

Kavgam Sonuna Kadar

**Geçer oldum her şeyden
Varsın ne derlerse desinler
Korkakmışım, pes etmişim
Tabansız ödlekmışim
Komaz inan hiç biri bana
Haksızlara zafer sevinci yaşatmak var ya
Bir ağırıma gider ki sorma...
Özcan Günergök**

ÖNSÖZ

2002 yılında doktora programını tamamlayıp hukuk doktoru unvanını aldığımda hedefim tekrar üniversiteye geçmektir. Değerli hocam Prof.Dr. Gökhan Antalya ve doktora babam Prof.Dr.Cevdet Yavuz bu konuda desteklerini esirgememişlerdir. Ancak üniversitede kadro beklerken Türkiye'nin bir asra yaklaşan geçmişe sahip bir çınarı olan Şişecam ailesinde yerimi aldım. Değerli hocam Prof.Dr.Nami Barlas'ın şahsıma defalarca söylediği gibi, akademiden kopmak pek de mümkün olmuyor. "Avukatlık Sözleşmesi" konulu çalışmamı yıllar içinde geliştirdikten sonra, farklı bir konuyu ele alan eser hazırlamaya karar verdim ve huzurunuzdaki bu çalışma ortaya çıktı.

Bu çalışmayı öncelikle evdeki vaktimin büyük bölümünü bilimsel çalışmaya ayırmama anlayış gösteren sevgili eşime ve çocuklarıma borçluyum. Bu çalışmayı hazırlama konusunda beni cesaretlendiren arkadaşlarım Prof.Dr.Mustafa Fadıl Yıldırım, Prof.Dr.Şaban Kayıhan ve Prof.Dr.Cem Baygın'a, kaynak temininde desteklerini esirgemeyen Prof.Dr.Tekin Memiş ve Yrd.Doç.Dr.Hayrünnisa Özdemir'e, gerek kaynak temininde, gerekse tashihlerinde büyük yardımları olan Yrd.Doç.Dr. Alparslan Akartepe'ye, Vedat Kitabevi sahibi ve çalışanlarına teşekkürlerimi sunarım.

15 Şubat 2014- Ümraniye

KISALTMALAR

ABD	:Ankara Barosu Dergisi
ABGB	:Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (Avusturya)
Anm.	:Anmerkung
Art.	:Artikel
Aufl.	:Auflage
AÜEHFD	:Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	:Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
b.	:bent
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:Bürgerlichesgesetzbuch
BGH	:Bundesgerichtshof
BGHZ	:Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	:818 sayılı Borçlar Kanunu (mülga)
BISchK	:Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs
BR	:Baurecht (Zürich)
C.	:Cilt
c.	:cümle
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	:Dissertation
E.	:Esas
Einl.	:Einleitung
eTTK	:6756 sayılı Türk Ticaret Kanunu (mülga)
EÜHFD	:Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD.	:Hukuk Dairesi
HGK.	:Hukuk Genel Kurulu
HMK.	:6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İİD.	:İcra İflas Dairesi
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
İÜHFD	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İKİD.	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi (Kazancı)
İÜSBE.	:İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
JdT	:Journal des Tribunaux
JZ	:Juristenzeitung
K.	:Karar
KKG	:Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23.Maerz 2001
LG	:Landesgericht
m.	:Madde
NJW	:Neue juristischen Wochenschrift
NJW-RR	:NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
OR	:Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30 Maerz 1911
RG	:Reichgericht
RGZ	:Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen (Leipzig 1880-1945)
Rz.	:Randziffer
s.	:sayfa
S.	:Sayı
SchKG	:Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkursgesetz vom 11 April 1889.

s.lı	:sayılı
SJZ	:Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
SÜHFD	:Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	:Tarih
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	:6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	:4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Vorbem.	:Vorbemerkung
vb.	:ve bunun gibi
vs.	:ve sair
WM	:Wertpapiermitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Y.	:Yıl
Yarg.	:Yargıtay
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi
ZBJV	:Zeitschrift des Bernischen Juristenverein, Bern
ZGB	:Zivilgesetzbuch

§ 1 GİRİŞ

I.Konunun Önemi

Alacağın devri borç ilişkilerinde taraf değişikliği kapsamında yer almaktadır. Bu devirle borçlu aynı kalmakla birlikte, alacak hakkı üzerinde hak sahibi olan kişi değişmektedir.

