

**ROMA HUKUKU'NDA VE KARŞILAŞTIRMALI  
HUKUKTA ALACAĞIN TEMLİKİ**  
(ASSIGNMENT IN ROMAN LAW AND  
COMPARATIVE LAW)

*Arş. Gör. Mehmet ÜÇER\**

**ÖZET**

Hukuki ilişkinin bir alt türü olarak borç ilişkisi, aktif süje olan alacaklı ile pasif süje olan borçlu arasında, bunlardan birini veya her birini diğerine karşı belli bir davranışta (edim) bulunmakla yükümlü hale getiren ve birtakım haklar ve yetkiler ihtiva edebilen hukuki bir bağıdır. Borç ilişkisi bu şekilde tanımlandıncı, bu kez, bu ilişkinin gerek aktif ve gerekse pasif süjesinde herhangi bir değişikliğin caiz olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

Roma hukuku ve dolayısıyla Roma hukukçuları, borç ilişkisinin süjelerinde meydana gelebilecek böyle bir değişikliğe cevaz vermemişlerdi. Ancak, borç ilişkisinde, ticari veya ekonomik zorunluluklar sebebiyle, böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu sebeple, modern hukuklar ve bu arada hukukumuz, borç ilişkisinin süjelerinde meydana gelebilecek bu tür değişikliklere cevaz vermişlerdir

Bu çalışmada, borç ilişkisinin aktif süjesinde (alacaklı taraf) değişiklik meydana getiren alacağın temlik konusu incelenecektir. Alacağın temlik ile alacaklı, sadece alacak hakkını devretmektedir. Yoksa borçlu ile arasında yasal ilişkiyi (yani borç ilişkisini) devretmemektedir. Borç ilişkisi, temlik eden ile borçlu arasında yine devam eder.

Bu çalışmada ilk olarak Roma hukuku'nda alacağın temlik konusu

---

\* Ankara Üni. Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi

incelenecek, daha sonra Borçlar hukukumuzun düzenlemeleri, dünya nüfusunun yaklaşık ¼'ünde uygulama alanı olan, anglo-amerikan hukukuyla karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

### **ABSTRACT**

Debt-relation as a sub-kind of legal relation is a link that makes one or each of creditor being the active subject and debtor being the passive subject responsible to each other and that may contain several rights and competence. When debt relation is described in this way the question whether any alteration about both active and passive subject is proper or not occurs to mind.

The Roman law and therefore the Roman Jurist did not approve such an alteration that might occur with the subjects of debt-relation. However, the appearance of such a need is inevitable with debt-relation owing to commercial and economic indispensibilities. Thus, modern laws and our law have approved this sort of alterations that might happen with the subjects of debt-relation.

The issue of assignment of claims that makes any alteration with the active subject (the creditor side) of debt-relation will be examined in this study. The creditor transfers only the credit-right with the assignment of claims. He does not transfer his legal relation (i.e. debt-relation) with the debtor. Debt relation continues between creditor and debtor.

In this study the issue of assignment of claims in the Roman law will be examined first, and then the regulations of our 'law of obligations' will be tried to examine with comparison to Anglo-American law that is applied in the one forth of the world population.

### **ANAHTAR KELİMELER:**

1. Borç 2. Alacak 3. Alacağın temliki 4. Roma hukuku 5. Karşılaştırmalı hukuk

### **KEY WORDS:**

1. Obligation 2. Credit 3. Assignment 4. Roman law 5. Comparative law

## 1. GİRİŞ

Hukuki ilişkinin bir alt türü olarak borç ilişkisi, aktif süje olan alacaklı ile pasif süje olan borçlu arasında, bunlardan birini veya her birini diğerine karşı belli bir davranışta (edim) bulunmakla yükümlü hale getiren ve birtakım haklar ve yetkiler ihtiva edebilen hukuki bir bağıdır<sup>1</sup>. Borç ilişkisi bu şekilde tanımlandıncı, bu kez, bu ilişkinin gerek aktif ve gerekse pasif süjesinde herhangi bir değişikliğin caiz olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

İleride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, Roma hukuku ve dolayısıyla Roma hukukçuları, borç ilişkisinin sūjelerinde meydana gelebilecek böyle bir değişikliğe cevaz vermemişlerdi. Ancak, borç ilişkisinde, ticari veya ekonomik zorunluluklar sebebiyle, böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması kaçınılmazdır<sup>2</sup>; zira ticaretin gelişmesiyle, özellikle ticari işlemler alanında, kredi kullanımı çok yaygınlaşmıştı. Tacirler, sattıkları mallara karşılık, ticaretlerini sürdürebilmek amacıyla, alacaklarını derhal nakde çevirme ihtiyacı duyuyorlardı. Bunu temin etmek amacıyla da, alacağın temlik yoluna başvurmak zarureti vardı<sup>3</sup>. Bu sebeple, modern hukuklar ve bu arada hukukumuz, borç ilişkisinin sūjelerinde meydana gelebilecek bu tür değişikliklere cevaz vermişlerdir (BK m. 162/1). Bu çalışmada, borç ilişkisinin aktif süjesinde (alacaklı taraf) değişiklik meydana getiren alacağın temlik konusu incelenecektir.

Alacağın temlik, “borcun nakli”, “kefalet”, “tahsil için temsil yetkisi”, “havale” ve “üçüncü şahıs yararına sözleşme” gibi üçlü ilişkilere dayanan bir hukuksal işlemdir. Ancak, bunlarla arasında birtakım farklılıklar mevcuttur<sup>4</sup>.

Şunu önemle vurgulamak gerekir ki, alacağın temlik ile alacaklı, sadece alacak hakkını devretmektedir. Yoksa borçlu ile arasında yasal ilişkiyi (yani borç ilişkisini) devretmemektedir. Borç ilişkisi, temlik eden ile borçlu arasında yine devam eder<sup>5</sup>.

Bu çalışmada ilk olarak Roma hukuku'nda alacağın temlik konusu incelenecek, daha sonra Borçlar hukukumuzun düzenlemeleri anglo-amerikan hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılacaktır. ABD, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Hindistan, Güney, Doğu ve Batı

<sup>1</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halük/ALTOP: Atillâ: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. .

<sup>2</sup> KILIÇOĞLU: Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2003, s. 5; ÖNEN: Turgut: **Borçlar Hukuku**, Ankara, 1990, s. 86.

<sup>3</sup> ESENER, Turhan : **Turkish Business Law I Contract and Torts (Law of Obligations)**, İstanbul, 2000, s. 133; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: **Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1958, s. 326.

<sup>4</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. KOCAMAN, Arif, B.: **Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu**, Ankara, 1992.

<sup>5</sup> ESENER: s. 134.

Afrika'daki birçok devlet, günümüze kadar İngiliz hukukunu benimsemişlerdir. Bu durumda, dünya nüfusunun yaklaşık 1/4 'ünün İngiliz hukukunu benimsediği sonucuna ulaşılabilir<sup>6</sup>. Çalışmamızda, anglo-amerikan hukuk sisteminin ele alınmasını, bu açıdan önemli bulmaktayız.

İngiliz hukuku, Türk hukuk sisteminin de dâhil olduğu kıta Avrupa'sı hukukundan farklı bir tarihi gelişim çizgisi izlemiş ve farklı bir karakter taşımıştır. İngiliz maddi hukukunun anlaşılabilmesi için, sahip olduğu yapının bilinmesi gerekmektedir. Ancak, çalışmamızın konusu ve kapsamı itibariyle, bu konuda açıklama yapmak yerine, kısaca bu yapının nelerden oluştuğu belirtilecektir.

Bu hukuk sistemi, bir yönüyle kanunların oluşturduğu bir hukuk düzeni *Statutory Law* iken, daha ağır basan diğer yönüyle içtihatlar tarafından geliştirilen ve *Case Law* olarak adlandırılan bir hukuktan oluşmaktadır. *Case Law* ise, *Common Law* ve *Equity* denilen iki kategoriden oluşur<sup>7</sup>. Esasen tarihsel olarak yerleşik olan hukuk düzeni *Common Law* hukuku iken, bu hukukun katı ve şekilci olmasından ötürü; *Equity*, onun karşısında bir gelişim çizgisi göstererek, sosyal ihtiyaçların ve gereklerin giderilmesi amacıyla, ahlaka ve vicdana göre karar verilmesini temin etmeye yönelmiştir<sup>8</sup>.

## 2. ROMA HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ GENEL OLARAK

Borç kavramı, Roma hukuku'nda *obligatio* olarak adlandırılmıştı. Bu kelime, "raptetmek" ve "bağlamak" anlamına gelen *ligare* kelimesinden türetilmiştir<sup>9</sup>. Bundan hareketle, *Iustinianus'un Institutiones'inin* "Borçlara Dair" kısmında borç, bir hukuki bağa benzetilmek suretiyle tanımlanmıştır<sup>10</sup>. Dolayısıyla, Roma hukukçuları, alacaklı ve borçlunun birbirine öyle bir bağ ile bağlı olduğuna inanmaktaydılar ki, bu ilişkiye üçüncü bir şahsın karışmasının mümkün olamayacağını düşünmekteydiler. Bu düşüncenin doğal bir sonucu olarak, Roma hukukçuları, borç ilişkisinde tarafların değişmesi anlamına gelen "alacağın temlik" ve "borcun nakli" fikrine yabancı kalmışlardı. Nitekim, *Gaius, Institutiones* adlı eserinde (2, 38-39) mülkiyetin nakli şekillerinden olarak *mancipatio*<sup>11</sup>, *in iure cessio*<sup>12</sup> ve

<sup>6</sup> OĞUZ, Arzu: **Karşılaştırmalı Hukuk**, Ankara, 2003, s. 254.

<sup>7</sup> OĞUZ: s. 254.

<sup>8</sup> OĞUZ: s. 264-265.

<sup>9</sup> RADO: Türkan: **Roma Hukuku Dersleri -Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1982, s. 6.

<sup>10</sup> *Iustinianus Institutiones*, (çev. Ziya Umur), İstanbul, 1955, s. ; RADO: s. 6; TAHİROĞLU: Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2000, s. 63; UMUR: Ziya: **Ders Notları, Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1987, s. 320.

<sup>11</sup> *Mancipatio*, beş baliğ Roma vatandaşının şahit, birinin terazi tuttuğu, malı devreden ve devralan olmak üzere sekiz kişinin huzurunda yapılan şekle bağlı bir hukuki işlemidir;

*traditio*<sup>13</sup>, dan söz ettikten sonra, alacağın devrinin bu şekilde yapılamayacağını söylemektedir<sup>14</sup>.

Borç ilişkisinde alacaklı ve borçlu tarafın değişmesini mümkün kılan kurumlar olarak karşımıza çıkan “alacağın temliki” ve “borcun nakli” ekonomik yaşamın bir gereğidir, yani ekonomik anlamda bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacın Roma toplumunda da, ekonomik ve sosyal gelişmelere paralel olarak, ortaya çıkması kaçınılmazdı. Öyleyse, hukuk sistemi bu soruna bir çözüm üretmeliydi. Acaba, alacağın temlikine imkân tanımayan Roma hukuku bu sorunu nasıl çözmüştü? Zira ortada böyle bir ihtiyaç varsa, “işlevsel denklik ilkesi”ne göre, bu aynı hukuki kurum veya kavram kullanılarak olmasa bile, mutlaka bir yolla karşılanmalıydı<sup>15</sup>.

İlginçtir ki, *Common Law* da aynı gerekçelerle alacağın temlikine imkân tanımamış ve aşağıda açıklanacak olan iki kurumu kullanmak suretiyle, alacağın temlikinin neticeleri elde etmeye çalışmıştır. Bu iki kurumun mahzurları da her iki hukuk sisteminde benzer biçimde ifade edilmiştir<sup>16</sup>.

#### ROMA HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ YERİNE KULLANILAN HUKUKSAL KURUMLAR

Roma hukukçuları, bu sorunun çözülmesi için, tarihsel gelişim süreci içinde iki farklı kuruma başvurmak suretiyle çözüm aramışlardır. Bunlar, *aktif havale* ve *dava vekâletidir*. Günümüzde bile, bazı özel sebeplerle, alacağın temliki yerine bu iki hukuki yola başvurulmaktadır<sup>17</sup>. Bu kurumlar aşağıda tarihsel süreçlerine paralel olarak açıklanacaktır:

##### **AKTİF HAVALA (DELEGATIO NOMINIS)**

Borç ilişkisinin aktif tarafında yer alan alacaklının değiştirilmesini hedef tutan ve ilk çare olarak düşünülen bu yöntemde; asıl alacaklı, borçlusuna kendisine olan borcunu üçüncü bir şahsa vaat etmesini

UMUR: Ziya: **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul, 1983, s. 131.

<sup>12</sup> *Mancipatio* gibi *res mancipi* malların (İtalyan yarımadasında bulunan arazi veya at, eşek gibi yük ve çeki hayvanlarından oluşan mallar) mülkiyetini nakletmeye yarayan yollardan biridir. UMUR: Lügat, s. 88.

<sup>13</sup> Eski Hukuk Dönemi ve Klasik Hukuk Döneminde yalnızca *res nec mancipi*'lerin mülkiyetini nakletmeye yarayan bu hukuki işlem, *Iustinianus* Döneminde mallar arasında bu ayrım kalktığından tüm malların mülkiyetinin nakli *traditio* (teslim) yoluyla yapılmaya başlanmıştı. UMUR: Lügat, s. 212-213.

<sup>14</sup> DI MARZO, Salvatore: **Roma Hukuku**, (çev. Ziya UMUR), İstanbul, 1959, s. 370; UMUR: Ders Notları, s.320; TAHİROĞLU: s. 63.

<sup>15</sup> OĞUZ: s. 74.

<sup>16</sup> DOWNNESS: Antony T. : **A Textbook on Contract**, London, 1995, s. 379.

<sup>17</sup> von TUHR, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2**, (çev. Cevat EDEGE), Ankara, 1983, s. 825.

emrederdi. Bu yolla, bir *stipulatio*<sup>18</sup> ile borçlu, borçlu olduğu şeyi yani edimi yeni alacaklıya ödemeyi vaat ederdi. Böylelikle, ilk alacaklının alacak hakkı sona erer ve onun yerini yeni alacaklı alırdı<sup>19</sup>.

Görüldüğü üzere, burada cereyan eden işlemin, bizim anladığımız anlamda, alacağın temlik ile herhangi bir ilişkisi yoktur. Zira ilk alacaklı ile borçlu arasındaki borç, hukuken ortadan kalkmakta, onun yerini yeni bir borç ilişkisi almaktadır. Bu işlem ise, alacağın temlik olmayıp, borcun yenilenmesi yani *novatio*'dur<sup>20</sup>. Hâlbuki alacağın temlikinden söz edilebilmesi için, alacak hakkı eski alacaklıda borçluya karşı ne şekilde mevcut ise, yeni alacaklıda da aynı şekilde mevcut olmalıdır<sup>21</sup>.

Yenilemenin böyle bir hukuki etkisinde söz edebilmek mümkün değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, yenilemede eski borç sona ereceğinden, eski borca bağlı ferî borçlar (faiz, kefalet vb.) ve bu arada borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu defiler de kendiliğinden (*ipso iure*) ortadan kalkar<sup>22</sup>. Burada göze çarpan bir başka önemli farklılık da, bu yola başvurulması durumunda, borçlunun rızasının aranması gereğidir. Zira *stipulatio* yoluyla yapılan yeni sözleşme, borçlu ile yapılmaktadır<sup>23</sup>. Oysa alacağın temlik işleminde, borçlunun rızasının aranması şöyle dursun, haberinin dahi olmasına gerek yoktur. İşlemin geçerliliğine veya yürürlüğüne borçlunun etki edebilmesi, bu işlemde beklenen yararları ortadan kaldırmayacağı gibi, olumsuz tavır takınmak suretiyle işlemin ortaya çıkmasına da engel olabilecektir. Zira borçlu için lazım gelen, borcunu ifa etmek olmalıdır. İfanın kime yapılacağı onun açısından hiçbir farkı olmamalıdır. Bu sebeple, onu bu ilişkiye katmamakla haklarını ortadan kaldıracak veya onu zarara uğratabilecek bir durum da söz konusu olmadığından, onu bu ilişkiye katmakta da korunmaya değer bir hukuki menfaati yoktur<sup>24</sup>.

Alacağın temlik yerine, yenilemenin yapılması halinde, işaret edilen bu farklılıkların, aynı zamanda bir sakınca teşkil ettiğini ve kurumdan beklenen yararları ortadan kaldırdığını da ayrıca belirtmek gerekir.

<sup>18</sup> Roma hukuku'nda taraflardan birinin belli kelimeler kullanarak sorduğu soruya, diğer tarafın aynı kelimelerle ve kayıtsız şartsız olarak onaylamak suretiyle cevap vermesiyle kurulan bir sözlü sözleşmedir; UMUR: Lügat, s. 202.

<sup>19</sup> UMUR: Ders Notları, s. 320; DI MARZO: s. 370; KOSCHAKER, Paul – AYİTER, Kudret: **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak- Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, 1971, s. 272-273; TAHİROĞLU: s. 64.

<sup>20</sup> UMUR: Ders Notları, s. 320; DI MARZO: s. 370; KOSCHAKER/AYİTER: s. 272-273; TAHİROĞLU: s. 64.

<sup>21</sup> KOSCHAKER/AYİTER: s. 272.

<sup>22</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.241; RADO: s. 235.

<sup>23</sup> UMUR: Ders Notları, s. 320.

<sup>24</sup> SAYMEN/ELBİR: s. 336.

### **DAVA VEKÂLETİ (MANDATUM AGENDI)**

Yenileme yoluyla alacağın devredilmesinin, yukarıda sayılan mahzurları sebebiyle, bir çözüm bulmak amacıyla, *praetor*lar tarafından farklı bir yöntem geliştirildi: *Formula* usulünde imkân tanınmış olan dolaylı temsil hükümlerinin uygulanması suretiyle, bir çözüm bulunmaya çalışıldı. Alacağı devretmek isteyen alacaklı, alacağını devretmek istediği kişiyi *procurator* olarak tevkil ediyordu. Doğrudan temsilin Roma hukuku'nda tanınmamış olması sebebiyle, *procurator*, sadece kendi namına ve ancak başkasının yararına işlem yapabiliyordu. Hâlbuki burada vekil, kendi işlerinin vekili (*procurator in rem suam*) olarak davayı takip etme yetkisiyle donatılmıştı<sup>25</sup>. *Procurator in rem suam* halinde, dava hakkının sahibi, davanın neticelerini vekile bırakmış olduğundan, alacak hakkını da ona bırakmış olmaktadır<sup>26</sup>. Burada izlenen yöntem şu idi: *Formula*'nın *intentio* kısmına asıl alacaklının adı konulur; fakat *condemnatio* kısmında vekilin adı yer alırdı. Davanın tespiti (*litis contestatio*) işleminden sonra, asıl davacı vekil (alacağı devralan) imiş gibi, davanın neticeleri onun üzerinde doğardı<sup>27</sup>.

