal yoktur. AMK iptali kabul eder. Bu kanuna göre âkidlerden birinin iradesinde fesad olursa o âkid lüzum ifade eder. Fakat kabil iptaldir. Bizde akid batıldır BK 23. Yalnız bir sene geçtikten sonra ona icazet verilmiş nazariyle bakarız (BK 31). Şu halde BK nun kabul etmiş olduğu sistemde makable şamil bir iptal hibe ve temlikten maada hallerde yoktur. Buna rağmen 178 nci madde bir iptalden bahseder (Caput mortuum). BK nun 179 uncu maddesi Théorie de la ratification'a istinad eder. Burada mukavele iki borçlu arasındadır. Burada mamelek hukuki bir vahdet teşkil eden malların heyeti umumiyesidir. Bu malların temlik kendilerine mahsus hükümlerle kabildir. Binaenaleyh gayri menkuller tescil ile, menkuller teslim ile, alacaklar temlik yoluyla devredilirler. Fakat bir mamelekde passif de vardır. Pasif'in dahil olmaması şartıyla temlik caizdir. Fakat alacaklılar mutazarrın olabilir. Bu takdirde alacaklıların bu temlik iptal ettirmeğe hakları vardır. İcra ve İflâs 277 ve müteakip. Temlik ihbar edilmelidir. İhbar icap olmadığından alacaklının kabulüne ihtiyaç yoktur.

Mamelekin temlikinde, temlik tarihine kadar olan borçlar velevki şartta veya vadeye bağlı olsun dahildir. Yalnız 2 nevi borç hariç kalır.

1.— Mahiyetleri itibariyle eski borçlu tarafından ödenmesi lâzım gelen borçlar, rekabet memnuiyeti gibi. Hilâfına mukavele yapılabilir.

2.— Reprenant tarafından deruhte edilmediği sarahaten ihbar edilmiş olan borçlar. Fakat eski borçlu zimmetinde kalacağı tasrih edilen borçlardan yenisi mesuldür. Şu halde temlikin şumulünü tayin eden ihbardır.

Mamelekin nakli halinde eski borçlu borcundan kurtulmaz. 2 senelik bir mesuliyeti vardır. Bu iki sene müruru zaman değil sukutu hakır.

BK 180. Birleşmek ya yeni bir şirkete vücut verir, veya bir şirket diğerine iltihak eder. TK 205 her iki takdirde dahi aynı esaslar tatbik olunur. Yani :

1.— Her iki şirket tarafından ayrı ayrı birleşme kararı ittihaz olunur TK 208.

2.— Bu kararlar tescil ve ilân edilir (TK 26 ve müteakip).

3.— Her iki şirket bilânçosu ayrı ayrı ilân edilir ve borçların şekli itfası gösterilir TK 207.

4.— Alâkadarların üç ay zarfında itiraza hakları vardır (sukutu hak). Fakat borçların derhal ödenmesi veya devlet bankasına yatırılması halinde 3 aylık müddet kalmaz.

Borcun naklinde hususî hükümler mahfuzdur. Bu esas 181 nci maddede tebarüz ettirilir.

BK nun 174/1 ne göre borcun nakli alacaklı ile Reprenant arasındaki bir mukavele ile meydana gelir. Borçlunun muvafakatine lüzum yoktur. Onun muhalefeti de akde müessir olmaz. Vakıa borçlu ile borcu üzerine alan kimse arasında yapılan bir anlaşma olsa olsa borçtan kurtarma mahiyetini haiz olur ki bu esas kanunumuzun 173 ncü maddesinde derpiş edilmiştir.

Herhangi bir mukavele gibi borcun nakli mukavelesi de icap ve kabul ile mün'akid olur. Kanunumuz burada Reprenan'ı icapta bulunduruyor ve kabul alacaklıya bırakılıyor. 174/2 ye göre borcu üzerine alan kimsenin keyfiyeti alacaklıya bildirmesi bir icaptır. Halbuki bu maddenin ilk fıkrası mucibince borcun nakli mukavelesi alacaklı ile reprenant arasında bir mukavelenin yapılmasıyla mümkündür. Tezad var.