Alacağın devri günlük ticari yaşamda piyasa aktörleri tarafından sıkça başvurulmuş bir kurumdur. Alacağın devri tek bir amaca hizmet etmeyip bir çok farklı işlevler görebilir.

Bir başkasına karşı borçlu durumda olan kişi, bu borç ilişkisine yabancı bir üçüncü kişide olan alacağını devrederek kendi alacaklısına karşı borçlu olmaktan kurtulabilir. Örneğin bir alım satış sözleşmesinde alıcı (A) elde ettiği alacak karşılığında satış bedeli olarak (Ü)'deki alacağını satıcı (S)'ye devretmiş ise, alacak sebebiyle yapılmış bir devirden bahsedilir¹.

Alacaklı alacağını, kendisine karşı borçlu olmadığı bir başka kişiye bir edim karşılığı olmaksızın devretmek suretiyle bağışlamada bulunabilir (causa donandi).

Alacaklı kredi temin etmek amacıyla da alacaklarını devredebilir. Bir sözleşme kapsamında doğmuş ya da ileride doğacak haklarını bankaya devrederek kredi alınmasında durum böyledir. Burada banka müşterisi alacaklarını bankaya teminat amacıyla devretmektedir. Banka kredi borcu ödenmediği takdirde kendisine devredilen alacakları tahsil eder ve kredi borcundan mahsup eder.

Gene alacaklı vadesi gelmediği için borçlusundan tahsil etme imkânı bulunmayan bir alacağını bir bankaya kırdırarak (iskonto) para ihtiyacını karşılamak isteyebilir. Bu halde alacaklı belirli bir iskonto karşılığında alacağını bankaya devreder². Bu şekilde alacaklı edim karşılığı yaptığı devir ile alacağına vadesinden önce kavuşarak kendi lehine kredi yarat-

¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535.

² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 530.

miş olur. Tahsil amacıyla devir açısından iskonto zorunlu unsur değildir. Alacaklının işlerinin yoğunluğu, alacağın tahsilinin yargı yoluna başvurma ihtimalini gerektirmesi vs. nedenlerle, alacağını bizzat tahsil etmek yerine bu işlerle uğraşan, faaliyet alanı alacakları devralmak suretiyle tahsil işlemleri gerçekleştirmek olan bir üçüncü kişiye devretmesi de mümkündür³.

Özellikle ekonomik kriz ortamlarında haklarında icra takipleri başlatılacağını öngören borçluların, faaliyetlerine devam edebilmek için önceden alacaklarını devir ettiklerine de tanık olunmaktadır. Alacaklılarından mal kaçırmak isteyen borçlular ya farklı bir tüzel kişi ortaklık kurarak alacaklarını bu yeni kurulan ortaklığa devretmekte ya da üçüncü kişilerle muvazaalı devir işlemleri yapmaktadırlar. Devredilmiş bir alacağa ilişkin olarak kendisine haciz ihbarnamesi gönderilmiş olan takip borçlusunun borçlusu konumundaki üçüncü kişinin alacağı devralana mı yoksa icra takip dosyasına mı ödemesi gerektiği ya da alacağın devri yoluyla alacağını tahsil etme imkânından yoksun bırakılan alacaklının hangi imkânlarla sahip olduğu hususu önem kazanmaktadır.

Alacağın devrine ilişkin hükümler kıymetli evrak hukuku bakımından da önem arz etmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu bazı maddelerinde alacağın devrine ilişkin hükümlerin uygulanacağını açıkça belirtmiştir⁴.

Alacağın devri denilince akla genellikle para alacaklarının devri gelir. Oysa alacağın devri para alacaklarıyla sınırlı değildir. Bir çok borç ilişkisinin konusunun para olması ve paranın devre elverişli olacak olma-

³ KILIÇOĞLU, s. 785.