Roma hukukçuları bu kurumu alacağın temlikli olarak değil, davanın temlikli olarak adlandırmışlardı. Oysa burada, dava dahi temlik edilmiş sayılamaz. Zira davanın *intentio* kısmında yine asıl alacaklının adı yer alıyordu ve bu yolla sadece dava bir vekile gördürülmüş oluyordu<sup>28</sup>. Hâlbuki davanın temlikinden söz edilebilmesi için, asıl alacaklının hiçbir aşamada davaya müdahale edememesi gerekir. Oysa müvekkilin vekili azletme yetkisi, her zaman mevcuttu.

Bu yöntemle, yenileme kurumunun mahzurları giderilmişti. Örneğin, borcun teminatları kendiliğinden sona ermiyor, borçlunun işleme katılması ve rızası aranmıyordu. Ancak, bu yola başvurulması halinde, başka sakıncalar ortaya çıkıyordu ve alacağın temlikli ile ulaşılmak istenen sonuçlar tam olarak elde edilemiyordu. İlk, vekil, davanın tespiti işlemi yapıncaya kadar dava üzerinde tasarruf hakkını haiz olmayıp, kendi namına hareket etmek imkânından da mahrumdu. Zira alacağın temlikli, davanın tespiti işlemi yapıncaya kadar gerçekleşmiyordu. Yeni alacaklının alacaklı sıfatını kazanabilmesi ve eski alacaklının bu sıfatını yitirebilmesi için davanın tespiti işleminin yapılması gerekiyordu<sup>29</sup>. Davanın tespiti işlemi yapıncaya kadar alacaklı, vekâlet sözleşmesini feshedebilir, alacağı bir başkasına aynı yolla

<sup>25</sup> RADO: s. 219; DI MARZO: s. 371; KOSCHAKER/AYİTER: s. 273; TAHİROĞLU: s. 65; OSER, H. /SCHÖNENBERGER, W.: *İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi*, (çev. Ferid AYİTER), Ankara, 1950, s. 962.

<sup>26</sup> UMUR: Lügat, s. 171.

<sup>27</sup> UMUR: Ders Notları, s. 320-321; DI MARZO, s. 371; KOSCHAKER/AYİTER: s. 273; TAHİROĞLU: s. 65.

<sup>28</sup> UMUR: Ders Notları, s. 321.

<sup>29</sup> TAHİROĞLU: s. 65.

devredebilir, borçlunun yapacağı ifayı kabul edebilir veya borçluyu ibra edebilirdi. Bütün bu ihtimallerin gerçekleşmesi durumunda, vekilin (alacağı devralan kişinin) başvurabileceği bir hukuki imkân da mevcut değildi. İkinci olarak, davanın tespiti işlemi yapılmaya kadar geçen sürede, asıl alacaklının ölmesi durumunda da vekâlet sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden, vekilin (devralan alacaklının) hakları da buna bağlı olarak sona ererdi<sup>30</sup>.

Bu yöntemin, hiç dile getirilmemiş, ancak bizce en önemli mahsuru; bu yöneme sadece dava aşamasında başvurulabilmesidir. Oysa yukarıda da izah edildiği üzere, alacağın temlik, ekonomik gereksinimlerin karşılanmasını amaçlayan ve temlik eden kişiye kredi sağlayan bir kurumdur. Dolayısıyla, temlik eden kişi açısından kredi temini, alacağı devretmeye bağlıdır. Temellük edenin, dava olmaksızın alacağı temellük edememesi, onu bu işleme başvurmadan çoğunlukla alıkoyacaktır. Bu durum ise, temlik edene kredi sağlanmasını büyük ölçüde imkânsız hale getirecektir.

Bu gibi sakıncaların ortadan kaldırılabilmesi için, alacağın temlik işleminin vekâlet sözleşmesinin hükümlerine bağlı olması zaruretinden kurtarılması zarureti vardı. Bu sebeple, *Iustinianus* hukukunda, vekâletin feshi veya vekâlet verenin ölümü hallerinde, vekil sıfatıyla alacağı devralmış kişilerin kendi adlarına *actio utilis* şeklinde dava açabilecekleri kabul edildi<sup>31</sup>.

Klasik dönemde İmparator *Antonius Pius* (138-161), bir terekeyi satın alan kimseye, aynı terekeye borçlu bulunan bir kimse aleyhine *suo nomine*, yani kendi adına bir *actio utilis*<sup>32</sup> tanıdı. O devirde vekâlet almamış olanlara bu tür başka *actio utilis*'lerden faydalanma imkânı tanınmıyordu<sup>33</sup>. Sonraları alacak hakkının genel olarak kazanılmasında ve nihayet *Iustinianus* zamanında alacak hakkının karşılıksız olarak elde edilmesinde dava vekâletine bakılmaksızın devir işlemine dayanarak *actio utilis*'ler tanındı. Bu şekilde, alacağı devralan kişinin davası -muhtevası aynı olsa bile- alacağın temlik olmayıp, yeni bir dava yani bir *actio utilis* idi. Halefiyet ilkesi gereği, temlike rağmen, devreden alacaklının tasarruf yetkisi sona ermiyordu. Bu sebeple devreden alacaklı, kendisine yapılan ifayı kabul edebilir veya borçluyu ibra edebilirdi. Postklasik dönemde, temlikin devreden alacaklı ve borçlunun alacak üzerindeki tasarruf yetkilerini ortadan kaldırabilmesi için, temlik işleminin borçluya ihbarı koşulunu getirmişti. Borçluya ihbar yapılması durumunda, hem devreden alacaklının hem de borçlunun alacak

<sup>30</sup> UMUR: Ders Notları, s. 321.

<sup>31</sup> RADO: s. 219; UMUR: Ders Notları, s. 321; TAHİROĞLU: s. 66.

<sup>32</sup> *Actio utilis*, praetorlar tarafından, genellikle bir *ius civile* davasının ve istisnai olarak da bir praetor davasının uygulama alanını genişletmek amacıyla, *formula'nın intentio* kısmına bir *ficcio* (faraziye) eklemek suretiyle yarattığı bir dava şeklidir.

<sup>33</sup> DI MARZO: s. 371-372.

üzerindeki tasarruf yetkisi sona ererdi<sup>34</sup>. Alacağı devralan alacaklıya *actio utilis* 'lerin tanınmasıyla alacağın temlik, şekle bağlı olmayan bir temlik sözleşmesi ile yapılmaya başlanmıştı<sup>35</sup>. Yani temlik sözleşmesi, bu andan itibaren şekle bağlı olmaksızın yapılabiliyordu.

### ROMA HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Son İmparatorluk (*Dominatus*) döneminde alacağın temlikine ilişkin birtakım sınırlamalar getirilmişti. Bu sınırlamaları şöyle sıralamak mümkündür:

1. Üzerinde ihtilaf bulunan alacakların temlik yasaktı<sup>36</sup>.
2. Bazı kişiler, para sıkıntısı içinde bulunan kimselerin vadeli alacaklarını düşük fiyatlarla satın almakta ve sonradan borçludan borcun tamamını istemekteydiler. M.S. 506 yılında İmparator *Anastasius*, suiistimallere sebebiyet veren bu gibi alacağın temlik işlemlerine sınırlama getirmişti. Çıkardığı emirnameye göre, borçlu, alacağı devralan alacaklının ödediğinden fazlasını ödemeye mecbur değildi. *Iustinianus* da, bu emirnamenin hükümlerinden kurtulmak için düşünülen hileleri bertaraf etmek için aynı kuralı teyit etti<sup>37</sup>. UMUR'a göre, bu gibi kişilerin durumu Cumhuriyet öncesi dönemde memur maaşlarının Galata sarraflarına kırdırılmasına ve 1960'larda tasarruf bonolarının ucuz fiyatla satılmasına benzemektedir<sup>38</sup>.
3. Sosyal durumu yüksek olan nüfuzlu kimselere yapılan alacağın temlik (*cessio in potentiorem*) yasaklanmıştı<sup>39</sup>.
4. Nafaka gibi, alacaklının şahsına bağlı olan alacaklar temlik edilemezdi<sup>40</sup>.
5. Pupillus durumunda olan küçüğün vasisine veya kayyımaya yapılan temlikler geçersizdi<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> KOSCHAKER/AYİTER: s. 274.

<sup>35</sup> TAHİROĞLU: s. 66.

<sup>36</sup> RADO: s. 220; DI MARZO: s. 372; UMUR: Ders Notları, s. 321; TAHİROĞLU: s. 66.

<sup>37</sup> DI MARZO: s. 372.

<sup>38</sup> Bkz. UMUR: Ders Notları, s. 322.

<sup>39</sup> UMUR: Ders Notları, s. 321; TAHİROĞLU: s. 66; RADO: s. 220.

<sup>40</sup> UMUR: Ders Notları, s. 321; TAHİROĞLU: s. 66.

<sup>41</sup> UMUR: Ders Notları, s. 321; TAHİROĞLU: s. 66; RADO: s. 220.

### 3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ALACAĞIN TEMLİKİ GENEL OLARAK

Alacağın temliki, BK.'nın 162-172.maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde, alacağın temlikinin ya bir kanun hükmünden veya bir mahkeme kararından ya da tarafların iradesinden doğabileceğini görmekteyiz. Bu bakımdan, alacağın temlikini doğuran sebebe dayalı olarak üç tür temlikten söz etmek mümkündür: “Kanuni temlik”, “kazaî temlik” ve “akdî temlik”. Gerçek anlamda alacağın temlikinden kastedilen bu sonuncu tür, yani akdî temliktir<sup>42</sup>. Bu sebeple, çalışmamızın ağırlık merkezini, akdî temlik konusu oluşturacak ve alacağın temliki ile ilgili yapacağımız açıklamalar, bu konuya istinat edecektir.

Roma hukuku'nda olduğu gibi, *Common Law* da alacak haklarının temliki fikrine uzunca bir süre yabancı kalmıştır. Zira borç ilişkisinin, borçlunun rızası olmaksızın, üçüncü şahısların araya girmesi için fazla kişisel olduğuna inanılıyordu<sup>43</sup>. Bu sebeple, temlik kurumu daha ziyade *Equity*'de gelişim çizgisi göstermiştir. Alacağın temliki (*assignment*), *Common Law* bakımından temellük eden kişiye bir dezavantaj yaratıyordu; zira *Common Law* gereği, alacağın temlikinden kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu ise, temellük edenin dava açabilmesi için temlik eden onayına ihtiyaç duymaktaydı. Oysa *Equity* kurallarını uygulayan bir mahkemede dava açılması durumunda, temlik edenin onayına ihtiyaç duyulmazdı<sup>44</sup>.

İngiliz hukukunda temlik ikiye ayrılmaktadır: Zorunlu temlikler (*involuntary assignment*) ve rızaî temlikler (*voluntary assignment*). Zorunlu temlikler, kişinin ölümü veya iflası halinde kendiliğinden gerçekleşirler ve temlik ile asıl kastedilen bu temlik türü değildir. Çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden rızai temlikler de kendi içinde ikiye ayrılırlar: Kanuni temlikler (*statutory assignments*) ve *Equitable Temlikler* (*Equity* hukuku'nun tanıdığı temlikler)<sup>45</sup>.

1873-75 tarihli *The Judicature Acts*'in, hem *Common Law* hem de *Equity* kurallarını uygulamakla görevli bir birleşik mahkemeler sistemi kurmasıyla, alacağın temliki tüm mahkemelerde işleme konabilir hale geldi.

<sup>42</sup> EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2003, s. 1180.

<sup>43</sup> DOWNESS: s. 379-380.

<sup>44</sup> CALAMARI, John D./PERILLO, Joseph M. : **The Law of Contract**, Hornbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1970, s. 402; DOWNESS: s. 379-380; OĞUZ, s. 267 dipnot 4; *Common Law*'un bu tutumunun temelinde yatan sebebin, *Common Law* gelişirken zenginliğin ölçüsünün menkul ve gayri menkullerle ölçülmesi olduğu, halbuki günümüz ticari hayatında daha ziyade, banka hesaplarının, hisse senetlerinin vb. önem kazandığı, bu gibi değerlerin ise soyut niteliği dolayısıyla algılanamadığı ifade edilmiştir; bkz. CALAMARI/PERILLO: s. 403.

<sup>45</sup> DOWNESS: s. 379; ANSON, Sir William R.: **Principles of the English Law of Contract**, London, 1964, s.384, 389.

Bu sistemle kanuni temlikler ile *Equity* hukukundan doğan temlikler arasındaki farklar, varlığını halen devam ettirmekle birlikte, belirsizleşti. Fakat *Equitable* temlikler, kanun hükümlerinin eksik kaldığı durumlarda, onun boşluğunu doldurmak gibi bir işlevi halen görmektedir<sup>46</sup>.

Bu gelişmeden sonra, alacağın temlik bakımından önemli bir gelişme 1925 tarihli *The Law of Property Act*'ın 136. maddesiyle getirilmiştir. Anılan hüküm, alacağın temlikini *Common Law*'ın katı ve şekilci özelliğinden kurtarmıştır. Bu düzenlemeye göre temlik eden, borçlunun rızasına gerek duymaksızın alacak hakkını üçüncü şahsa devredebilecek ve herhangi bir dava açma durumu söz konusu olduğunda, temellük eden temlik edene ihtiyaç duymadan kendi adına dava açabilecekti<sup>47</sup>. Ancak, bu hüküm *Equitable* temliklerin hükümlerine, zarar görmemesi için dokunmamıştır. Hüküm, temellük edene kendi adına dava açma imkânı getirmiştir<sup>48</sup>.

### AKDİ (RIZAI, İRADİ) TEMLİK

#### TANIM

Borçlar Kanunumuzun anılan hükümlerinde, alacağın temlikine ilişkin herhangi bir tanım yer almamaktadır. Ancak, yapılan düzenlemeler bir bütün olarak dikkate alındığında, şöyle bir tanım getirmek mümkündür: Alacaklının bir borç ilişkisinde borçlunun rızasına gerek duymaksızın, alacağını tasarrufî ve soyut bir işlemle üçüncü bir şahsa<sup>49</sup> devretmesine imkân sağlayan yazılı şekle bağlı bir sözleşmedir.

Bu tanımdan hareketle, alacağın temlikinin hukuki niteliğini ve koşullarını belirlemek mümkündür. Ancak, bu belirlemeden önce, alacağın temlikinin amacından söz etmenin yararlı olacağı kanısındayız.

#### ALACAĞIN TEMLİKİNİN AMACI

Alacaklı, alacağını bir üçüncü şahsa devrederken farklı amaçlarla hareket etmiş olabilir.

Alacaklı, alacağını temlik ettiği üçüncü şahsa olan mevcut bir borcunu

<sup>46</sup> DOWNESS: s. 380.

<sup>47</sup> DOWNESS: s. 380; ANSON: s. 389-390.

<sup>48</sup> ANSON: s. 390.

<sup>49</sup> Alacağı devralan tarafta (temellük eden) birden fazla şahsın yer alması mümkündür. Bu sebeple, "şahıs" deyimini yerine "taraf" veya "köşe" deyimini kullanmanın daha isabetli olacağı ifade edilmiştir (Bu yönde bkz. Kocaman, s. 8, dipnot 44); esasen, yazar bu yönde haklı olmakla birlikte, "şahıs" deyimini kullanmanın maksadın anlaşılmasına engel teşkil edecek herhangi bir yönü bulunmadığından, Kanunda ve doktrinde de genel olarak bu deyim kullanımı tercih edildiğinden ve belki de en önemlisi böyle alışlageldiğinden; bir başka yönüyle de yazarın tercih ettiği "köşe" deyimini zihinlerde bir nesne çağrışımı yaptığından, biz de "şahıs" deyimini kullanacağız. Benzer yönde "şahıs" deyiminin kullanılmasına birkaç örnek için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 240 vd.; EREN: s. 1176 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, ÖNEN, Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000, s. 906 vd.

*ifa amacıyla* yapabilir. Önce kendi borçlusundan olan alacağını tahsil edip, sonra kendisinin borçlu olduğu şahsa ifa etmek yerine, daha kolay bir yol olan alacağın temlik yolunu seçmek suretiyle, kendi alacaklısını borçlusunun alacaklısı durumuna getirebilir<sup>50</sup>. Bu yolun, alacağı temellük eden (devralan) şahsa yönelik olumsuz bir yönü de yoktur. Zira ileride açıklanacağı üzere, bir ivaz karşılığı yapılan temliklerde, kural olarak temlik eden (devreden) tarafın kanundan kaynaklanan bir garanti yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla, temellük eden şahıs, alacağın temlik yoluyla çifte güvenceye sahip olacaktır.

Alacaklının, alacağını *tahsil amacıyla temlik* etmesi de mümkündür. Alacaklı, işlerinin yoğunluğu veya üşengeçliği sebebiyle, alacağı bizzat tahsil etmek yerine; üçüncü şahsa temlik etmek suretiyle kendisini aradan çıkarabilmektedir. Bu yola, daha ziyade bono veya çek gibi kambiyo senetleri için başvurulmaktadır<sup>51</sup>.

Alacaklı, alacağını üçüncü şahsa olan borcunun *teminatı* olmak üzere de temlik edebilir. Bütün bu sayılan sebeplerin dışında, nihayet alacaklı alacağını *bağışlama amacıyla* da temlik edebilir. Bu tür bir temlikte alacaklı, alacağını üçüncü şahsa herhangi bir ivaz karşılığı olmaksızın temlik etmektedir.

### **ALACAĞIN TEMLİKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yukarıda yapılan tanım ve Borçlar Kanunu'nun düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, alacağın temlikinin hukuki niteliği şu şekilde belirlenebilir:

#### **Alacağın Temlik Bir Sözleşmedir**

B.K.'nin 163. maddesi “Akdin Şekli” kenar başlığını taşımaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, alacağın temlik bir sözleşmedir. Bu sözleşme, alacağı devreden şahıs (temlik eden) ve alacağı devralan şahıs (temellük eden) arasında yapılan, her sözleşmede olduğu gibi, “icap” ve “kabul”den meydana gelir<sup>52</sup>.

Alacağın temlik bir sözleşme olmakla birlikte, borç doğuran bir sözleşme değildir. Bu sebeptendir ki, Borçlar Kanunumuzun “özel borç ilişkileri”ni düzenleyen kısımda (m. 181 vd.) değil; “genel hükümler”e ilişkin kısımda düzenlenmiştir<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> KILIÇOĞLU: s. 543; REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2002, s. 380.

<sup>51</sup> KILIÇOĞLU: s. 543-544; REİSOĞLU: s. 380.