175/1 “icap alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilir. Bununla beraber borcu üzerine alan kimse veya eski borçlu kabul için alacaklıya bir mehil tayin etmek hakkını haizdir ve bu mehilin hitamına kadar alacaklının sükûtu icabın reddi sayılır”. Aslına nazaran böyle okunması lâzım gelen bu fıkra akdin yapılmasına dair sevkolunan umumî esaslara uymuyor. Çünkü BK 4 ve 5 a) kaideten müddet tayin edilmemiş ise alacaklı tarafından icap her zaman kabul edilebilir. Şu halde kanunumuz alacaklı için kabul müddeti tayin etmez. b) İcap yapıldıktan sonra icapta bulunan kimseye kabul için bir mehil tayin etmek hakkı verilmiştir. Şu halde alacaklının her zaman kabul edebilmek hakkı sonradan verilen mehil, müddetle indirilebiliyor. Halbuki BK 3 ncü maddesine muhaliftir.

Diğer bir nokta akid alacaklı ile repr. arasında olur. Halbuki 175/1 e nazaran akdin taraflarından olmayan eski borçluda mehil tayin edebiliyor. 175/2 de kaideye uymaz. Birden ziyade icaba muhatap olan kimse bunlardan dilediğini kabulde serbesttir. Bu fıkra hükmü ile alacaklıya bu serbesti tanınmamıştır.

BK 176/1 “Fer’i haklar evvelki borçlunun şahsına ayrılmaz bir şekilde bağlı değilseler (rüçhan hakları gibi) borçlunun değişmesiyle halledar olmazlar” eski faizler ve cezaî şartlar yeni borçluya geçer.

Alacağın temlikinde mümtaz bir alacak olduğu gibi yeni alacaklıya geçer. Çünkü borçlunun mameleki böyle mümtaz bir borcun altındadır. Binaenaleyh böyle bir alacağın asıl alacaklıya veya yerine ikame ettiği kimseye ödenmesinde bir fark olamaz. Fakat borcu üzerine almış olan kimsenin de böyle mümtaz alacaklıları vardır. Reprenan’ın iflâsı halinde üzerine aldığı borcun da mümtaziyeti nazara alınmazsa ortada bir zarar husule gelir.

Temlik alacağı imtiyaz ve sakatlıklarıyla birlikte intikal ettirir. Ancak borçlunun haiz olduğu defî hakları zaman bakımından takyid edilmiştir. Filhakika evvelâ borçlu temlike vakıf olduğu zamandan evvelki defileri dermeyeran edebilir: Sonraki defileri dermeyeran edemez. Buradaki defilerden maksat objéctions (itiraz) ve excéption (defiler) dir.

Evvelkisinde alacağın doğmadığı, ikincisinde eda zamanının gelmediği ileri sürülür.

*İtiraz misalleri* : Akdin irade fesadile malûl olduğu, şekil noksanı, şartın tahakkuk etmediği edanın imkânsızlığı, takasın icra edildiği... görülüyor ki borçlunun alacaklıya karşı haiz olduğu defî hakları temlik neticesinde alacaklı yerine kaim olan kimseye karşı da kullanılabilir. Yalnız muvazaa müstesna 18/2. Çünkü muvazaalı bir borç senedi imzalayan kimse alacaklı diye gösterdiği şahsa itimad etmiştir. Eğer bu şahıs kendisine gösterilen itimadı kötüye kullanırsa bundan hüsnüniyetle alacağı temellük etmiş olan kimsenin zarar görmesi doğru olmaz. Aynı haklarda da aynı esas cari idi. MK 901.

Defî misalleri BK 81, Mebiin ayıplı olduğu veya zaptedildiği 192, infisahî şartın tahakkuk ettiği vesaire...