⁴ TTK.m.681 f.2 hükmüne göre, “Düzenleyen, poliçeye “emre yazılı değildir” ibaresini veya aynı anlamı ifade eden bir kaydı koymuşsa, poliçe ancak alacağın temliki yoluyla devrolunabilir ve bu devir alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur”; TTK.m.788 f.2 hükmüne göre, ““Emre yazılı değildir” kaydıyla veya buna benzer bir kayıtla belirli bir kişi lehine ödenmesi şart kılınan bir çek, ancak alacağın temlikiyle devredilebilir. Bu devir, alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur.”; TTK.m.793 f.1 hükmüne göre, “Protestonun düzenlenmesinden veya aynı nitelikte bir belirlemeden veya ibraz süresinin geçmesinden sonra yapılan ciro, ancak alacağın temlikinin sonuçlarını doğurur”. Aynı yasama döneminde bir kaç gün arayla yasalaşan iki kanun arasında farklı kavramlar kullanılması yadırganacak bir durumdur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda “alacağın temliki” kavramı yerine “alacağın devri” ifadesi benimsenmiş iken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda hala 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda kullanılan alacağın temliki kavramına yer verilmesi kanaatimce yasa yapma tekniği bakımından isabetli olmuştur.

sı nedeniyle alacağın devrinin sadece para alacaklarıyla sınırlı olduğu algısı mevcuttur. Para dışındaki alacaklar da alacağın devri sözleşmesine konu edilebilir⁵. Örneğin günlük yaşamda sıkça başvurulanan bir yol olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri hakkında da alacağın devri hükümleri uygulanmaktadır⁶. Bu anlamda kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan alacakların devri halinde TBK’nda düzenlenmiş olan alacağın devri hükümleri uygulanır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaatın finansmanını sağlamak amacıyla yüklenici, kendisine vaat edilen bağımsız bölümleri talep hakkını henüz inşaat tamamlanmadan önce dahi üçüncü kişilere devredebilmektedir⁷. Yüklenici ile arsa sahipleri arasındaki bu sözleşme niteliği itibariyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Yüklenicinin bu sözleşmeden kaynaklanan nisbi nitelikteki alacak haklarını üçüncü kişiye devretmesi adi yazılı şekle tabi olan alacağın devri sözleşmesi yoluyla gerçekleşmektedir⁸.

Ticari yaşamda finansman sağlanabilmesi bakımından özel bir öneme sahip olan faktoring işlemleri de niteliği itibariyle alacağın devri işlemidir⁹.

Borcu, borçlu ile alacaklı arasında bunların şahıslarından ayrılmaz bir bağ sayan Roma Hukuku ilk devirlerinde alacağın devrine izin vermemiştir¹⁰. Bu yöndeki ihtiyaçlar başka hukuki yollarla karşılanmaya çalışılmıştır. “Novatio” (yenileme) veya “mandatum in rem suam” (temsilci yararına temsil yetkisi) en sık başvurulanan yollardı. Zamanla alacağın devri hukuki bir kurum olarak yerleşmiş ve modern devirde kıymetli evrak hukukunun gelişmesi ile de ayrıca önemini artırmıştır¹². Eski anglo Amerikan hukuk sisteminde alacağın devri borçlunun muvafakatine bağlı

⁵ KILIÇOĞLU, s. 788.

⁶ ERMAN, s. 174; ARIKAN, s. 130.

⁷ ARIKAN, s. 130.

⁸ ENGİN, Garanti, s. 14. YHGK, 04.12.1991, 14-508/634, İKİD 1992, s. 8866.

⁹ KOCAMAN, Faktoring’in Hukuki Niteliği, s. 86.

¹⁰ BSK OR I-GIRSBERGER, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 2.

¹¹ İslam Hukukunda alacağın devrine ilişkin açıklamalar için bkz. HÜSEYİN, İhsan: Türk ve Irak Hukuklarında Mukayeseli Olarak Alacağın Temliki, AÜSBE, yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 12 vd.

¹² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 530. Alacağın devrinin tarihi gelişimi hakkında detaylı bilgiler için bkz. DAYINLARLI, s. 7 vd.; ÜÇER, 401 vd.

idi¹³. Çoğu modern hukuk sistemlerinde alacağın devri için borçlunun muvafakati aranmamaktadır¹⁴.