<sup>52</sup> FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, İstanbul, 1977, s. 613-614; SAYMEN, Ferit H.: **Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler**, İstanbul, 1950, s. 237-238; SAYMEN/ELBİR: s. 328; SAYMEN, Ferit Hakkı/KÖPRÜLÜ, Bülent: **Medeni Hukuk Dersleri Cilt II Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1965, s. 123; BAŞTUĞ, İrfan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Manisa, 1984, s. 200.

<sup>53</sup> EREN: s. 1181.

Alacağın temlikinin sözleşme olmasının bir gereği olarak, bünyesine uygun düştüğü ölçüde sözleşmelere uygulanan genel hükümler, bu sözleşmeye de uygulanacaktır. Örneğin, tarafların ehliyet noksanlığı, muvazaa, gabin, irade fesadı halleri (hata, hile, ikrah), temsil gibi genel olarak sözleşmelere uygulanan hükümlerin burada da uygulama yeri olacaktır<sup>54</sup>.

#### **Alacağın Temliki Bir Tasarruf İşlemidir**

Alacağın temliki yeni bir alacak doğurmayıp, mevcut borç ilişkisinin sadece aktif tarafını değiştirir. Bu yolla mevcut alacak; temlik edenin malvarlığından çıkmakta, temellük edenin malvarlığına geçmek suretiyle bir çoğalma meydana getirmekte ve alacak hakkı üzerine doğrudan tesir etmektedir. Bu sebeplerle, alacağın temliki bir tasarruf işlemidir<sup>55</sup>. Yine bu sebeplerle, alacağın temliki borç doğuran bir sözleşme değildir<sup>56</sup>. Ayrıca, bir taraf için, tasarruf işlemi olan alacağın temliki, diğer taraf için kazandırıcı işlemidir.

Alacağın temlikinin bir tasarruf işlemi sayılmasının bir başka sonucu da, temlik eden şahsın tasarruf yetkisini haiz olmasını gerektirmesidir. Bu konuya ilerde tekrar değinilecektir.

#### **Alacağın Temliki Soyut Bir İşlemdir**

Alacağın temlikinin soyut bir işlem mi, sebebe bağlı bir işlem mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Tartışmaların ne yönde olduğunu ifade etmeden önce, bu saptamanın önemine işaret etmek gerekir. Her şeyden önce, alacağın temliki soyut bir işlem kabul edilince, yapılan temlik sözleşmesine esas olan asıl borç ilişkisi geçersiz olsa veya son bulsa bile temlik sözleşmesi bundan etkilenmeyecek ve varlığını devam ettirecektir. Şayet alacağın temliki sebebe bağlı olarak kabul edilirse, temlike esas teşkil eden borç ilişkisi temlik sözleşmesini de etkileyecek ve örneğin asıl borç ilişkisi herhangi bir sebeple bâtil olursa (ehliyetsizlik, şekil, kanuna ve ahlaka aykırılık gibi) temlik sözleşmesi de bu sebeple geçersiz sayılacaktır<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> von TUHR: s. 826-827; Yargıtay da aynı esası şu şekilde ifade etmiştir: "...Alacağın temliki; mücerret faydalandırıcı bir muameledir. Hükümleri Borçlar Kanununda tanzim edilmiş olmasına rağmen borç doğuran akitlerden değildir. Belirli alacağı, temlik edenin Patrimuvanından çıkarıp temlik alanın patrimuvanına geçirir. Arz ettiği bu niteliğe rağmen Borçlar Kanununun borç doğuran akitlerin in'ikadına, irade fesadına, temsile veya tâliki ve infisahi şarta müteallik hükümleri, alacağın temlikine de uygulanır." Yargıtay İD. 5/12/1968 tarih ve E. 11365, K. 11427 sayılı kararı, KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt**, Beta Yayınları, İstanbul, 1992, s. 1694 dipnot 12'den naklen.

<sup>55</sup> ÖNEN: s.87; EREN: s. 1180; FEYZİOĞLU: s. 238; alacağın temlikinin tasarruf işlemi olduğu yönünde bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 9/7/1974 tarih ve E. 5767, K. 4470 sayılı kararı, KARAHASAN, s. 1691 dipnot 5; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18/2/1965 tarih ve E. 8716, K. 862 sayılı kararı, KARAHASAN, s. 1693 dipnot 11a.

<sup>56</sup> von TUHR: s. 826; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 123.

<sup>57</sup> SAYMEN/ELBİR: s. 330.

Doktrinde bir kısım yazarlar, alacağın temlikinin sebebe bağlı olduğu görüşündedirler<sup>58</sup>. Bu görüşe göre, karşı görüş taraftarları iki temel varsayıma dayanmaktadırlar: Bunlardan ilki, bütün tasarruf işlemlerinin soyut olması gerekeceği fikridir. İkinci olarak, alacağın temlikini soyut kabul etmenin ticari hayatta bulunması gereken güven ve istikrar ilkesine daha uygun düşeceğinden borçlunun ve temellük edenin daha iyi korunacağı fikridir. Bu iki temel varsayıma özetle şu gerekçelerle karşı çıkmaktadır: Alacağın temliki aynı zamanda bir kazandırıcı işlemidir. Her kazandırıcı işlem gibi hukuki bir sebebe ihtiyaç gösterir. Kanun koyucunun en önemli tasarruf işlemlerinden olan taşınır ve taşınmaz malların mülkiyetinin intikalinde bile sebebe bağlılığı araması karşısında, alacağın temliki için farklı düşünmek yersiz olacaktır. Güven ve istikrar ilkesi için, “alacağın temlikinin tek fonksiyon ve işlevi bunu sağlamak değildir. Ayrıca Federal Mahkeme de, soyutluk görüşünden vazgeçme eğilimi içindedir<sup>59</sup>, denilmektedir. Bu görüş azınlıktadır<sup>60</sup>.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre<sup>61</sup> alacağın temliki, en azından ticari ve sosyal yaşamda bulunması gereken güven ve istikrarı sağlayacağı gerekçesiyle soyut kabul edilmek zorundadır. Yargıtay da, alacağın temlikinin soyut bir işlem olduğu görüşündedir<sup>62</sup>. Alman hukuku’nda da alacağın temliki, diğer devir amacı sözleşmelerinde olduğu gibi, soyut kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Hukuk düzeni, hukuksal işlemi yapan

<sup>58</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 241-242; EREN: s. 1181-1184; DAYINLARLI, Kemal: **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, Ankara, 2000, s. 90-93.

<sup>59</sup> Bu konudaki karar için bkz. BGE. 84 II 355=jdT.1959 I 198, KANETİ, Selim: **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964)**, Ankara, s. 262.

<sup>60</sup> Gerçi EREN baskın olan görüşün sebebe bağlılığı savunanlar olduğunu ifade etmekteyse de; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU ve ALTOP, EREN gibi sebebe bağlılık görüşünü savunduğu halde kendilerinin azınlık olduğunu dile getirmektedir; bkz. EREN: s. 1183; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 241.

<sup>61</sup> von TUHR: s. 829-830; OSER/SCHÖNENBERGER: s. 963; TUNÇOMAĞ, Kenan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I. Cilt**, İstanbul, 1972, s. 655; AYBAY, Aydın : **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm**, İstanbul, 1991, s. 198; İNAN, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1984, s.387; ÖZSUNAY, Ergun: **Borçlar Hukuku I**, İstanbul, 1983, s. 184; BAŞTUĞ, s. 201; SAYMEN: s. 239; SAYMEN/ELBİR: s. 330-331; SAYMEN/KÖPRÜLÜ: s. 124; FEYZİOĞLU: s. 614-615; ÖNEN: s. 87; ARIK, Kemal Fikret: **Borçlar Hukuku I - Umumi Hükümler**, Ankara, 1964, s. 246; REİSOĞLU: s. 380.

<sup>62</sup> “Temlik borç doğuran bir akid değil, alacağı başkasına geçiren soyut (mücerret) bir tasarruftur. Bu işlemle temellük eden (devralan), alacaklının (devreden) halefi olmaktadır. Temlik, nasıl defi yönünden borçlunun durumunu ağırlaştırıcı bir değişiklik yaratmıyorsa (BK m. 167), temellük edenin durumunu da ağırlaştırıcı bir sonuç meydana getirmez. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16/2/1976 tarih ve E. 1975/1212, K. 1976/1049 sayılı kararı, FEYZİOĞLU: s. 615 dipnot 9a’dan naklen. Bu yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay İİD. 5/12/1968 tarih ve E. 11365, K. 11427 sayılı kararı, KARAHASAN, s. 1694 dipnot 12.

<sup>63</sup> ARSEBÜK, Esat: **Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, 1937, s. 567.

tarafları düşünmek zorundadır. Sebebe bağlılık ile soyutluk arasındaki farkı bilemeyecek durumda olan kişiler, bir sürprizle yüz yüze bırakılmamalıdır. Taraflar istiyor iseler, aralarındaki sözleşme ile alacağın temlikini sebebe bağlı hale getirebilecekleri, zaten tartışmasız kabul edilmektedir.

Şunu önemle belirtmek gerekir ki, temlikin soyut olması, onun taraflarca kötüye kullanılmasına imkân vermez. Temlik soyut olmasına rağmen, kanuna karşı hile amacıyla yapılmış olursa, hükümsüz sayılır<sup>64</sup>.

### **Alacağın Temliki Şekle Bağlı Bir İşlemdir**

B.K.'nun 163/1. maddesi gereğince, alacağın temliki yazılı bir şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. Burada söz konusu olan şekil, Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere, ispat şekli olmayıp; sıhhat şeklidir. Bu bakımdan, emredici niteliktedir ve taraflarca aksi kararlaştırılmayacağı gibi temlik edenin ikrarının da herhangi bir hukuki önemi yoktur. Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

### **ALACAĞIN TEMLİKİNİN KOŞULLARI**

Alacağın temlikinden söz edilebilmesi için gereken şartlar, hukukumuzda ve İngiliz hukuku'nda farklı düzenlenmiştir. Türk hukuku'nda gereken şartları temel alarak aşağıda bir tasnif yapılacaktır. Ancak, İngiliz hukuku'nda durumun biraz farklı olduğunu belirtmek gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere, İngiliz hukuku'nda alacağın temliki ikiye ayrılmaktadır. bu ayrıma paralel olarak, gereken koşullar da farklıdır. Kanuni temlik (*statutory assignment*) için gerekli koşullar *The Law of Property Act*'ın 136. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre, kanuni temlikten söz edebilmek için gerekli şartlar şunlardır:

1. **Temlik mutlak olmalıdır (*absolute assignment*):** Mutlak temlik ile kastedilen, borçlunun borcunu kime ifa etmesi gerektiğinin bilinmesidir. Bu bakımdan, kısmen yapılan temlik, borçlunun borcunu kime ifa edeceği konusunda belirsizlik yarattığından ve daha da önemlisi, borçlunun davada birden fazla kişiyle karşılaşması riskini doğurduğundan, mutlak temlik sayılamaz<sup>65</sup>. Bu itibarla da caiz değildir. Yine aynı şekilde, şayet temlik ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olayın gerçekleşmesi ile hüküm ve sonuç doğuracaksa veya ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olayla son bulacaksa, yine mutlak temlik olmaz<sup>66</sup>. Bir başka anlatımla, bizim hukukumuzdan farklı olarak, temlik taliki veya infisahi şarta bağlı olarak yapılamaz. Bu noktada ABD hukukunda bir farklılık söz konusudur. Bu hukuka göre, temlik sözleşmesi şarta bağlı olarak yapılabilir. Ancak, temlike konu olacak şarta bağlı ise temlik caiz değildir<sup>67</sup>. Üçüncü bir husus da şudur ki, temlik, bir

<sup>64</sup> ÖZSUNAY: s. 185.

<sup>65</sup> DOWNNESS: s. 381; ANSON: s. 390.

<sup>66</sup> ANSON: s. 390.

<sup>67</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 418.

mükellefiyet biçiminde yapılamaz; zira bu durumda da, temlik edilen şey belli değildir<sup>68</sup>.

**2. Temlik yazılı olmalıdır<sup>69</sup>.**

**3. Temlik borçluya ihbar edilmiş olmalıdır<sup>70</sup>.**

**4. Hak devredilebilir bir nitelik taşımalıdır:** Bu husustan kastedilen, alacağın temlikinin yasaklanmamış olmasıdır<sup>71</sup>.

Kanuni temlikler bakımından, karşılıklılık (*consideration*) şartı ve temellük edenin kendi adına dava açamaması, buna mukabil dava açabilmek için temlik edenin adına açılması şartı aranmamaktadır. Bir başka anlatımla, kanuni temliklerde temellük eden borçluya karşı kendi adına dava açabilir ve temlikin geçerliliği için karşılıklılık şartı aranmaz.

Yukarıda sayılan koşulları taşımayan bir temlik, kanuni temlik sayılamaz. Ancak, bu koşulları taşımayan temlik, *Equitable* temlik niteliği kazanabilir<sup>72</sup>. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere, *Equitable* temlikler hükümleri itibariyle, temellük edenin durumunu zayıflatıcı niteliktedir.

*Equitable* temlikin söz konusu olabilmesi için gereken şartlar şöyle sıralanabilir:

**1. Karşılıklılık (Consideration):** Bu koşul, temlik eden ile temellük eden arasında bulunması gereken bir husus olup, borçlunun katılımına ihtiyaç duyulmaz. Borçlunun tek ilgisi, ifayı kime yapacağını bilmekle sınırlıdır.

*Equity* hukukunda, *Equitable* temliklerin tamamı için karşılıklılık şartı aranacağı ifade edilmiş ise de, bunu tüm uyumsuzluklar için geçerli saymak doğru değildir<sup>73</sup>. Bir kere, somut olan hakların temlikinde bir sorun bulunmamak gerekir. Örneğin, somut bir alacağın hibe yoluyla (ivazsız olarak) temlikini geçerli saymak gerekir. Ancak, somut olmayan haklar için aynı şeyi kolaylıkla söyleyemeyiz. Örneğin, bir talep hakkının temliki böyledir. Bu gibi talep hakları karşılıklılık ve kesin bir sözleşmenin varlığı durumunda kabul edilebilir. Aynı şeyi henüz dava konusu yapılmamış tazminat talepleri için de söylemek mümkündür<sup>74</sup>.

ABD hukuku'nda temlik için karşılıklılık şartı aranmamaktadır<sup>75</sup>.

**2. Temlik Edenin Katılımı:** *Equitable* temlikte bazı durumlarda, temellük eden kendi adına borçluya karşı dava açamaz. Bunun için temlik

<sup>68</sup> ANSON: s. 390.

<sup>69</sup> Bkz. §.3, I, D, 3.

<sup>70</sup> Bkz. §.3, I, D, 3.

<sup>71</sup> Bkz. §.3, I, D, 2.

<sup>72</sup> DOWNESS: s. 382.

<sup>73</sup> ANSON: s. 395.

<sup>74</sup> DOWNESS: s. 383.

<sup>75</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 407.

edenin katılımı zorunludur. Bu durum bilhassa, temlik edenin borç ilişkisinde henüz çıkarının kalması durumunda söz konusu olmaktadır<sup>76</sup>. Örneğin, (A), kiracısı (C) ile aralarındaki kira sözleşmesinden olan altı aylık kira alacağını (B)'ye temlik ederse, altı aylık kira alacağı (B)'ye intikal edecek ve fakat (A)'nın henüz (C) ile arasındaki borç ilişkisi devam edecektir. Bu durumda, (B) ileride herhangi bir sebeple, (C)'ye karşı kendi adına dava açamaz. Bunun için davanın (A) tarafından açılması gerekir<sup>77</sup>. Görüleceği üzere, bu durum temellük edenin durumunu zayıflatmaktadır.

*Equitable* temliklerde yazılı şekil şartı ve borçluya ihbarname bildirimini sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Ancak, sıhhat şartı olarak mevcut olmasa bile, ispat için bu koşulların varlığı temellük edenin yararına olacaktır.

Yukarıda verilen tanım çerçevesinde, hukukumuzda alacağın temlikinden söz edebilmek için şu koşulların bulunması gerekir:

### **Taraflara İlişkin Şartlar**

Taraflara ilişkin şartları iki başlık altında toplamak mümkündür:

#### **Tarafların Fiil Ehliyeti Olmalıdır**

Daha önce de ifade edildiği üzere, alacağın temliki bir sözleşmedir. Bu bakımdan, bir sözleşmede bulunması gereken tüm unsurları taşımasının yanı sıra, sözleşmelere ilişkin Borçlar hukukunda yer alan ilke ve kurallara da uygun olmak zorundadır<sup>78</sup>. Alacağın temliki sözleşmesi, temlik edenin icapta bulunması ve temellük edenin kabul beyanıyla kurulur. Bir başka anlatımla, temlik edenle temellük edenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşme kurulur.

İcap ve kabul bir irade beyanı olduğundan, tasarrufta bulunanların fiil ehliyetini haiz olmaları gerekir<sup>79</sup>. Ancak burada icapta bulunan temlik eden ile kabul beyanında bulunan temellük eden arasında alacağın temlikinin ivazlı olup olmaması ihtimallerine göre bir ayırım yapılmalıdır. Şayet alacağın temliki ivazsız ise, temellük edenin mümeyyiz olması yeterlidir. Ayrıca ergin ve kısıtlanmamış olması şartlarını aramaya gerek yoktur. Buna karşılık, alacağın temliki ivazlı ise; o takdirde alacağı temellük edenin tam ehliyetli olması gerekir. Eğer temellük eden küçük veya kısıtlı ise, kanuni temsilcilerinin izin veya icazetine ihtiyaç vardır<sup>80</sup>. Alacağı temlik eden ise, herhalde tam ehliyetli olmalıdır.

<sup>76</sup> ANSON: 393; DOWNESS: s. 382.

<sup>77</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 259.

<sup>78</sup> FEYZİOĞLU: s. 626.

<sup>79</sup> EREN: s. 1184; FEYZİOĞLU: s. 625.

<sup>80</sup> EREN: s. 1184; FEYZİOĞLU: s. 625.

### Temellük Edenin Tasarruf Yetkisine Sahip Olması Gerekir

Alacağın temlik bir tasarruf işlemi olduğundan, tasarrufta bulunanın yani temlik edenin, söz konusu alacak üzerinde tasarruf yetkisi olmalıdır<sup>81</sup>. Şayet temlik eden, alacak üzerinde tasarruf yetkisinden yoksun ise, alacağın temlik hükümsüz olur. Örneğin, alacaklı iflas etmiş ise, alacak üzerindeki tasarruf yetkisi iflasın açılmasıyla (İİK. m. 165) kendiliğinden ortadan kalkıp, bu yetki iflas masasına geçeceğinden (İİK m. 184), artık alacaklının tasarruf yetkisi kalmaz. Böyle bir tasarruf da, iflas alacaklılarına karşı hüküm ifade etmez (İİK m. 191).