Alacak üzerinde hak sahibinin (alacaklının kimliği) değişmesi sadece iradi yollarla olmaz. Alacak bir kanun hükmü gereği bir başkasına geçebileceği gibi, yargı kararıyla da geçiş sağlanabilir. Bu hallerde alacaklının iradesi dışında alacaklı taraf değişmektedir¹⁵. Türk Borçlar Kanununda esas alınan devir iradi devirdir. Alacağın devri denilince kastedilen de kural olarak alacağın tarafların anlaşması suretiyle devredilmesidir¹⁶.

Bu çalışmada da alacağın iradi devrinde borçlunun hukuki durumu incelenecektir.

II.Çalışma Planı

Çalışmamız iki bölümden, giriş ve sonuç bölümleri de dâhil olmak üzere yedi paragraftan oluşmaktadır.

“Giriş” başlıklı birinci paragrafta konunun önemi hakkında bilgi verilmiş ve çalışma planı aktarılmıştır.

“Alacağın Devri Sözleşmesi ve Hükümleri” başlıklı Birinci Bölüm iki paragraftan oluşmaktadır.

Birinci bölümde yer alan “Alacağın Devri ve Özellikleri” başlıklı ikinci paragrafta, alacağın devri kavramı, alacağın devrinin hukukumuzda düzenleniş şekli, alacağın devrinin konusu, tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem, devir sözleşmesi, alacağın devrinin soyut olup olmadığı, alacağın devri sözü verme, alacağın devrinin benzer hukuki ilişkilerle karşılaştırılması, devir türleri incelenmiştir.

“Alacağın Devrinin Hükümleri” başlıklı üçüncü paragrafta, alacaklı yanın değişmesi ve alacağın geçiş anı, alacağın devri ile intikal eden haklar, alacağın devrindeki üçlü ilişki incelenmiştir. Bu kapsamda devrin taraflarının yükümlülüklerine yer verilmiştir.

¹³ BSK OR I-GIRSBERGER, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 2.

¹⁴ BSK OR I-GIRSBERGER, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 2.

¹⁵ EREN, s. 1226.

¹⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 358.

“Borçlunun Hukuki Durumunu Etkileyen Bazı Durumlar ve Borçlunun Sahip Olduğu Savunma İmkânları” başlıklı ikinci bölüm iki paragraftan oluşmaktadır.

İkinci bölümde yer alan “Borçlunun Hak Sahibi Olmayan Kişiye İfade Bulunması” başlıklı dördüncü paragrafta, devredilen alacağı hak sahibi olmayan kişiye ödeyen borçlunun borçtan kurtulmasının koşulları incelenmiştir. “Aidiyeti Tartışmalı Alacağın Tevdii” başlıklı beşinci paragrafta, borçlunun tevdie zorlanması ve borçlunun alacağın tevdiini talep etme hakkı incelenmiştir.

“Borçlunun Sahip Olduğu Savunma İmkânları” başlıklı altıncı paragrafta borçlu ile devreden arasındaki ilişkiden kaynaklanan savunma imkânları incelenmiştir.

Bu çalışmada varılan sonuçlar “Sonuç” başlıklı yedinci paragrafta özet olarak aktarılmıştır.

Birinci Bölüm

ALACAĞIN DEVRİ SÖZLEŞMESİ VE HÜKÜMLERİ

§ 2. ALACAĞIN DEVRİ VE ÖZELLİKLERİ

I.ALACAĞIN DEVRİ KAVRAMI

Borç, bir tarafta alacaklının alacağı ve diğer tarafta borçlunun borcunda vücut bulan, alacaklı ve borçlu arasındaki bir hukuksal ilişkidir¹⁷. Normal şartlarda borç sona erene kadar borçlunun karşısında aynı alacaklı bulunur. Eski hukuk sistemlerinde alacaklı değişikliği söz konusu değil iken, modern hukukta bu imkân tanınmıştır¹⁸. Alacağın devri alacaklının değiştiği hallerden biridir¹⁹.

Alacağın devri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 183-194. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanunumuzda alacağın devrine ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. TBK.m.183’de, “Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez.” düzenlemesine yer verilmiştir²⁰.