Benzer şekilde, Medeni Kanun gereğince; terekenin resmen idaresi (MK m. 592 vd.), resmen tasfiyesi (MK m.632 vd.), defter tutma işleminin devamı süresince(MK m. 619 vd.) mirasçılarının yapmış oldukları -her türlü tasarruf işlemi gibi- alacağın temlik işlemi de tereke idaresinin muvafakati olmaksızın hiçbir hüküm ifade etmez.

Temellük edenin, birden fazla kişiye alacağı temlik etmesi durumunda, ilk temlik işleminden sonra alacak üzerindeki hakkı (tasarruf yetkisi) sona ereceğinden, sonradan yapmış olduğu temlikler geçersiz olacaktır. Şayet, birden fazla temlik var ise ve bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisi tespit edilemiyorsa, alacağı temellük edenlerin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, tamamı bâtil sayılmalıdır<sup>82</sup>.

### Konuya İlişkin Şartlar

Bu konuda, İngiliz hukuku ile hukukumuz arasında büyük benzerlikler mevcuttur. Bu sebeple, ilgili başlıklarda her iki Hukuk sistemine ilişkin düzenlemeleri birlikte ele alacağız. ABD hukuku'nda, *Uniform Commercial Code*'un 2. maddesi hangi hakların temlik edilemeyeceğini belirlemiştir. Bu ilkelere ilgili bölümde değinilecektir. Ancak, genel bir temlik yasağı olarak, kamu düzeni gerekçesiyle hukuken bazı hakların temlikinin yasaklanabileceği ifade edilmektedir<sup>83</sup>.

Hukukumuzda bu şartları doğru bir şekilde tespit edebilmek için, öncelikle sözleşme özgürlüğünden kısaca söz etmek yararlı olacaktır. Ancak bu sayede, tarafların alacağın temlikine ilişkin bir sözleşmeyi konu (muhteva) itibariyle ne şekilde yapabilecekleri tespit edilebilir. Her şeyden önce, sözleşme özgürlüğü Anayasal olarak tanınmış bir haktır (AY. m. 48). Sözleşme özgürlüğü, birçok yönü olması itibariyle, tarafların sözleşmenin konusunu serbestçe tayin edebilmeleri ve değiştirebilmeleri hususundaki özgürlüğü de içerir<sup>84</sup>. Sözleşmenin konusunu tespit özgürlüğü B.K.'nin 19/1. maddesinde düzenlenmiş ve bu maddede, bir sözleşmenin konusunun

<sup>81</sup> FEYZİOĞLU: s. 626; İNAN: s.388; SAYMEN: s. 238.

<sup>82</sup> FEYZİOĞLU: s. 628; bu konuda bazı örnek kararlar için bkz. aynı yer dipnot 32.

<sup>83</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 409.

<sup>84</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 362.

Kanunun gösterdiği sınır içinde serbestçe tayin olunabileceği hükme bağlanmıştır. Demek ki, burada sınırı kanun belirleyecektir. Doğaldır ki, maddede geçen “kanun” deyimini Borçlar Kanunu ile sınırlı olmayıp, geniş olarak yorumlanması gereken bir ifadedir.

Kural olarak, her çeşit alacağın temliki mümkündür. Bu yönüyle, alacağın şarta veya vadeye bağlı olmasının, mevcut veya doğacak bir alacak olmasının, muaccel olup olmamasının, temlik edilen alacağın doğuş sebebinin (haksız fiil, sebepsiz iktisap, sözleşme vb.) çekişmeli olup olmamasının bir önemi yoktur<sup>85</sup>. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, alacağın temlikinin bir sözleşme olması sebebiyle; sözleşmelere ilişkin genel nitelikteki butlan sebepleri burada da uygulama alanı bulacaktır<sup>86</sup>. Örneğin, alacağın temliki hukuka ve ahlaka aykırı olmamalı (B.K. m. 20/1), temlikin konusu imkânsız olmamalı (B.K.m. 20/1), kamu düzenine aykırı olmamalı (B.K.m.20/1), hak ve fiil ehliyetini kısıtlar nitelikte olmamalı ve kişilik haklarını hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlamamalıdır (M.K. m.23). Borçlar Kanunumuzun 19 ve 20. maddelerinde düzenlenmiş bulunan ve sözleşmeyi geçersiz kılan bu gibi genel sınırlama sebeplerinin yanı sıra, özel nitelikteki sınırlayıcı bir hükmü B.K.'nun 162/1. maddesi getirmiştir: “Kanun ve akit ile veya işin mahiyeti icabı menedilmiş olmadıkça borçlunun rızası aranmaksızın alacaklı alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir.” Bu hükümden, alacağın temlikine ilişkin, konu itibariyle üç tür sınırlamadan söz etmek mümkündür. Bunlar:

#### Temliki Kanunen Yasaklanmış Alacaklar

Kanun, bazı alacakların borçlunun rızası alınmaksızın üçüncü şahıslara devredilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Özel nitelikteki bu hükümlere şu örnekler verilebilir:

M.K.'nun 25/4. maddesi gereğince; manevi tazminat talebi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez. Manevi tazminat taleplerinin temliki konusu, doktrinde tartışmalı bir konu idi. 4721 sayılı yeni Medeni Kanunun bu açık hükmü, tartışmaları çözüme bağlamıştır.

6570 sayılı Kanunun 12. maddesi gereğince; sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, kiracı kiralanan yeri kısmen veya tamamen başkasına kiralayamaz; yahut kullanım hakkını veya sözleşmeyi başkasına devredemez. Bu hüküm emredici nitelikte olmadığından, taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

Kamu hukukundan doğan, örneğin vergi gibi kamu alacaklarının da temliki mümkün değildir<sup>87</sup>. Bu hüküm emredici nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılamaz.

<sup>85</sup> EREN: s. 1185-1187; KILIÇOĞLU: s. 546; İNAN: s. 385.

<sup>86</sup> Benzer yönde bkz. EREN: s. 1184; FEYZİOĞLU: s. 630; KILIÇOĞLU: s. 546.

<sup>87</sup> EREN: s.1188.

B.K.'nun 300/2. maddesi gereğince, ariyet alan ariyet konusu malı başkasına kullandıramaz. Bu hüküm, emredici nitelikte olmadığından, taraflar aksini kararlaştırabilirler.

B.K.'nun 320/2. maddesine göre, hizmet sözleşmesinde işveren, kural olarak hizmet alacağını başkasına devredemez. Ancak, bu hüküm emredici nitelikte olmadığından, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür. Ayrıca, Federal Mahkemeye göre, eğer yapılacak iş değişmezse ve işçi daha önceki işine kıyasla daha ağır bir işe katlanmak zorunda kalmazsa, hizmet alacağının temlik caiz sayılmak gerekir<sup>88</sup>.

B.K.'nun 284/1. maddesi gereğince; ürün kirasında kiracı, kiralanan malı üçüncü şahsa kiraya veremez. Bu hüküm emredici nitelikte olmadığından, taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

B.K.'nun 519. maddesine göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısı bu hakkını başkasına devredemez. Bu hüküm emredici nitelikte olmadığından, taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 120/1. maddesine 6311 sayılı Kanunla eklenen fıkraya göre, emekli aylıklarının ancak üç aylık kısmı temlik edilebilir. Bu hüküm emredici nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılmaz. Aksine bir işlem yapılması durumunda, örneğin altı aylık tutar temlik edilmiş ise, sınırı aşan üç aylık tutara ilişkin kısım geçersiz sayılacaktır.

İngiliz hukuku'nda, bazı hakların (alacakların), kamu düzeni sebebiyle, temlik yasaktır. Boşanma sebebiyle verilen nafaka ve sosyal güvenlik hakları (Social Security Act, 1975) bunlara örnek olarak verilebilir. Bunlar, alacaklısını destekleyecek ekonomik araçlardan yoksun kalmalarını önlemek amacıyla getirildiğinden, kamu düzenine ilişkindir ve aksine yapılan sözleşmeler hükümsüzdür<sup>89</sup>. Aynı esas ve aynı örnekler ABD hukuku'nda da geçerlidir<sup>90</sup>.

Bir başka temlik yasağı da, çıplak olarak dava hakkının temlikidir. Bir başka anlatımla, bir taraf, sözleşme henüz ihlal edilmeden, sözleşmenin ihlalden doğacak tazminata ilişkin dava açma hakkını başkasına temlik edemez. Bu kuralın kaynağı, bir başkasına ait dava hakkının satın alınmasına (*champtery*<sup>91</sup>) ilişkin ortaya çıkan spekülasyonları önlemek zaruretidir. Temellük edenin, söz konusu hakkın takibinde meşru bir menfaati varsa

<sup>88</sup> DAYINLARLI: s. 162'den naklen.

<sup>89</sup> ANSON: s.401; DOWNNESS: s. 386.

<sup>90</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 415-416.

<sup>91</sup> Bu durumda, bir başkasına ait olan dava hakkı satın alınır ve dava satın alan tarafından yürütülürdü. Davanın başarı ile neticelenmesi durumunda, satın alan kişi dava hakkı olan kişiyle aralarındaki sözleşmeye göre müddeabih üzerinden tespit edilen oranda bir hak elde ederdi.

çıplak dava hakkının varlığından söz edilemez. Bu durumda da temlik yasağı ortaya çıkmaz. Örneğin, bir arazinin satışı sebebiyle, satıcının kiracılarının alıcıya verecekleri zarar sebebiyle, satıcının kiracılarına yönelik haiz olduğu dava hakkını alıcıya (temellük edene) temlik etmesinde durum böyledir<sup>92</sup>.

#### İşin Niteliği Gereği Temliki Caiz Olmayan Alacaklar

Bazı sözleşmeler, niteliği gereği alacaklı ile borçlu arasında sıkı bir bağ oluştururlar. Bazı sözleşmelerde ise, böylesi sıkı bir bağdan söz etmeye olanak yoktur. Örneğin, alım satım sözleşmelerinde alıcı için temel amaç, ihtiyacın giderilmesi, ileride daha kârlı bir fiyatla malı satmak gibi bir saikle malı satın alınması iken; satıcı bakımından temel amaç, semeni elde etmektir. Bu bakımdan, tarafların kimliği veya ifanın kime yapılacağı önem taşımaz. Buna karşılık, ücret karşılığı yapılan vekâlet sözleşmesinde vekilin kimliği veya eser sözleşmesinde yüklenicinin şahsı önem taşıyabilir.

Bu sebeplerle, işin niteliğinin bazen alacağın temlikine engel teşkil ettiğini kabul etmek zarureti vardır. Ancak “işin niteliği”nin sınırını tespit etmek zarureti vardır. Kanun, işin mahiyeti icabı bazı alacakların temlik edilemeyeceğinden söz etmiş ise de, bunların neler olduğu konusunda bir belirleme yapmamıştır. Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere alacağın temliki, borçlunun durumunu ağırlaştıracak veya kişilik haklarını zedeleyecek bir nitelikte ise yahut alacaklının değişmesiyle edimin niteliğinde bazı değişiklikler ortaya çıkabilecek ise, alacağın temlikine cevaz verilmemelidir<sup>93</sup>. Bu sınır çerçevesinde dahi, işin niteliği gereği temlik edilemeyecek alacakların neler olduğu hâkim tarafından, geniş bir takdir yetkisi dâhilinde<sup>94</sup> ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek karar verilmesi gerekir<sup>95</sup>.

İşin niteliği gereği temlik edilemeyen alacaklar konusunda ilk akla gelen ve örnek verilen nafaka alacaklarıdır. Nafaka alacağı, niteliği gereği nafaka alacaklısının ihtiyaçlarına tahsis edilmesini gerektirdiğinden, temliki caiz değildir. Ancak TEKİNAY, haklı olarak, birikmiş nafaka alacaklarının şahsa bağlı bu niteliklerini artık kaybetmiş olduklarından, temlik edilebileceklerini dile getirmiştir<sup>96</sup>.

Bunun dışında, işin niteliği temliki caiz olmayan alacaklara doktrinde şu örnekler verilmektedir:

<sup>92</sup> DOWNESS: s. 386.

<sup>93</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.,245; EREN: s. 1189; FEYZİOĞLU: s. 634; OĞUZMAN/ÖZ: s. 906; SAYMEN: 246; ÖNEN: s. 90; DAYINLARLI: s. 170-172.

<sup>94</sup> DAYINLARLI: s. 170.

<sup>95</sup> KILIÇOĞLU: s. 548; DAYINLARLI: s. 170.

<sup>96</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 1986, s. 617.

Rekabet yasağına ait sözleşmelerden doğan alacaklar temlik edilemez<sup>97</sup>.

İstisna sözleşmesinde müteahhit, kişisel bilgi ve kabiliyetine bağlı işleri başkasına yaptırılmaz<sup>98</sup>.

Ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, bakma alacağı bir para karşılığı değil de görüp gözetme şeklinde tesis olunmuş ise temlik edilemez<sup>99</sup>.

Ücret karşılığı yapılan vekâlet sözleşmesinde, müvekkil vekile karşı sahip olduğu işin idaresi alacağını temlik edemez<sup>100</sup>.

Ana ve babanın, çocuğun malları üzerinde, sahip olduğu yararlanma hakkı temlik edilemez<sup>101</sup>.

Adi şirkette, şirket ortağının, şirket işlerini inceleme hususunda sahip olduğu hak temlik edilemez<sup>102</sup>.

Bir derneğin üyeleriyle olan üyelik ilişkisinden doğan hakları temlik edilemez<sup>103</sup>.

Sayılan bütün bu hallerde, borçlunun başkasına ifada bulunmak konusunda haklı bir menfaati vardır<sup>104</sup>.

İngiliz hukukunda, bazı sözleşmeler, kişisel nitelikte olduğundan veya güven ilişkisine dayandığından yahut taraflardan birinin belli birtakım özelliklerine dayalı olduğundan, temlik caiz görülmemiştir. Örneğin, bir araba satıldığında, otomobil sigorta poliçeleri, alıcıya temlik edilemez. Zira bu temlik, sigorta şirketini tamamen farklı bir riske maruz bırakacaktır. Meğer ki, sigorta şirketi buna rıza gösterebilir<sup>105</sup>.

ABD hukuku'nda, *Uniform Commercial Code*'un 2. maddesine göre, eğer temlik, diğer tarafın maddi olarak yükümlülüklerinde bir değişiklik meydana getiriyorsa: Aslında her temlik diğer tarafın maddi olarak yükümlülüklerinde bir değişiklik meydana getirir. Burada kastedilen husus, örneğin bir kişinin portre yapma borcunu başkasına temlik edemeyeceğidir. Buna karşılık, bitirilmiş bir portrenin tesliminin temlik bu kapsamda

<sup>97</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 246; FEYZİOĞLU: s. 635; EREN: s. 1189.

<sup>98</sup> FEYZİOĞLU: s. 635; İngiliz hukuku'nda da, aynı esas kabul edilmiş ve örnek olarak, bir ressamın portre yapma borcunu bir alt sözleşme ile başkasına temlik edemeyeceği vurgulanmıştır; bkz DOWNNESS: s. 387.

<sup>99</sup> SAYMEN: s. 246; İNAN: s. 386.

<sup>100</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 246; EREN: s. 1189; FEYZİOĞLU: s. 635; SAYMEN: s. 246.

<sup>101</sup> ESENER, s. 134; SAYMEN: s. 246; BAŞTUĞ, s. 386.

<sup>102</sup> SAYMEN: s. 246; ESENER, s. 134.

<sup>103</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 906.

<sup>104</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 906.

<sup>105</sup> DOWNNESS: s. 386; ANSON: s.401.

değerlendirilemez. Bir başka örnek olarak da şu verilebilir; bir işveren, aksi kararlaştırılmadıkça, kendi gözetim ve denetimi altında çalıştırmak üzere işe aldığı işçinin hizmet ifa etme borcunu başkasına temlik edemez<sup>106</sup>.

Yine aynı Kanunun 2. maddesine göre temlik, sözleşmenin bir tarafa tahmil ettiği yükümlülükleri maddi olarak risk altına alıyorsa, temlik edilemez. Buna örnek olarak, Tıpkı İngiliz hukuku'nda olduğu gibi, sigorta poliçelerinin temliki örnek olarak verilmektedir<sup>107</sup>.

Ortaklık sözleşmelerinde (şahıs şirketlerinde, “partnership”), bir ortağın haklarının temlik edilip edilemeyeceği tartışılmış ve bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, bir ortak şirketteki haklarını temlik edebilir. Ancak bu temlik, temellük edene sadece ortaklıktan kâr elde etme hakkı sağlar. Yoksa şirketin yönetimine katılma, belgeleri inceleme gibi haklar sağlamaz. Kısaca, Ortaklık Yasası, ortağa sadece kâr ve sermaye ile ilgili haklarını temlik edebileceği konusunda yetki tanımaktadır<sup>108</sup>.

#### Sözleşme Gereğince Temliki Yasaklanmış Alacaklar

Temliki kanunen yasaklanmamış veya işin niteliği gereği temliki caiz olmasına rağmen, alacaklı ve borçlu aralarında anlaşmak suretiyle, esasında temliki caiz olan bir alacağın temlikini yasaklayabilirler. Tarafalara bu konudaki yetkiyi Kanun 162/1. maddesiyle, dolaylı bir biçimde tanımıştır.

Taraflar, temliki caiz bir alacağın temlikinin yasaklanması hususunu, farklı yöntemler izlemek suretiyle, elde edebilirler. Sözgelimi, alacağın belli kişilere temlik edilmemesini, belli bir süre için temlik edilmemesini veya alacağın bir kısmının temlik edilmemesini kararlaştırmaları mümkündür. Bu gibi yasaklamaların daha sözleşme yapılırken belirlenmesi yoluna gidilebileceği gibi, sonradan bu yola başvurmak da mümkündür<sup>109</sup>. Bu tarz bir yasaklama, sözleşmeye eklenecek bir şart ile yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme şeklinde de yapılabilir.

Tarafların aralarında yapacakları bu sözleşme herhangi bir şekle tabi değildir<sup>110</sup>. Temlik yasağına ilişkin sözleşme, genel olarak borçlunun menfaatine olduğundan; yazılı olarak yapılması lehine olacaktır. Zira B.K.'nin 163/2. maddesi, borçlunun temlik yasağını üçüncü şahıslara (temellük edene) karşı ileri sürebilmesi için bazı koşullar getirmiştir. Anılan hükme göre, temlik yasağını taşımayan yazılı bir borç ikrarına inanarak alacağı temellük edene karşı borçlu, alacak hakkında temlik yasağı def'ini ileri süremez. Kanun, bu hükümlerle iyiniyetli üçüncü şahısları koruma amacı

<sup>106</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 409-410.

<sup>107</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 409-411.

<sup>108</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 414-415.

<sup>109</sup> FEYZİOĞLU: s. 632; DAYINLARLI: s. 165.

<sup>110</sup> FEYZİOĞLU: s. 632; OĞUZMAN/ÖZ: s. 907; İNAN: s. 386.

gütmüştür<sup>111</sup>. Burada dikkat edilecek olunursa, alacağı temellük eden şahsın korunması için, alacağın borçlu tarafından bir senetle ikrar edilmiş olmasının yanı sıra; söz konusu senedin temlik yasağını içermemiş olmasını ve temellük edenin de bu duruma güvenerek temlik yasağını bilmiyor olmasını veya bilmesinin de gerekli olmaması şartlarını birlikte aramaktadır. Bu hükmün, B.K.'nun 18/2. maddesinin bir teyidi olduğu, hatta ondan daha ileri bir düzenleme içerdiği kabul edilmektedir<sup>112</sup>.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, temlik yasağı borçlu lehine konulmuş bir yasak olduğundan, yasağa rağmen yapılmış bir temlike borçlu tarafından muvafakat verilirse, alacak geçmişe yürürlü olarak temellük edene geçer<sup>113</sup>.

İngiliz hukuku'nda da, hakkı doğuran sözleşmenin temlikli açıkça yasaklaması durumunda, temlik edilemeyeceği kabul edilmektedir. Yani, asıl borç ilişkisinde alacaklı ve borçlu edimin temlik edilemeyeceğini kararlaştırmış iseler, artık alacaklı alacağını temlik edemez (United Dominions Trust Ltd. v Parkway Motors davası 1955)<sup>114</sup>. 1994 yılında bir dava sebebiyle (Linden Garden Trust Ltd V Lenesta Sludge Disposals Ltd), sözleşmeyle temlikin yasaklanmasının kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususu tartışılmış ve sonuçta tarafların iradesiyle böyle bir yasaklama getirmenin kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu karara Lordlar Kamarası şiddetle karşı çıkmıştır<sup>115</sup>.

### Şekle İlişkin Şartlar

B.K.'nun 163/1. maddesine göre, “*Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlikli muteber olmaz.*” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, alacağın temlikli sözleşmesinin geçerliliği, yazılı olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, burada aranan şekil, ispat şekli olmayıp sıhhat şeklidir. Bu sebeple, şekil koşuluna uyulup uyulmadığını hâkim re'sen nazara alacaktır. Şekle aykırı olarak yapılmış alacağın temlikli sözleşmesini, temlik eden veya vekilinin yargılamada ikrarı veya kabul etmesi sıhhat kazandırmayacağı gibi<sup>116</sup>, belli bir sürenin geçmesiyle de kendiliğinden geçerli hale gelmez.

B.K.'nun 163/2. maddesine göre, “*Bir alacağın temlikini vaadetmek, hususi bir şekle tâbi değildir.*” Bu hükmün B.K.'nun 22. maddesine bir istisna getirip getirmediği belirlenmelidir. Zira B.K.'nun 22. maddesi hükmüne göre; bir sözleşme şekle bağlı ise, o sözleşmenin yapılması vaadi de şekle bağlı olmalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, alacağın temlikli bir

<sup>111</sup> FEYZİOĞLU: s. 633.

<sup>112</sup> Zira bu hüküm sadece muvazaa halinde değil, başka sebeplerle de temlik yasağının yazılı olarak yapılmaması halinde uygulanabilir; bkz. FEYZİOĞLU: s. 634; benzer yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ: s. 907.

<sup>113</sup> von TUHR: s. 845; AYBAY: s. 200.

<sup>114</sup> ANSON: s. 400; DOWNESS: s. 386.

<sup>115</sup> DOWNESS: s. 386.

<sup>116</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 242; FEYZİOĞLU: s. 636.

tasarruf işlemidir. Bir tasarruf işleminin hukuki sebebi ise, hiçbir zaman önsözleşme olamaz. Bir görüşe göre, 163/2. madde hükmü, 22/2.maddenin bir istisnasıdır<sup>117</sup>. Oysa 163/2. maddede söz konusu edilen “alacağın temliki vaadi” 22. madde anlamında bir sözleşme vaadi olmayıp, tıpkı bir “bağışlama vaadi” gibi borçlandırıcı nitelikte bağımsız (müstakil) bir sözleşmedir<sup>118</sup>. Bu sebeple, 22. maddeye getirilmiş bir istisnadan söz etmek de mümkün değildir<sup>119</sup>.

Burada aranan şeklin amacı konusunda da farklı düşünceler ortaya konmuştur. Bir görüşe göre, burada aranan şeklin amacı; genel olarak sözleşmelerin yazılı geçerlilik şekline tâbi tutulmasındaki amaçla aynıdır. Yani, kanun koyucunun amacı, temlik edeni düşünmeye ve dikkate sevk etmek, gelişigüzel karar vermesini önlemektir<sup>120</sup>.

Çoğunlukla kabul edilen ve bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, burada aranan şekildeki amaç, temlik edeni düşünmeye sevk etmekten ziyade, borçluyu ve üçüncü şahısları (özellikle temlik edenin alacaklılarını) korumaktır. Bir başka anlatımla, hukuki güven duygusunu tesise yöneliktir<sup>121</sup>. Bu sayede, borçlu edimi kime ifa edebileceğini rahatlıkla tespit edebilecek ve temlik edenin alacaklıları da temlik edene yöneltecekleri icra takiplerinde malvarlığının kime ait olduğunu rahatlıkla belirleyebileceklerdir.

Yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için âdi yazılı şekil yeterlidir. Bununla birlikte, sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına da bir engel yoktur<sup>122</sup>. Adi yazılı şekil yeterli olduğu için, sözleşmeye temellük edenin katılımına ihtiyaç yoktur. Sözleşmede temlik edenin imzasının bulunması

<sup>117</sup> KILIÇOĞLU: s. 549.

<sup>118</sup> von TUHR: s. 833; FEYZİOĞLU: s. 639; ARIK: s. 245.

<sup>119</sup> Aynı yönde bkz. von TUHR: s. 833; SAYMEN: s. 241; SAYMEN/ELBİR: s. 334; EREN: s. 1186; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 244; FEYZİOĞLU: s. 638-639; EREN: “alacağın temliki vaadi” ifadesinin hatalı olduğunu ve yanlış anlamaya sebebiyet verdiğini, bu sebeple bu deyim yerine “temlik taahhüdü” deyiminin kullanılması gereğine işaret etmektedir; bkz. aynı yerde.

<sup>120</sup> KILIÇOĞLU: s. 549.

<sup>121</sup> FEYZİOĞLU: s. 636; AYBAY: s. 201; EREN: s. 1185; İNAN: s. 387; SAYMEN: s. 240; TUNÇOMAĞ: s. 653; aynı yönde Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE. 82 II 48= jdT. 1956 I 533, KANETİ: s. 263-264; Yargıtay da, “Alacağın temliki yazılı şekilde yapılmış olmadıkça geçersizdir (BK m.163)Yazılı şekil şartı borçlunun ve üçüncü şahısların temlike kolaylıkla itirazlarını temin maksadıyla konulmuş olup Borçlar Kanununun 13. maddesi hükmüne tabidir.” diyerek aynı esası benimsemiştir Yargıtay İİD. 5/12/1968 tarih ve E. 11365, K. 11427 sayılı kararı, KARAHASAN, s. 1694 dipnot 12’den naklen. Yargıtay, aynı esası bir başka kararında da şu şekilde ifade etmektedir: “Borçlar Kanununun 162 nci maddesinde temlikin geçerliliği için öngörülen yazılı biçim, bir taraflı devir iradesini açıklayana düşen ve bu iradeyi haricen malum kılmayı amaç tutan bir biçimdir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21/11/1970 tarih ve E. 66-4/1582, K. 637 sayılı kararı, KARAHASAN: s. 1712-1713’ten naklen.

<sup>122</sup> FEYZİOĞLU: s. 636.

gerekli ve yeterlidir. Zira B.K.'nun 13/1. maddesine göre, yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması yeterlidir. Kefalet sözleşmesinde kefilin imzasının bulunmasının gerekli ve yeterli olması gibi<sup>123</sup>. Fakat uygulamada temellük edenin adı ve kimliği de belirtilmektedir. Ancak, bu bir zorunluluk değildir.

Sözleşmede tarih veya düzenleme yerinin (tanzim yerinin) bulunmaması, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, alacaklının alacağını birden fazla kişiye temlik etmesi durumunda ilk temlik geçerli sayılacağından, tarih belirtilmesi temellük edenin yararına olacaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki, şayet sözleşme sadece temlik edenin imzasını taşıyorsa, tarih tek başına belirleyici olmaz. Zira bu durumda, sözleşme kabul beyanıyla (açık veya örtülü) kurulacağından, ilk temlikin tespiti buna göre yapılır.

Bu hususta son olarak şunu da ifade edelim ki, gerek doktrinde gerekse uygulamada beyaz temlikin geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>124</sup>.

İngiliz hukuku'nda, kanuni temlikler bakımından yazılı şeklin öngörüldüğünü ifade etmiştik. Yazılı şekil ile kastedilen husus, bir sıhhat şeklindedir, yani geçerlilik şartıdır. Bizim hukukumuzda olduğu gibi, temlik edenin imzası yeterli sayılmıştır. Ayrıca temellük edenin imzasına ihtiyaç yoktur. Temlik edenin temsilcisinin imzası genellikle yeterli sayılmamakta, temlik edenin imzası aranmaktadır<sup>125</sup>. Ancak, aynı koşul *Equitable* temlikler bakımından öngörülmemiştir. Yani, *Equity* hukuku kuralları çerçevesinde yapılacak temlikler için, sözleşmede şart koşulmadıkça, yazılı şekil şartı yoktur<sup>126</sup>.

Yine yukarıda belirtildiği üzere, kanuni temlikler bakımından, temlikin geçerli olabilmesi için temlik sözleşmesinin borçluya ihbar edilmesi şarttır. İhbarın temlik eden tarafından yapılması gerekmeyip, herhangi bir şekilde borçluya ulaşması yeterlidir. İhbarın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için borçlunun ayrıca temliki öğrenmesi şart olmayıp, bildirim yapılması yeterli görülmüştür. Aşağıda da belirteceğimiz üzere, hukukumuzda temlikin geçerliliği için ihbar şart değil ise de, borçluya bildirilmemesi durumunda, iyiniyetle eski alacaklıya yapacağı ifanın borçluyu borçtan kurtaracağı kabul edilmektedir. *Equitable* temlikler bakımından temlikin ihbarı şart değildir. Ancak, ihbarın yapılması temellük edenin yararına olacaktır. Zira borçlunun temliki öğrenmeden yapacağı ifa, onu borçtan kurtaracağı gibi, temlik edenin iflası halinde temellük edenin durumu ağırlaştacaktır<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> FEYZİOĞLU: s. 637.

<sup>124</sup> von TUHR: s. 832; EREN: s. 1185; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 253; FEYZİOĞLU: s. 638; AYBAY: s. 201.

<sup>125</sup> ANSON: s.391-392.

<sup>126</sup> ANSON: s.393; DOWNESS: s. 384.

<sup>127</sup> DOWNESS: s. 384; ANSON: s. 394-395.

ABD hukuku'nda, alacağın temlikinin yazılı olması öngörülmekte ise de, özel bir şekil aranmamaktadır. Temellük eden şahıs, borcun varlığını gösteren herhangi bir not veya yazılı bir şeye sahipse ve bu geleneksel olarak borcun varlığını kabul anlamına geliyorsa yeterlidir. *Uniform Commercial Code* hükümlerine göre, miktar konusunda ayrık bir düzenleme getirilmiş ve miktar ve değeri 5000 doları aşan alacakların mutlaka temlik edenin imzasını taşımayan yazılı bir belgeye dayanması gerektiği hükme bağlanmıştır<sup>128</sup>.

### **ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ**

Alacağın temlik sözleşmesi, temlik eden ile temellük eden arasında yapıldığı halde, hüküm ve sonuçlarını sadece onlar üzerinde doğurmaz. Yapılan bu sözleşme, ayrıca borçlu ve üçüncü şahıslar hakkında da hüküm ifade eder. Bazen de, taraflardan bağımsız diyebileceğimiz bir şekilde, hüküm ve sonuçlarını konu itibarıyla doğurmaktadır. Bu sebeple, alacağın temlikinin hükümlerini, sözleşmenin iki tarafı veya borçluyu da katarak üçlü bir tasnif yapmak hatalı olacaktır. Bu bakımdan, yapacağımız tasnifte bazen tarafları bazen de konuyu esas alacağız<sup>129</sup>:

#### **Alacağın İntikali**

Alacağın intikali, temlikin asli ve olağan hükmüdür. Bu yolla, alacak hakkı temlik edenin malvarlığından çıkıp, temellük edenin malvarlığına geçer. Bu sebeple; alacağın temlik edenin, temlike konu hak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmaz. Buna karşılık, alacağı temellük eden, alacak üzerinde tasarruf yetkisi kazanır.

Alacak, eski alacaklı nezdinde ne şekilde mevcut ise, yeni alacaklıya da o şekilde geçecektir. Bir başka anlatımla, alacak, temlik işlemiyle vasfını değiştirmeyecektir. Örneğin, alacak muaccel veya müaccel ise yine öyle kalmaya devam edecek, ticari bir alacak ise bu niteliğini devam ettirecektir<sup>130</sup>.

Alacağın temellük edene geçmesi durumunda, acaba bu intikalin kapsamı ne olacaktır? Bir başka anlatımla, sadece temlik konusu alacak mı intikal edecek; yoksa alacağa bağlı olan haklar (faiz, teminat vs.) ve imtiyazlar da intikal kapsamına dâhil olacak mıdır? Bu soruya ilişkin cevabı B.K.'nin 168/1. maddesi vermektedir. Bu maddeye göre, “*Bir alacağın temlikinde, temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar dâhil olur.*”

Maddede iki ayrı gruptan bahsedildiğinden, biz de buna paralel olarak ikili bir ayırımla konuyu inceleyeceğiz:

<sup>128</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 406-407.

<sup>129</sup> Nitekim bu sebeple, doktrinde de bir tasnif birliği veya benzerliği görülmemektedir. Yazar sayısına paralel sayıda farklı tasnife rastlamaktayız.

<sup>130</sup> ÖNEN: s. 92.

### Rüçhan Haklarının İntikali

Rüçhan Hakları, temlik edenin şahsına tanınmış olanlar hariç olmak üzere, alacak ile birlikte ve kendiliğinde (*ipso iure*) temellük edene geçer. Bu hususu tarafların ayrıca kararlaştırmalarına gerek yoktur. Zira intikal, kanunen gerçekleşmektedir.

Temlik edenin şahsına tanınan rüçhan hakları temellük edene geçmeyecektir. Örneğin, İİK'nun 101. maddesinde düzenlenen "hacze iştirak hakları" (imtiyazlı iştirak) temlik edenin şahsına bağlı olduğundan, yeni alacaklıya geçmez. Buna karşılık, İİK'nun 206. maddesinde düzenlenen ve alacağın sebebine bağlı olan imtiyazlar ise temellük edene geçebilecektir<sup>131</sup>. Bir başka anlatımla, borçlunun iflası halinde; yeni alacaklı da aynı imtiyazlı sıradan yararlanabilecektir. Bunun gibi, tapuya şerh verilmek suretiyle kuvvetlendirilen alacak hakları<sup>132</sup> ve anlaşmazlık halinde hakeme gidileceğine dair tahkim şartı da temellük edene geçer<sup>133</sup>.

### Alacağa Bağlı Olan Hakların (Fer'i Hakların) İntikali

Alacağa bağlı olan haklar (kanunun ifadesiyle "müteferri haklar") da, borçlunun şahsına tanınmış olanlar hariç olmak üzere, temellük edene kendiliğinden geçecektir. Alacağa bağlı olan haklar kapsamına; teminatlar, faizler, yenilik doğuran haklar ve diğer talep ve yetkiler girer<sup>134</sup>. Şimdi sırasıyla bunları inceleyelim:

### Alacağa Bağlı Teminatların İntikali

Alacağa bağlı teminatların kapsamına kefalet gibi şahsi teminatlar ve rehin, ipotek gibi ayni teminatlar girer. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu haklar da kendiliğinden temellük edene intikal edecektir. 168/1. madde hükmünden, rehinin temellük eden alacaklıya teslim edilmemiş olması durumunda da intikal edeceği sonucu çıkmaktadır. Fakat temellük edenin, rehin hakkından yararlanabilmesi için şeyin teslimi şarttır. Bu sebeple, temellük eden temlik edeni teslimine zorlayabilir<sup>135</sup>. İpotek için de durum aynı yöndedir. Yani, ipotegün intikali için tescil şart değildir. Tescil burada kurucu değil, açıklayıcı bir rol oynar.

Kefalet gibi şahsi teminatlar da, aksi kararlaştırılmadıkça, temellük edene intikal edecektir.

<sup>131</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 250; EREN: s. 1191; AYBAY: s. 203; OĞUZMAN/ÖZ: s. 908.

<sup>132</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 250-251; EREN: s. 1191; FEYZİOĞLU: s. 641; OĞUZMAN/ÖZ: s. 908.

<sup>133</sup> FEYZİOĞLU: s. 641.

<sup>134</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 908.

<sup>135</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 251; FEYZİOĞLU: s. 642; OĞUZMAN/ÖZ: s. 908-909.

Rehne benzeyen bir teminat olarak, alacak sebebiyle doğmuş hapis hakkının (M.K. m. 950) da temellük edene intikal edeceği çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>136</sup>.

### **Faizlerin İntikali**

Faizlerin intikali konusunda Kanun, herhangi bir duraksamaya yer vermemek için, 168/3. maddesiyle ayrı bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, *“Gecikmiş faizler, asıl alacak ile birlikte temlik edilmiş addolunur.”* Bu açık hüküm karşısında, sadece temlikten sonra işleyecek faizlerin değil, gerek kanuni ve gerekse akdî olsun işlenmiş bütün faizlerin temellük edene geçeceği sonucuna ulaşmak gerekir.

### **Yenilik Doğuran Hakların İntikali**

Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar kendiliğinden temellük edene intikal eder. Bu tür haklara; seçimlik borçlarda alacaklıya tanınan seçim hakkı, alacaklıya tanınan muacceliyeti ihbar hakkı ve takas beyanında bulunma hakkı<sup>137</sup> örnek olarak verilebilir.