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3602.

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3603.

¹⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 357. Borç ilişkilerinde alacaklı tarafın değiştiği hallere ilişkin olarak bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N.3603 vd.

²⁰ Alacağın devri 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nda 162-172 maddeleri arasında “Alacağın Temliki” kavramı ile düzenlenmiş idi. BK.m.162 hükmü şöyle idi: “Kanun veya akit ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını bir üçüncü şahsa temlik edebilir.

Borçlu, alacağın temlik edilmemesi şart edilmiş olduğunu, bu şartı ihtiva etmeyen ikrarı bilkitabeye istinat ile alacağı temellük eden üçüncü bir şahsa karşı iddia edemez”. Yeni düzenlemede “temlik” yerine “devir” teriminin tercih edilmesiyle, taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin (ve devri mümkün olan ayni hakların) devri ile arasında terim birliği sağlanmış olmaktadır (OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 529 .

“Alacağın devri” kavramı, alacağın devreden ile devralan arasında kurulan bir sözleşme²¹ ile konusu ve sonuçları itibariyle doğrudan devredenden devralana aktarılmasını ifade eder²². Alacağın devri alacağın bir hukuksal işlem olan sözleşme yolu ile bir üçüncü kişiye devredilmesi²³. Bu sözleşme alacağı devreden ile devralan arasında yapılır. Borçlu bu sözleşmenin tarafı değildir²⁴ ²⁵. Alman Hukukunda bu özellik BGB § 398’de açıkça görülmektedir²⁶. Alacağın devrinin bu özelliği, devir kavramını alacağın devrinin diğer şekillerinden (alacağın devrinin kanun hükmü gereği geçişi ve alacağın hâkim kararı gereği geçişinden) ayırmaktadır²⁷.

Alacağın devri ile devralan doğrudan alacaklı konumuna geçmektedir. Devralan alacağı devrenin temsilcisi değildir. Bundan dolayı borçluya devrin bildirilmesinin ve devralanın alacağı kendi adına ve talep etmesinin engellendiği hallerde alacağın devrinden bahsedilemeyecektir²⁸.

Alacağın devri hakkında bir tanım yapmak gerekirse; “alacağın devri herhangi bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacağın veya alacakların, devreden ile devralan arasında kurulan, borçlunun rızasına gerek olmaksızın alacağın devralanın malvarlığına geçişini sağlayan bir sözleşmedir” şeklinde tanımlanabilir.

²¹ TEKİNAY, s. 240; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 358.

²² KOCAMAN, Alacağın Temliki, s. 6; WEHRLI, s. 2.

²³ KOCAMAN, Alacağın Temliki, s. 6.

²⁴ KILIÇOĞLU, s. 792; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 358.

²⁵ Alacağın devri bir sözleşme olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanununun özel borç ilişkileri bölümünde düzenlenenlerden farklı olarak bir borç sözleşmesi değildir. Ancak genellikle bir borç sözleşmesiyle birlikte alacak devredilir (HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 358).

²⁶ BGB § 398: “Bir alacak, alacaklı tarafından bir başkası ile yapılan sözleşme ile bu kişiye devredilebilir. Sözleşmenin kurulması ile yeni alacaklı o ana kadarki alacaklının yerine geçer”. Alman Hukukunda BGB § 398-413 maddeleri arasında alacağın devri (Übertragung der Forderung) düzenlenmiştir. BGB § 398’de alacağın sözleşme ile devri (Abtretung) yer almaktadır. BGB § 412’de alacağın yasa gereği geçişi (Gesetzlicher Forderungsübergang) düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden BGB’nin devir (Abtretung) kavramından alacağın sözleşme ile devrini anladığı ve onu alacağın devrinin diğer şekillerinden ayırdığı ifade edilmektedir (KOCAMAN, Alacağın Temliki, s. 6).

²⁷ KOCAMAN, Alacağın Temliki, s. 6. Bu hususa ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. KOCAMAN, s. 6 vd.

²⁸ BK-BECKER, Vorbemerkungen zu Art 164-174, N. 1.