Buna karşılık, yenilik doğuran haklar alacağa bağlı değil de, alacağı doğuran hukuki ilişkiye ait veya bağlı ise temellük edene intikal etmez<sup>138</sup>. Örneğin, kira, hizmet ve şirket sözleşmelerinde feshi ihbar hakkı; hata, hile, ikrah gibi irade fesadı hallerinde sözleşme ile bağlı olunmadığını beyanda bulunma hakkı; satım veya istisna sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sözleşmeyi fesih veya semenin tenzilini talep hakkı temellük edene intikal etmeyip, sözleşmenin tarafı olmakta devam eden temlik edene ait haklardır ve sadece onun tarafından kullanılabilir<sup>139</sup>.

### **Diğer Talep ve Yetkilerin İntikali**

İfayı talep etmek; sözleşmeden sonra gerçekleşen kusurlu imkânsızlık hallerinde tazminat talep hakkı<sup>140</sup>; ifanın gereği gibi yapılmamış olmasından doğan ve B.K.'nun 96 vd. maddeleri gereğince tazminat talep hakkı; alacağın temlikinden önce muaccel olmamak kaydıyla cezai şartı talep hakkı; ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince tazminat talep hakkı ve dava açma veya cebri icraya başvurma hakkı gibi diğer talep ve yetkiler de alacağın temliki ile kendiliğinden temellük edene intikal edecektir<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> Karşı yönde bkz. AYBAY: s. 202.

<sup>137</sup> FEYZİOĞLU: s. 643.

<sup>138</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 251 dipnot 8d.

<sup>139</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 909; FEYZİOĞLU: s. 643.

<sup>140</sup> Eğer imkânsızlık borçlunun kusuru ile ortaya çıkmışsa, borçluya karşı B.K.'nun 96 vd. maddeleri gereğince tazminat talep etme hakkı temellük eden tarafından talep edilebilecektir. Kusurlu imkânsızlık hallerinde, imkânsızlık temlikten önce meydana gelmişse, temlik edenin o andaki ihlal edilen yararına göre tespit edilmelidir. Eğer temlik işleminden sonra gerçekleşmişse, temellük eden şahsın menfaatine göre işlem yapmak gerekir. Bkz. von TUHR: s. 854-855; FEYZİOĞLU: s. 642.

<sup>141</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 910.

### **Temlik Edenin Alacak İle İlgili Belge ve Bilgileri Temellük Edene Verme Yükümlülüğü**

Temlik edenin bu yükümlülüğünün kaynağı B.K.'nın 168/2. maddesi hükmüdür. Buna göre, “*Temlik eden kimse, temellük edene alacak senedini teslim ve mevcut esbabı subutiyeyi ve haklarını izhar için lüzumlu olan malûmatı ita ile mükelleftir.*” Buna göre, temlik eden dava veya icra yoluna başvurulması durumunda, alacağın elde edilmesini ispat için gerekli olan belge ve bilgileri temellük edene vermek yükümlülüğündedir.

Ancak, alacak sadece borçlu tarafından imzalanmış borç ikrarını ihtiva eden bir senet olmayıp, aynı zamanda her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde ise ve bu senet temlik edene ait başka bir takım hakları<sup>142</sup> veya temlik edenin borçlarını<sup>143</sup> gösterir nitelikte ise yahut alacak kısmen temlik edilmiş ise<sup>144</sup> temlik edenin böyle bir yükümlülüğü söz konusu olmaz. Örneğin, temlik eden kira sözleşmesinden kaynaklanan üç aylık kira alacağını temlik etmişse, kira sözleşmesini temellük edene vermek zorunda bırakılamaz<sup>145</sup>. Bu gibi durumlarda temlik eden, bunun yerine temellük edene onaylı bir suret veya yetiyorsa fotokopi vermekle yetinebilir ve duruma göre bunları vermek zorundadır<sup>146</sup>.

Temellük eden ile borçlu arasında bir ihtilaf çıkması durumunda, temlik eden kendisinde tutup temellük edene vermediği her türlü belgeyi, özellikle de ticari defterleri HUMK'nun 334. maddesi gereğince mahkemeye ibraz etmelidir<sup>147</sup>. Bunun gibi dava kendisine ihbar edildiği halde(HUMK m. 49 vd.) gelmeyip veya gelmesine rağmen gerekli belgeleri vermediği için temellük eden davayı kaybederse, temlik eden temellük edene karşı bu sebeple sorumlu olacaktır.

### **Temlik Edenin Garanti Yükümlülüğü**

Temlik edenin, temlik sözleşmesiyle alacağın varlığını veya borçlunun ödeme gücünü temellük edene hangi şartlarda garanti etmiş sayılacağını B.K.'nın 169-171. maddeleri düzenlemiştir. Bu konuda Kanun üç ihtimal öngördüğünden, biz de buna paralel olarak üçlü bir ayrımla konuyu açıklayacağız:

#### **Temlikin Niteliğine Göre Garanti Yükümlülüğü**

<sup>142</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 259.

<sup>143</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 910.

<sup>144</sup> von TUHR: s. 829; FEYZİOĞLU: s. 652.

<sup>145</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 259.

<sup>146</sup> von TUHR: s. 829; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 259; OĞUZMAN/ÖZ: s. 911; FEYZİOĞLU: s. 652.

<sup>147</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 260.

### İvazsız Temlikler Bakımından Garanti Yükümlülüğü

Alacağın temlikinin ivazsız olarak yapılması durumunda, garanti yükümlülüğünü Kanunun 169/3. maddesi düzenlemiştir. Buna göre, “*Temlik meccanen vâki olmuş ise temellük eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zâmin olmaz.*”

Görüldüğü üzere, Kanun, temlikin ivazsız olması durumunda temlik edenin alacağın varlığından dahi sorumlu olmadığını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla, alacağın varlığından dahi sorumlu olmayan temlik eden, diğer hususlardan da (örneğin borçlunun ödeme gücünden) garanti yükümlülüğü altına girmiş sayılamaz.

Alacağın ivazsız olarak temliki, bağışlama niteliğindedir. Bu sebeple, B.K.'nin 243. maddesinin burada kıyasen uygulanması gerekir. Yani temlik eden, hile veya ağır kusuru ile alacağın varlığı konusunda temellük edeni zarara uğratmışsa bundan sorumlu tutulmalıdır. Örneğin, bu sebeple temellük eden, borçluya karşı dava açmış veya icra takibi başlatmışsa, yapmış olduğu giderlerin ve uğramış olduğu zararların tazminini temlik edenden isteyebilir<sup>148</sup>.

### İvazlı Temlikler Bakımından Garanti Yükümlülüğü

İvazlı temlikler bakımından garanti yükümlülüğünü 169. maddenin 1 ve 2. fıkrası düzenlemiştir. Buna göre, “*Alacağın temliki ivaz mukabilinde icra edilmiş ise, temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zâmindir.*”

*Ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun aczinden mes'ul değildir.*”

Bu ihtimalde, devir edenin sorumluluğunu tespit etmede öncelikle taraflar arasındaki sözleşme esas alınır<sup>149</sup>. Bu kural gereğince, ivazlı temliklerde temlik eden, alacağın temlik zamanında var olduğunu garanti etmiş sayılır. Bunun yanında borçlunun ödeme gücünü garanti etmiş sayılabilmesi için, bunu ayrıca taahhüt etmiş olması gerekir. Ancak, bu kurallar emredici nitelikte olmayıp, yedek hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla, her iki ihtimalde de tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür<sup>150</sup>.

Burada söz konusu edilen garanti yükümlülüğü, temlike konu alacağın varlığına ilişkin olanlara inhisar eder. Yoksa temlik sözleşmesinin kanuna veya ahlaka aykırılığı yahut tarafların fiil ehliyetinden yoksun olması gibi başka bir sebeple temlik sözleşmesi geçersiz ise, 169/1. maddenin uygulanması yoluna gidilemez. Bu gibi durumlarda temellük edenin zararları genel hükümler çerçevesinde giderilmelidir<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> FEYZİOĞLU: s. 650-651; TUNÇOMAĞ: s. 662; KARAHASAN, s. 1717; REİSOĞLU, s. 387.

<sup>149</sup> ÖZSUNAY: s. 193.

<sup>150</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 260; OĞUZMAN/ÖZ: s. 921 dipnot 119; FEYZİOĞLU: s. 645.

<sup>151</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 921.

Alacak bir taliki şarta bağlı ise ve henüz şart gerçekleşmemiş ise, bundan haberi olmaksızın alacağın temlik alan şahıs, bu hükme dayanarak temlik edenin sorumluluğu yoluna gidebilir. Ancak, çok kısa bir süre sonra şartın gerçekleşeceği muhakkak ise, dürüstlük kuralı gereği temellük eden bu hükümden yararlandırılmamalıdır<sup>152</sup>.

Alacak, temlik tarihinde müeccel olsa da var sayılır. Bu sebebe dayanarak temellük eden 169. maddenin uygulanmasını isteyemez. Ancak, vade temellük edenin tahmin edemediği kadar uzun ise, o takdirde esaslı hata hükümlerine başvurarak sözleşmenin feshi yoluna gidilebilir.

169/1. madde hükmü geniş olarak yorumlanmalıdır. Yani temlik eden, sadece temlik esnasında alacağın varlığından sorumlu tutulmayıp, aynı zamanda temlikten sonra bazı fiil ve davranışlarıyla alacağın ortadan kalkmasına veya azalmasına sebep olmuşsa, yine sorumlu tutulmalıdır<sup>153</sup>. Örneğin, temlike konu alacak bir eser sözleşmesine dayanıyorsa ve temlik edenin borçluya bir şey vermesi veya bir şey yapması gerektiği halde, buna aykırı davranışı sebebiyle alacak ortadan kalkmış veya azalmışsa, o oranda sorumlu tutulmalıdır.

Alacağın temliki, asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa (*datio in solutum*) mahiyetinde olduğunda, yine 169/1. maddenin uygulanması gerekir. Yani, bu durumda da temlik edenin garanti yükümlülüğü söz konusu olmaktadır<sup>154</sup>. Örneğin, (A)'nın asıl borcu 30.000 YTL iken, bunun yerine bir otomobilini vermeyi teklif etmişse ve (B)'de bu teklifi kabul edip bu alacağını (C)'ye temlik ederse, (B) (C)'ye karşı otomobil borcunun varlığını garanti etmiş sayılacaktır.

Temlik edenin, borçlunun ödeme gücünden sorumlu olabilmesi için bunu ayrıca taahhüt etmiş olması gerekir. Şayet temlik eden böyle bir taahhütte bulunmuş ise, sorumluluğunu temlik sözleşmesinin yapıldığı tarih belirleyecektir. Borçlu bu tarihten sonra ödeme gücünü yitirmiş ise, artık temlik edenin sorumluluğundan söz edilemez. Temlik edenin taahhüdü ise, niteliği itibariyle kefalet gibi fer'i bir borç olmayıp, temlik sözleşmesinden bağımsız nitelikte asli ve müstakil bir borçtur<sup>155</sup>.

### **İfa Uğruna Temliklerde Garanti Yükümlülüğü**

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, kısaca ifa uğruna temlikin ne olduğunu kısaca açıklamak gerekir. İfa uğruna temliklerde borçlu,

<sup>152</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 260.

<sup>153</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 260-261; FEYZİOĞLU: s. 645; ancak OĞUZMAN ve ÖZ, bu durumda 169/1. maddenin uygulama yeri olamayacağını, bu durumda B.K.'nin 96 vd. maddelerinin uygulanması gerektiği fikrindedir. Bu sebeple, Federal Mahkeme içtihadını da yanlış bulmaktadır; bkz. s. 922.

<sup>154</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 261; FEYZİOĞLU: s. 648.

<sup>155</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 262; FEYZİOĞLU: s. 646.

alacaklının muvafakatiyle alacaklıya asıl edimi değil, asıl edimi alacaklının elde etmesini sağlayacak başka bir şeyi ifa eder. Ancak, ifa yerine temliklerden farklı olarak, bu durumda borç sırf bu sebeple sona ermez. Borç, ancak alacaklı asıl edimi elde edince sona erecektir. Örneğin (A) (B)'den 500 YTL alacaklıdır. Şayet taraflar 500 YTL yerine, borçluya ait altın saatin verilmesini kararlaştırmış iseler ve bunun verilmesiyle borcun sona ereceğini kararlaştırmışlarsa ortada bir ifa yerine temlik söz konusu olacaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu durumda (ifa yerine temliklerde) B.K.'nin 169/1. maddesi hükmü uygulanır. Buna karşılık, tarafların iradesi altın saatin verilmesiyle borcun sona ermeyeceği, saatin satışı üzerine elde edilen paradan 500 YTL alacaklıya verilmesiyle sona ereceği şeklinde yorumlanıyorsa, ifa uğruna temlik söz konusu olacaktır. Bu durumda saat 400 YTL'ye satılırsa (A) 100 YTL alacaklı kalmakta devam edecek, 700 YTL'ye satılması durumunda 200 YTL'yi borçluya iade edecektir. Hâlbuki ifa yerine temlik söz konusu olsaydı, saat ne kadara satılırsa satılsın, alacaklı o miktarı alacak ve saatin verilmesiyle borç zaten sona ermiş bulunacaktı.

Görüldüğü üzere, ifa yerine temlikte anlaşmanın riski alacaklıda iken, ifa uğruna temliklerde bu risk borçlunun üzerindedir<sup>156</sup>. Şunu da belirtmek gerekir ki, yapılan ifanın niteliği tespit edilemiyorsa, yani ifa yerine temlik mi yoksa ifa uğruna temlik mi olduğu hususunda tereddüt varsa, bunun ifa uğruna temlik olduğu kabul edilmelidir. Zira bu gibi şüpheli durumlarda, bir haktan feragat veya bir hakkı sona erdirme iradesi olarak yorumlanamaz<sup>157</sup>. Bu durum, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin bir genel prensiptir.

İfa uğruna temlikler konusunda Kanun 170. maddesiyle ayrı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, *“Tediye makamına kaim olmak üzere bir alacak temlik edilip de ne miktar tenzil edileceği tâyin edilmemiş ise, temellük eden kimse ancak borçludan bilfiil tahsil yahut lâzım olan ikdamı sarf eylediği halde tahsil etmiş olduğu miktarı kendi alacağına mahsup etmekle mükelleftir.”*

Bu hükme göre, ifa uğruna yapılan temliklerde, borçludan yapılan tahsilât miktarınca mahsup yapılacaktır. Ancak, burada fiilen tahsil edilen miktara bakılmayıp, bunun yerine objektif olarak gerekli çaba gösterilseydi ne kadar tahsilât yapılacak idiyse, o miktarın mahsup edilmesi gerektiği Kanunun emri gereğidir<sup>158</sup>.

#### Garanti Yükümlülüğünün Kapsamı

Alacağı temlik edenin, koşulların varlığı halinde alacağın varlığından ve ayrıca taahhüt etmiş ise borçlunun ödeme gücünden garanti yükümlülüğü

<sup>156</sup> FEYZİOĞLU: s. 650.

<sup>157</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 763; OĞUZMAN/ÖZ: s. 924.

<sup>158</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 264; OĞUZMAN/ÖZ: s. 923-924.

altında bulunduğunu gördük. Peki, söz konusu garanti yükümlülüğünün kapsamı ne olacaktır?

Bu hususta Kanun, 171. madde hükmünü koymamış olsaydı, temellük eden B.K.'nun 102 vd. maddeleri gereğince temlik edenden müspet zararının tazminini isteyebilecekti<sup>159</sup>. Oysa 171. madde, bu yola başvurulmasını engeller tarzda farklı bir hüküm getirmiştir. Buna göre, “*Temlik eden zamân ile mükellef ise, temellük edene karşı ancak re’sülmal ve faiz olarak almış olduğu miktar nispetinde mes’uldür. Bundan başka temlikin mucip olduğu ve alacaklının borçluya karşı semeresiz takibi dolayısıyla ihtiyar ettiği masrafları da zâmin olur.*”

*Temlik, kanun icabı vâki olmuş ise evvelki alacaklı, ne alacağın mevcudiyetine, ne de borçlunun eda kabiliyetine kefildir.”*

Görüldüğü üzere, temlik edenin sorumluluğu; temellük edenden aldığı ivaz, bu ivazın faizi, borçluya karşı açılan dava veya yürütülen icra takibi sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraflarla sınırlı olmak zorundadır. Bir başka anlatımla, talebin sınırını müspet zarar değil, menfi zarar oluşturacaktır<sup>160</sup>.

### **Alacağın Temlikinin Borçluya İlişkin Hükümleri**

Alacağın temlikinin, borçluya ilişkin hükümleri B.K.'nun 165-167. maddelerinde düzenlenmiştir. Biz de, Kanunda yapılan tasnife uygun olarak konuyu açıklamaya çalışacağız.

#### **Borçlunun İyiniyetle İfade Bulunması Halinde Borçtan Kurtulması**

Daha önce de açıkladığımız üzere, alacağın temliki sözleşmesi yapılırken borçlunun rızasına ihtiyaç olmadığı gibi, haberinin dahi olması gerekmez. Bu sebeple borçlu, alacağın temliki sözleşmesine yabancıdır. Ancak, haberdar edilmesi temellük edenin yararına. Zira B.K.'nun 165. maddesi gereğince, “*Temlik veya temellük eden tarafından alacağın temlik olunduğu kendisine bildirilmezden mukaddem evvelki alacaklıya ve mütevali temlikler vâki olmuş ise alacağı temellük edenlerden tercihi lâzım gelen biri var iken diğerine hüsnüniyetle tediyede bulunan borçlu berî olur.*”

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, borçlunun ifade bulunması halinde borçtan kurtulabilmesi için iki şart gereklidir. İlkin, ifanın temlik kendisine bildirilmeden önce yapılmış olması, ikinci olarak iyiniyetli olmasıdır.

Borçluya yapılacak ihbar, herhangi bir şekle tabi değildir.

Bir görüşe göre, ihbarın hüküm doğurabilmesi için borçluya varması yeterlidir. Ayrıca borçlunun ihbarı öğrenmiş olması şartı aranmaz<sup>161</sup>. Bizim

<sup>159</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 263; FEYZİOĞLU: s. 647.

<sup>160</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 263; FEYZİOĞLU: s. 648.

<sup>161</sup> von TUHR: s. 858; TUNÇOMAĞ: s. 666; ÖNEN: s. 93; EREN: s. 1192; yukarıda da ifade

de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, borçluya yapılacak ihbarı borçlu öğrenmedikçe, iyiniyetle ifade bulunmak koşuluyla, borçtan kurtulmalıdır. Borçlar Kanununun 165. madde hükmünün konuluş gayesi, borçluyu korumaktır ve hükmün amacı da, bu fikri doğrular niteliktedir<sup>162</sup>.

İhbarın yapıldığını ispat yükü temellük edene ait iken, borçlunun öğrenip öğrenmediğini ispat yükü de doğaldır ki, iddia edene ait olacaktır<sup>163</sup>. Şunu da belirtmek gerekir ki, ihbarın kim tarafından yapıldığı hususu bir önem taşımaz.

Borçlunun ifayı iyiniyetle yapması onu borçtan kurtaracaktır. Borçlu, temlik sözleşmesinden haberdar ise ve buna rağmen eski alacaklıya ifade bulunmuş ise, artık onun iyiniyetinden söz edilemez. Böyle bir durumda, borçtan kurtulması da düşünülemez. Bu koşulların varlığı halinde, borcu ikinci kez ifa zorunda kalacaktır. Şayet borçlu, eski alacaklıya ifade bulunmasına rağmen, 165. maddedeki koşullar gerçekleşmediği için ikinci kez ödemek zorunda kalmışsa, acaba verdiklerini hangi hukuki sebebe dayanarak geri isteyebilir? Bir başka anlatımla, hangi hükümlere dayanarak, verdiklerinin iadesini isteyebilir? Bir görüşe göre borçlu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilir<sup>164</sup>. Bir başka görüşe göre ise, bu durumdan sebepsiz zenginleşmeden söz edilemez. Zira B.K.'nin 165. maddesi sebebin kendisidir. Dolayısıyla, burada olsa olsa bir borca aykırılık söz konusu olabilir<sup>165</sup>. Kanımızca, bu görüşe katılmaya olanak yoktur. Her şeyden önce, 165. madde hukuki sebebin kendisi olamaz. Temlik edenin malvarlığının haksız yere çoğaldığına şüphe bulunmamaktadır. Kaldı ki, eski alacaklı alacağını temlik etmekle tasarruf yetkisini de kaybetmiştir ve borçlu ile arasında bir borç ilişkisi de kalmamıştır ki, borca aykırılık söz konusu olsun.

Borçlar Kanununun 165. maddesi, borçlunun eski alacaklıya yaptığı ifa ile borçtan kurtulmasını düzenlemekte ise de, borçlunun eski alacaklı tarafından ibra edilmesi, yenileme veya takas gibi borcu sona erdiren sebeplerin varlığı hallerinde de, kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>166</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İngiliz hukuku'nda kanuni temlikler bakımından borçluya ihbar zarureti vardır. Bu husus, bir sıhhat şartı olduğundan, bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak, *Equitable* temliklerde ihbar bir ispat şartıdır ve borçlu, temlik kendisine ihbar edilmeden, eski alacaklıya ifade bulunursa borçtan kurtulacaktır.

---

edildiği üzere, İngiliz hukukunda da kanuni temlikler bakımından aynı çözüm tarzı benimsenmiştir. Bir farkla ki, orada ihbar geçerlilik şartıdır; bkz yukarıda §.3, I, D, 3.

<sup>162</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 257-258; OĞUZMAN/ÖZ: s. 914.

<sup>163</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 258.

<sup>164</sup> FEYZİOĞLU: s. 653; EREN: s. 1194-1195.

<sup>165</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 913 dipnot 89.

<sup>166</sup> TUNÇOMAĞ: s. 665; OĞUZMAN/ÖZ: s. 914.

Mütevali temlikler konusunda da, İngiliz hukuku farklı bir çözüm getirmiştir. Bu tür temliklerde, hukukumuzda olduğu gibi, ilk temlikin geçerli sayılıp, diğerlerinin temlik edenin tasarruf yetkisi olmaması sebebiyle, geçersiz sayılması yoluna gidilmemiş; bütün temlikler geçerli sayılmakla birlikte, ilk temlike öncelik tanınmıştır. İlk temlikin tayini konusunda, ihbarnamenin borçluya verilmiş tarihi esas alınmaktadır<sup>167</sup>.

ABD hukuku'nda *Uniform Commercial Code*'un 9. maddesine göre, temellük edenin temlik edenden fazla bir hakkı olamayacağından, borçlunun temlik edene karşı sahip olduğu savunmaları temlik edene karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir. Ancak, borçlu, ihbarname kendisine tebliğ edildikten sonra ortaya çıkan savunmaları, ileri süremeyecektir<sup>168</sup>.

#### Borçlunun Tevdi Suretiyle Borçtan Kurtulması

Borçlu, temlik işlemi kendisine ihbar edilmesine rağmen, yapılan temlikin geçersiz olması, birden fazla kişiye temlik yapılmış olması sebebiyle gerçek hak sahibinin tayin edilememesi veya eski alacaklı ile yeni alacaklı arasında çekişme (münazaa) bulunması durumlarında, borcu ifa edeceği şahsın kimliğinde tereddüde düşebilir<sup>169</sup>. Bu durumdaki borçlunun herhangi bir tarafa ifa ile borçtan kurtulması mümkün değildir. Zira B.K.'nin 165/2. maddesi gereğince, "*Borçlu, alacağın münazaalı olduğunu bildiği halde tediyede bulunursa, tehlike ve hasarı kendisine ait olur.*" Yani, gerçek hak sahibine yeniden ifaya zorlanabilir.

Kanun, bu durumdaki borçluyu korumak gayesiyle, B.K.'nin 165/1. maddesi hükmünü sevk etmiştir. Buna göre, "*Aidiyeti münazaalı bulunan bir alacağın borçlusunu tediyeden imtina edebilir ve alacağı mahkemeye tevdi ile borçtan berî olur.*" Görüldüğü üzere Kanun, bu durumdaki borçluya ifadan kaçınmak suretiyle, alacağı mahkemeye tevdi ederek borçtan kurtulma imkânı sağlamıştır. Bu, borçlu için bir hak olduğu kadar, aynı zamanda bir yükümlülüktür<sup>170</sup>.

Bu hüküm, esasında B.K.'nin 95. maddesinde yer alan genel hükme paralel bir düzenlemedir ve hatta onun özel bir uygulamasıdır<sup>171</sup>. Bu sebeple, her iki düzenleme birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. 165/1. madde gereğince, alacak üzerinde kimin hak sahibi olduğu hususunun ihtilafı olması yeterlidir. Bu ihtilafın yargılama safhasında olması şart değildir. Bununla birlikte, her ihtilafın varlığı borçluya tevdi hakkı vermez. Borçlu, kimin hak sahibi olduğunu kesin olarak biliyorsa, sırf Kanunun bu hükmünü bahane ederek ifadan kaçınmaz. Sözgelimi, borçlu çok basit bir çekişmeyi

<sup>167</sup> DOWNNESS: s. 385.

<sup>168</sup> CALAMARI/PERILLO: s. 420-421.

<sup>169</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 258; FEYZİOĞLU: s. 654.

<sup>170</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 915.

<sup>171</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 258; FEYZİOĞLU: s. 655; OĞUZMAN/ÖZ: s. 915; TUNÇOMAĞ: s. 666.

bahane olarak kullanıp ifadan kaçınmaz. Aksi takdirde, temerrüde düşürülebilir<sup>172</sup>.

Borçlunun tevdi yoluna başvurabilmesi için, çekişmenin yargılamaya konu olması şart değil ise de, yargılamaya konu çekişmeler bakımından Kanun 166/3. maddesinde ayrı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, “*İki alacaklı arasındaki dâva henüz görülmekte ve borç muaccel ise her biri borçluyu, borcu olan meblağı tevdi icbar edebilir.*” Yani bu durumda Kanun, tevdi hususunu borçlunun ihtiyarına bırakmamış, bu konuda davanın taraflarına yetki vererek, borçluyu tevdi etmeye zorlayabilme olanağı tanımıştır.

Tedvinin şekli ve yeri konusuna gelince, bu konuda ayrıca bir düzenleme yapılmamış olduğundan, genel hükümler uygulanacaktır (bkz. B.K.m. 73 ve 91).

#### Borçlunun Temellük Edene Karşı Savunma İmkânları

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, alacağın temlik borçlunun durumunu ağırlaştırmamalıdır. Temlik sözleşmesi öyle bir şekilde yapılmalıdır ki, alacak eski alacaklıda ne şekilde mevcut ise, yeni alacaklıda da aynı şekilde mevcut olsun. Daha açık bir anlatımla, temlik sözleşmesi borçluya zarar vermemeli veya onun durumunu ağırlaştırmamalıdır.

Bu bakımdan, borçlunun temlik edene karşı haiz olduğu savunma imkânlarının temellük edene karşı da, mevcut olması gerekir. Bu imkânları Kanun 167. maddesinde düzenlemiştir. “Borçluya ait defiler” kenar başlığını taşıyan maddenin 1. fıkrası defileri, 2. fıkrası ise takas ileri sürme hakkını düzenlemiştir. Her ne kadar maddede defi deyimi kullanılmış ise de, bunun itirazları da kapsadığı açıktır. Şimdi bu hususları inceleyelim:

#### **Temlik Edene Karşı Haiz Olduğu İtiraz ve Defileri Temellük Edene Karşı İleri Sürebilmesi**

Alacağın temlik borçlunun durumunu ne ağırlaştırmalı ne de iyileştirmelidir. Bu bağlamda, kural olarak borçlu, temlik edene karşı haiz olduğu itiraz ve defileri temellük edene karşı da ileri sürebilmelidir. Aynı şekilde, temlik edene karşı ileri süremeyeceği itiraz ve defileri, temellük edene karşı da ileri sürememelidir.

Aynı esaslar İngiliz hukuku'nda da geçerlidir. Yani, borçlu temlik edene karşı haiz olduğu itiraz ve defileri temellük edene karşı da ileri sürebilir. Örneğin, borçlu, temlik edene karşı haiz olduğu hata, hile<sup>173</sup> veya

<sup>172</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 258.

<sup>173</sup> Anormal kabul edilen bir örnek olarak, 1912 yılında *Stoddart v Union Trust Ltd.* davasında borçlunun ileri sürdüğü hile def'inin kabul görmemesidir. Buna gerekçe olarak, hilenin temlik edene ait kişisel bir tavır olduğu, bundan temellük edenin etkilenmemesi gerektiği şeklindedir; bkz. DOWNESS: s. 385.

sözleşmenin ihlaline ilişkin itiraz ve defilerini temellük edene karşı da ileri sürebilecektir.

### **Borçlunun İleri Süremeyeceği İtiraz ve Defiler**

Borçlu, Kanunun 162/2. maddesi gereğince taraflarca kararlaştırılan temlik yasağı, alacağa ilişkin senette belirtilmemişse ve temellük eden bu senede güvenerek alacağı temlik almışsa, artık akdî temlik yasağı temellük edene karşı ileri sürülemez.

Borçlu, alacağın doğmadığına ilişkin savunmayı ileri sürme hakkına sahip ise de, Kanun bu duruma bir istisna getirmiştir. Gerçekten de, B.K.'nin 18/2. maddesi gereğince, *“Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisap eden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyeran olunamaz.”*

Bu hüküm iyiniyetli üçüncü şahısların iktisabını korumaya yöneliktir. Bu sebeple, anılan hükmün uygulanabilmesi için, temellük edenin mutlaka iyiniyetli olması şartı aranır. Temellük eden, temlik eden ile borçlu arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu bilmesine rağmen alacağı temlik almışsa, ona karşı muvazaa iddiası ileri sürülebilecektir<sup>174</sup>. Aynı esas, beyaza (boş kâğıda) atılan imzanın kötüye kullanılmak suretiyle bir borç senedi haline getirilmesi ve bu senedin temlik halinde de uygulanır. Yani, böyle bir durumda da temellük edenin iyiniyetli olması koşuluyla, senedin geçersizliği ileri sürülemez<sup>175</sup>.

### **Borçlunun İleri Sürebileceği İtiraz ve Defiler**

Daha önce de belirttiğimiz üzere, Kanunun 167. maddesinin kenar başlığında defî deyimi kullanılmış ise de, bunun itirazları da kapsadığı açıktır. İtiraz deyiminin Kanunda ifade edilmemesinin sebebi, hâkim tarafından re'sen nazara alınması gereği olsa gerektir. Ancak, re'sen nazara alınma gereği, hiç şüphe yok ki, ilgilinin ileri sürmesine engel teşkil etmeyecektir<sup>176</sup>.

Kanunun 167/1. maddesindeki düzenleme şu şekilde ifade edilmiştir: *“Borçlu temlike vâkıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu defileri temellük edene karşı dahi dermeyeran edebilir.”*

Borçlunun ileri sürebileceği itiraz ve defiler, sadece temlik edene yönelik olanlarla sınırlı değildir. Bunun yanı sıra, bu maddede düzenlenmemiş ise de, borçlu temlik sözleşmesinin bizatihi kendisine yönelik itiraz ve defileri de ileri sürebileceğinden şüphe duymamak gerekir.

<sup>174</sup>TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 252-253; TUNÇOMAĞ: s. 668; OĞUZMAN/ÖZ: s. 919.

<sup>175</sup>FEYZİOĞLU: s. 659; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 253; KARAHASAN, s. 1711.

<sup>176</sup>FEYZİOĞLU: s. 658.

Örneğin, temlik edenin fiil ehliyetini haiz olmadığı, tasarruf yetkisinin bulunmadığı, Kanunun aradığı şekil koşuluna uyulmadığı veya alacağın temlikine kanuni bir engel bulunduğu gibi hususları ileri sürebilecek ve bu sebeple ifadan kaçınabilecektir<sup>177</sup>. Aslında bu husus, borçlu için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Aksi halde, örneğin, temlik sözleşmesinin şekle aykırı olduğunu bilmesine rağmen, temellük edene yapılan ifa borçluyu borçtan kurtarmayacaktır.

167/1. maddede yer alan düzenlemede ilk göze çarpan husus, borçlunun ileri sürebileceği defî ve itirazların sınırının belirlenmiş olmasıdır. Anılan düzenlemeye göre, borçlu ancak temlik işlemini öğrendiği tarihte temlik edene karşı ileri sürebileceği itiraz ve defîleri ileri sürebilecektir. Buna karşılık, temliki öğrendikten sonra ortaya çıkacak itiraz ve defîleri bu maddeye dayanarak ileri süremeyecektir. Şu hususu da açıklamak gerekir ki, söz konusu defî ve itiraz sebeplerinin borçlunun temliki öğrendiği anda mevcut olması yeterlidir. Yoksa o anda ileri sürülmeleri şart değildir. Hatta bu itiraz ve defîlerin dayandığı temel o anda mevcut olmak koşuluyla, bazı olayların ortaya çıkması gerekse de, hüküm böyledir. Örneğin, temlik edenle borçlu arasında bir bozucu şart kararlaştırılmış ise, bozucu şart temlikten sonra ortaya çıksa ve hatta borçlu temliki öğrendikten sonra ortaya çıkması durumunda, temellük eden karşı ileri sürülebilecektir<sup>178</sup>.

Borçlunun ileri sürebileceği defîlerin niteliği konusunda, maddede herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu bakımdan, örneğin ödemelik defî, zamanaşımı defî ve temlik edene karşı ileri sürebileceği sebepsiz zenginleşmeye dayanan daimi defî hakkını temellük edene karşı ileri sürebilecektir.

Borçlunun temlik edene karşı haiz olduğu defîleri BK.nun 167. maddesi hükmünce temellük edene karşı da ileri sürebileceğinden, bu konuda temlik alanın ayrıca iyiniyeti de aranmaz.

Bir önceki başlıkta belirtmiş olduğumuz istisnalar dışında, borçlu temlik edene karşı ileri sürebileceği itirazları da temellük edene karşı ileri sürebilecektir. Örneğin, alacağın doğmadığını veya ifa, ibra, yenileme, kusursuz imkânsızlık gibi bir nedenle sona erdiğini; sözleşmenin geciktirici (taliki) şarta bağlı olduğunu ve şartın gerçekleşmediğini veya sözleşmenin bozucu (infisahi) şarta bağlı olduğunu ve şartın gerçekleştiğini temellük edene karşı ileri sürebilecektir<sup>179</sup>.

<sup>177</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s. 917.

<sup>178</sup> von TUHR: s. 867; EREN: s. 1193; TUNÇOMAĞ: s. 668.

<sup>179</sup> EREN: s. 1193; OĞUZMAN/ÖZ: s. 918.

### **Temlik Edene Karşı Haiz Olduğu Takas Hakkını Temellük Edene Karşı İleri Sürebilmesi**

Borçlu, aynı zamanda temlik eden şahıstan karşılık bir alacağa sahip olabilir. Bu durumda, B.K.'nin 118 vd. maddeleri çerçevesinde borçlu, borcuna karşılık alacağını temlik edenle takas edebilir. Borçlunun bu hakkını kullanması alacaklının rızasını gerektirmeyen ve tek taraflı irade beyanıyla borcu sona erdirmeye gücüne sahip, bir yenilik doğurucu haktır. Ancak, bu hakkın kullanılabilmesi için; alacaklar türdeş olmalı, taraflar karşılıklı alacaklı ve borçlu olmalı ve her iki alacak da muaccel olmalıdır.

Kanun, takas halinde nasıl işlem yapılacağını 167/2. maddesiyle düzenlemiştir. Buna göre, *“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.”*

Hükmün konuluş gayesini bir örnekle açıklayalım. Örneğin, (A) (yani temlik eden) (B)'den (borçlu) bir milyar TL alacaklı, buna karşılık başka bir sözleşme gereğince (B)'ye bir milyar iki yüz milyon TL borçlu olsun. (A), bir milyar TL olan alacağını (C)'ye temlik edebilir ki, bu onun yasal hakkıdır. Ancak, bu suretle (A), (B)'nin kendisine karşı takas ileri sürmesini engelleyerek, (C)'nin (B)'yi bir milyarı ödemeye zorlamasını dolaylı bir biçimde sağlayabilir. (B) nakit sıkıntısı sebebiyle, böyle bir ödemeyi yapmakta zorlanabilir. İşte bu gibi ihtimalleri göz önüne alan kanun koyucu, borçluyu korumak amacıyla bu hükmü koymuştur.

Bu hüküm, aynı zamanda takas prensiplerine getirilen bir istisnadır<sup>180</sup>. Takasa ilişkin alacakların karşılıklı olması şartı burada aranmamaktadır. Buna karşılık, diğer şartlar, yani alacakların türdeş olması şartı ve borçlunun alacağının temlik edilen alacaktan sonra muaccel olmaması şartı da yine aranmaktadır.

ABD hukuku'nda da borçlunun temlik edene karşı haiz olduğu takas ileri sürme hakkını, hukukumuzdaki şartlar dâhilinde, temlik edene karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir<sup>181</sup>.

### **KANUNİ TEMLİK**

Alacağın kanuni temliki, B.K.'nin 164. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *“Alacağın temliki kanun veya mahkeme kararı mucibince vukubulduğu halde bir gûna merasime tâbi olmaksızın ve evvelki alacaklı tarafından rıza izhar edilmesine bile ihtiyaç bulunmaksızın üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilebilir.”*

<sup>180</sup>TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 255; OĞUZMAN/ÖZ: s. 920; FEYZİOĞLU: s. 660.

<sup>181</sup>CALAMARI/PERILLO: s. 422.

Görüldüğü üzere, alacağın temlik kanun gereğince gerçekleştiği takdirde, ayrıca bir işlem yapılmaksızın ve hatta önceki alacaklının rızasını gerektirmeksizin, bir başka şahsa geçmesidir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, bizim alacağın temlikinden kastımız; esasında akdî (rızaî, iradi) temliktir. Akdî temlik ise, bir sözleşme olduğunu belirtmiştik. Oysa kanuni temlikte bir sözleşme söz konusu değildir. Zira tarafların iradelerinin uyuşması şöyle dursun, temlik edenin rızası hilafına da temlik işlemi kanunen gerçekleşmektedir. Hatta bir bakıma, temlik edenin irade beyanının yerini kanun hükmü almaktadır.

Kanuni temlikten bahiste, şu yanlış kanıya ulaşılmamalıdır. Kanuni temlik, temlik edenin alacağını üçüncü şahsa (temellük edene) temlik etmesi zorunluluğu anlamına gelmez. Burada kastedilen, alacağın üçüncü şahsa kanun gereği intikali hususudur<sup>182</sup>.

Kanuni temlik, bir sözleşme biçiminde gerçekleşmediği için, B.K.'nun 163. maddesinde yer alan “*Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlikî muteber olmaz*” hükmünün de burada uygulama yeri yoktur. Zaten, 164. maddede sözü edilen “bir gûna merasime tâbi olmaksızın” hükmü ile anlatılmak istenen de budur.

Alacağın kanuni temlikine verilebilecek en önemli örnek halefiyettir<sup>183</sup>. Halefiyet durumunda, örneğin B.K.'nun 109. maddesi gereğince alacaklıya ifade bulunan üçüncü şahıs, yaptığı ifa oranında alacaklının haklarına halef olmaktadır. Bunun gibi, B.K.'nun 147/1. maddesi gereğince müteselsil borçlulukta rücu haklarından istifade eden borçlulardan her biri, yaptığı ifa oranında alacaklıya halef olmaktadır. Yine, B.K.'nun 496. maddesi gereğince, kefalette kefil, yaptığı ifa oranında alacaklıya halef olmaktadır. Bütün bu hallerde, ifade bulunan üçüncü şahıs, kanun hükmü gereğince alacaklının yerini almaktadır.

Alacağın kanuni temlikine ilişkin verilebilecek ikinci tipik örneği; M.K.'nun 599. maddesinde yer alan, miras bırakanın ölümü ile ona ait alacakların mirasçılara geçmesinde görülür. Burada da, kanun gereğince alacaklının yer değiştirmesi söz konusu olmaktadır. TTK'nun 1301. maddesi gereğince, sigorta bedelini ödeyen sigortacının sigorta ettiren yerine geçerek onun haklarına halef olması durumunda da, yine kanuni temlik söz konusudur.

Alacağın kanuni temlikinin söz konusu olduğu hallerde hangi hükümlerin uygulanması gerekeceği, belirlenmesi gereken bir husustur. Şunu tekrar belirtmek gerekir ki, kanuni temlik gerçek manada alacağın temlikî değildir. Bu sebeple, kanuni temlik hallerinde, öncelikle özel nitelikte olan ve kanuni temlike olanak sağlayan hükümlerin (örneğin TTK

<sup>182</sup> FEYZİOĞLU: s. 619.

<sup>183</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 265.

m.1301, M.K m. 599, BK m. 496 gibi) uygulanması gerekir. Alacağın temlikine ilişkin B.K.'nun 162-172. maddelerinde yer alan düzenlemelerin ise, ancak bünyelerine uyduğu ölçüde ve kıyasen uygulanması yoluna gidilebilir<sup>184</sup>. 164. maddede yer alan şekil şartının uygulanmayacağına ilişkin hüküm ile 171/2. maddede yer alan ve temlik edenin garanti yükümlülüğünün kanuni temlikte bulunmadığını belirten hüküm de, tabiatıyla nazara alınmalıdır.

### KAZAÎ TEMLİK

Alacağın bir şahıstan bir başka şahsa geçmesi, hâkim kararı ile de gerçekleşebilir. Bu durumda genellikle, örneğin temlik vaadini gerçekleştirmeyen alacaklının esirgediği temlik beyanının yerine, hâkimin hükmü geçer<sup>185</sup>.

B.K.'nun 164. maddesi gereğince, kazaî temlik durumunda da şekil şartı aranmaz ve alacaklının irade beyanına gerek yoktur.

Kazaî temlik halinde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda, kanuni temlikte yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Bir farkla ki, temlik edenin garanti yükümlülüğüne ilişkin 171/2. madde hükmü kanuni temliklere ilişkin olarak sevk edilmiş olduğundan, kazaî temliklerde temlik edenin garanti yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.

Daha önce de ifade edildiği gibi, alacağın temliki vaadi şekle bağlı olmayan müstakil bir sözleşmedir. Şayet temlik vaadinde bulunan kişi, bunu ifadan kaçınırsa, diğer taraf mahkemeye müracaat hakkını haizdir. Böyle bir durumda, mahkeme davacıyı haklı bulursa, hâkimin vereceği hüküm, temlik vaadinde bulunanın irade beyanı yerine geçecektir. Bu sayede davalının (temlik vaadinde bulunanın) alacağı davacıya (temellük edene) intikal edecektir. Hükümün verilmesi durumunda, alacağın temellük edenin malvarlığına geçmesi için başkaca bir işleme lüzum yoktur. Burada şu hususu karıştırmamak gerekir: Buradaki ihtilaf, dava konusu olan alacağın kime ait olduğu değildir. İhtilafın konusu, temlik vaadine rağmen, davalının irade beyanında bulunmamak suretiyle alacağın intikaline engel olmasıdır<sup>186</sup>. Mahkemenin, alacağın bir kimseye ait olduğuna ilişkin tespit hükmü, kazaî temlik olarak değerlendirilemez<sup>187</sup>.

M.K.'nun 198. maddesi gereğince, eşlerden biri evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmese, hâkim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir. Burada bir tür kazaî temlik olduğu ileri sürülmüştür<sup>188</sup>. Oysa

<sup>184</sup> FEYZİOĞLU: s. 620; OĞUZMAN/ÖZ: s. 925.

<sup>185</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 265; FEYZİOĞLU: s. 621.

<sup>186</sup> FEYZİOĞLU: s. 622.

<sup>187</sup> EREN: s. 1179; FEYZİOĞLU: s. 622; TUNÇOMAĞ: s. 649.

<sup>188</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 265-266.

FEYZİOĞLU'nun da belirttiği gibi, burada alacak hakkı diğer eşe intikal etmemekte, sadece ifanın ona yapılması emredilmektedir<sup>189</sup>.

Mahkemece iflas kararı verilmesiyle (İİK m. 165), müflise ait bütün mallar iflas masasına geçeceğinden (İİK m. 184), müflisin alacakları da iflas masasına geçecektir. Dolayısıyla, burada da bir tür kazaî temlik söz konusudur.

M.K.'nun 650/2. maddesi gereğince, mirasçılar payların oluşturulması konusunda anlaşamazlar ise, bunu sulh hâkiminden isteyebilirler. Bu payların oluşturulmasına ilişkin hâkimin hükmü, bir kazaî temliktir<sup>190</sup>.

#### 4. ALACAĞIN TEMLİKİNE UYGULANACAK ÖZEL HÜKÜMLER

B.K.'nun 172. maddesine göre, “*Bazı hakların temlikine mahsus olarak kanunen muayyen olan hükümler, bakidir.*” Yani, Medeni Kanunda, Türk Ticaret Kanunda ve diğer kanunlarda, alacağın bir şahıstan bir başka şahsa geçmesini düzenleyen özel nitelikte hükümler bulunabilir. Bu durumda, genel nitelikteki B.K.'nun 162-171. maddelerindeki düzenlemeler değil, ilgili kanundaki özel düzenlemeler uygulanacaktır<sup>191</sup>. Genel nitelikteki Borçlar Kanunu hükümleri ise, ancak orada hüküm bulunmaması durumunda, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulanabilecektir. Bu hükümlere kısaca değineceğiz.

1. B.K.'nun 231. maddesi gereğince, ihtiyari olarak yapılan açık arttırma ile bir menkul malı satın alan kimse (temellük eden), bu malın mülkiyetini açık arttırma anında kazanacaktır. Bu durumda, yazılı bir temlik sözleşmesine gerek yoktur ve mülkiyetin intikali için menkulün teslimi de gerekmez<sup>192</sup>.

2. M.K.'nun 891. maddesi gereğince; ipotekle güvence altına alınmış bir alacağın temlikinin geçerli olabilmesi için, tapu siciline tescil edilmeleri şart değildir. Yani, bu durumda, alacağın temliki işleminin B.K.'nun 163/1. maddesi hükmüne uygun olarak yazılı bir şekilde yapılması hem gerekli hem de yeterlidir. Buna karşılık alacak, gayrimenkul rehninin diğer türleri olan “ipotekli borç senedi” veya “irat senedi” ile temin edilmiş ise, bu takdirde farklı hükümlere tabi olur. Bu durumda, M.K.'nun 923 ve 924. maddeleri uygulanır.

<sup>189</sup> FEYZİOĞLU: s. 623 dipnot 20.

<sup>190</sup> Benzer şekilde bkz. M.K.'nun m.651.

<sup>191</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 266; FEYZİOĞLU: s. 663; DAYINLARLI: s. 293.

<sup>192</sup> von TUHR: s. 837; FEYZİOĞLU: s. 663; DAYINLARLI: s. 293-294;

M.K.'nun 923. maddesi gereğince; “*Nama veya hamile yazılı ipotekli borç senedi veya irat senedindeki alacak, ancak senet üzerindeki zilyetlikle birlikte devir veya rehin edilebilir veya başka bir tasarrufa konu olabilir.*”

*Senetlerin henüz düzenlenmemiş olması veya mahkeme tarafından iptal edilmesi hâlinde alacağı ileri sürme hakkı saklıdır.”*

M.K.'nun 924. maddesi gereğince; “*İpotekli borç senedindeki veya irat senedindeki alacağın devri, rehin senedinin teslim edilmesine bağlıdır.*”

*Rehin senedinin nama yazılı olması hâlinde devralanın adı ve devir işlemi senet üzerine yazılır.”*

Görüldüğü üzere, bu durumda Medeni Kanun, alacağın temlikine ilişkin genel nitelikteki Borçlar Kanunu hükümlerinden farklı düzenleme yapmıştır ve öncelikli olarak bu hükümler uygulanmalıdır<sup>193</sup>.

**3. Kıymetli Evrak Hukukunda, alacağın devri (temliki) de ayrı bir usule tâbi tutulmuştur. Bu sebeple, burada da alacağın temliki hükümleri değil; ilgili özel hükümlerin uygulanması gerekir. Kıymetli evrak niteliğindeki senetlerde hakkın devri için senet üzerindeki zilyetliğin devri şarttır (TTK m. 559/1). Emre yazılı senetlerde alacağın temliki, temellük edene yapılacak ciro ile gerçekleşir (TTK m. 559/1). Nama yazılı senetlerde ise, temlik edenin yazılı temlik beyanı ile alacağın temliki gerçekleşir(TTK m. 559/2). Hamile yazılı senetlerde ise, senedin teslimi yeterlidir. “ Emre yazılı değildir” kaydını taşıyan bir çek, ancak alacağın temliki yoluyla devredilebilir. Bu şekildeki bir devir, alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur. Aynı şekilde, protesto keşide edildikten sonra veya vade tarihinden sonra yapılan cirolar, alacağın temliki hükmündedir (TTK m. 705)<sup>194</sup>.**

Anonim şirketlerin çıkardıkları hisse senetleri bakımından da ayrı bir usul söz konusudur. Anonim şirketler, nama yazılı veya hamile yazılı hisse senedi çıkarabilirler. Hamile yazılı senetlerde alacağın temliki için, teslim yeterlidir. Nama yazılı senetlerde alacağın temliki ise, TTK'nun 416/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Nâma yazılı hisse senetlerinin devri, ciro edilmiş senedin devralana teslimi ile olur.*” Yani, senedin ciro edilmesi veya temlikname ile devri işleminden sonra teslimi gerekir<sup>195</sup>. Görüldüğü üzere, Kanun nama yazılı hisse senetlerinin devrini emre yazılı senetler kategorisine sokmuştur<sup>196</sup>.

Gemi ipoteği ile temin edilmiş alacağın temliki de, farklı düzenlemeye tâbi tutulmuştur. TTK'nun 921/3. maddesine göre, gemi ipoteği ile temin edilmiş alacağın temliki, yazılı şekilde ve gemi siciline tescil ile gerçekleşir<sup>197</sup>.

<sup>193</sup>von TUHR: s. 838-839; FEYZİOĞLU: s. 663-664; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 268.

<sup>194</sup> FEYZİOĞLU: s. 665.

<sup>195</sup> DAYINLARLI: s. 295.

<sup>196</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 267.

<sup>197</sup> DAYINLARLI: s. 295.

## 5. SONUÇ

Hukukumuzda önemli bir uygulama yeri bulunan alacağın temlikli kurumunu incelemeye çalıştığımız bu çalışmada, esasen hukukumuzun dâhil olduğu kıta Avrupa'sı hukuk çevresinde de nasıl ele alındığını ana hatlarıyla incelemiş olmaktadır. kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinin kaynağını oluşturan Roma hukuku'nun alacağın temlikli müessesine yaklaşımı da incelenmiştir.

Roma hukuku ve hukukçuları, borç ilişkisine bakışlarının bir gereği ve sonucu olarak alacağın temlikli fikrine yabancı kalmışlardı. Romalı hukukçular, alacağın temlikli yerine kaim olmak üzere, tarihsel süreç içinde farklı hukuki kurumları kullanarak aynı sonucu doğuracak bir çözüm bulma gayreti içine girmişlerdi. Kullanılan her yöntemde amaç aynıydı: Alacak hakkının bir kişiden başka bir kişiye devredilebilmesine olanak tanımak. Zira bu, ekonomik ihtiyaçların bir gereğiydi. Ama kullanılan yöntemlerin hepsinin bünyesinde birtakım sakıncalar mevcuttu. Bu sakıncalar bir tarafa bırakılacak olursa, alacak hakkının bir şahıstan bir başka şahsa devredilmesi sağlanmıştı. Ancak, yeni alacaklının durumu, gerekli hukuki himayeyi sağlamaktan uzaktı. Kısacası, kullanılan yöntemlerle “iktisadi bakımdan alacağın temlikli neticesi elde ediliyordu. Fakat hukuken elde edilememişti”<sup>198</sup>. Zira alacak öyle bir şekilde nakledilmeliydi ki, alacak hakkı, devreden alacaklıda borçluya karşı ne şekilde mevcut ise, devralan alacaklıda da aynı şekilde mevcut olsun.

Bu çalışmada da görüldüğü üzere, farklı hukuk çevrelerinde yer almalarına karşılık, tarihsel süreç içinde gerek Roma hukuku gerekse *Common Law*, alacağın temlikine aynı gerekçelerle karşı çıkmışlar ve bu kurumun yerine kaim olmak üzere, her iki hukuk sistemi de “havale” ve “dava vekâleti” kurumunu kullanmışlardır. Her iki hukuk sisteminde de, bu kurumların, çoğunlukla aynı gerekçelerle ihtiyaca cevap vermediği görülmüştür.

Yine bu çalışmada görüldüğü üzere, esasında bu farklı iki hukuk çevresinde alacağın temlikli bazı farklılıklar taşımaya rağmen, benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu durumu, “aynı ihtiyaçlar aynı kuralları oluşturur” şeklinde değerlendirmek mümkündür.

---

<sup>198</sup> KOSCHAKER/AYİTER: s. 273.

**KAYNAKÇA**

- ANSON** , Sir William R.: **Principles of the English Law of Contract**, London, 1964.
- ARIK**, Kemal Fikret: **Borçlar Hukuku I - Umumi Hükümler**, Ankara, 1964.
- ARSEBÜK**, Esat: **Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları**, Ankara, 1937.
- AYBAY**, Aydın: **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm**, İstanbul, 1991.
- BAŞTUĞ**, İrfan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Manisa, 1984.
- CALAMARI**, John D./ **PERILLO**, Joseph M. :**The Law of Contract**, Minnesota, 1970, s. 402
- DAYINLARLI**, Kemal: **Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki**, Ankara, 2000.
- DI MARZO**, Salvatore : **Roma Hukuku**, (çev. Ziya Umur), İstanbul, 1959.
- DOWNESS**, Antony T.: **A Textbook on Contract**, London, 1995.
- EREN**, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2003.
- ESENER**, Turhan: **Turkish Business Law - I Contract and Torts (Law of Obligations)**, İstanbul, 2000.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, İstanbul, 1977.
- IUSTINIANUS INSTITUTIONES**: (çev. Ziya Umur), İstanbul, 1955.
- İNAN**, Ali Naim: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1984.
- KANETİ**, Selim: **İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964)**, Ankara.
- KARAHASAN**, M. Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt**, İstanbul, 1992.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2003.
- KOCAMAN**, Arif B. :**Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınır Sorunu**, Ankara, 1992.
- KOSCHAKER**, Paul /**AYİTER**, Kudret :**Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak- Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, 1971.
- OĞUZ**, Arzu : **Karşılaştırmalı Hukuk**, Ankara, 2003.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000.

- OSER, H. /SCHÖNENBERGER, W. :** **İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi,** (çev. Ferid AYİTER), Ankara, 1950.
- ÖNEN, Turgut :** **Borçlar Hukuku,** Ankara, 1990.
- ÖZSUNAY, Ergun:** **Borçlar Hukuku I,** İstanbul, 1983.
- RADO, Türkan:** **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku,** İstanbul, 1982.
- REİSOĞLU, Safa:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul, 2002.
- SAYMEN, Ferit H. :** **Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, Umumi Hükümler,** İstanbul, 1950.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.:** **Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler,** İstanbul, 1958.
- SAYMEN, Ferit Hakkı/KÖPRÜLÜ, Bülent:** **Medeni Hukuk Dersleri Cilt II Borçlar Hukuku,** İstanbul, 1965
- TAHİROĞLU, Bülent :** **Roma Borçlar Hukuku,** İstanbul, 2000.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi :** **Türk Aile Hukuku,** İstanbul, 1986.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi /AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan:** **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I. Cilt,** İstanbul, 1972.
- UMUR, Ziya:** **Roma Hukuku Ders Notları,** İstanbul, 1987. Metinde "UMUR: Ders Notları," olarak kısaltılmıştır.
- UMUR, Ziya:** **Roma Hukuku Lügatı,** İstanbul, 1983. Metinde "UMUR: Lügat," olarak kısaltılmıştır.
- von TUHR, Andreas :** **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2,** (çev. Cevat EDEGE), Ankara, 1983.