Alacağın devrinin borç ilişkisinden doğan belli bir talep hakkının devrine yönelik işlem olması nedeniyle, devreden alacağın devrinden sonra da asıl borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükleri ile bağlıdır. Örneğin bir satış sözleşmesinde alacağın devreden satıcının malı teslim yükümlülüğü devam eder²⁹.

II.ALACAĞIN DEVRİNİN HUKUKUMUZDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Alacağın devri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Beşinci Bölümünde “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlıklı Birinci Ayırım’da 183-194 maddeleri arasında on iki madde halinde düzenlenmiştir. “A.Koşulları” başlığı altında alacağın devri, “İradi Devir” (TBK.m.183) ve “Yasal ve Yargısal Devir” (TBK.m.185) olarak iki çeşide ayrılmıştır. “B.Hükümleri” başlığı altında alacağın devrinin hükümleri düzenlenmiştir. “C. Özel Hükümlerin Saklılığı” başlığı altında, bazı hakların devrine özgü olarak kanunla konulmuş hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir (TBK.m.194). Alacağın devrinin düzenlendiği Beşinci Bölüm’de ikinci Ayırım’da ise “Borcun Üstlenilmesi”ne yer verilmiş, Üçüncü Ayırım’da ise “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma” düzenlenmiştir.

Alacağın devrinin koşullarının açıklandığı “A. Koşulları” başlığı altında, TBK.m.183’de kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklının, borçlunun rızasını aramaksızın alacağın üçüncü bir kişiye devredebileceği ifade edildikten sonra, borçlunun devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış olduğu savunmasını ileri süremeyeceği belirtilmiştir.

Alacağın devrinin hangi şekle tabi olduğu TBK.m.184’te düzenlenmiş olup, alacağın devrinin geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı olduğu esası benimsenmiştir.

TBK.m.185’te alacağın devrinin kanun veya mahkeme kararı gereği³⁰ gerçekleşmesi hali düzenlenmiş olup, bahse konu maddede bu devrin

²⁹ REİSOĞLU, s. 462.

³⁰ Alacağın mahkeme kararı ile geçişi, bir devir vadinin veya alacak devri vasiyetinin vaadde bulunan alacaklı veya vasiyet borçlusu tarafından yerine getirilmemesi halinde açılacak davada hakimın kararı devir borcunun yerine getirilmesi etkisini sağlar. Devredilmesi gereken alacak buna ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi ile davacıya geçer. Miras ortaklığına ait bir alacağın paylaşım sırasında mahkeme

özel bir şekle tabi olmadığı ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın devrin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği ifade edilmiştir.

Alacağın devrinin hükümlerinin açıklandığı “B.Devrin Hükümleri” başlığı altında, TBK.m.186’da alacaklı ya da devralan tarafından alacağın devredildiği hususu kendisine bildirilmeyen borçlunun, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunan borçlunun borcundan kurtulacağı belirtilmiştir.

Alacağın kime ait olduğunun çekişmeli olması durumunda, borçlunun borcundan kurtulmak için nasıl hareket etmesi gerektiği TBK.m.187’de düzenlenmiştir. Söz konusu kanun hükmüne göre, alacağın kime ait olduğu çekişmeli ise borçlu ifadan kaçınma hakkına sahiptir. Alacağın kime ait olduğunun çekişmeli olduğu hallerde borçlu, borcun nereye tevdi edileceği hususunda hâkim kararı almak ve belirlenen bu yere tevdi etmekle borcundan kurtulur. Devredilen alacağın çekişmeli olduğunu bildiği halde ifada bulunan borçlu bundan doğacak sonuçlardan sorumludur (TBK.m.187, f.2) . TBK.m.187, f.3’e göre, dava konusu olan çekişme henüz mahkemece sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflardan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir.

TBK.m.188’de borçluya ait savunmalar düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, borçlu devri öğrendiği sırada, devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir.

TBK.m.189’da alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik (rüçhan) hakları ve bağlı (fer’i) hakların da devralana geçeceği, asıl alacakla birlikte işlemiş faizlerin de devredilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

TBK.m.190’da devredenin senet, belge ve bilgileri verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür.

kararı ile mirasçılardan birine özgülenmesi halinde de alacak hakkı mirasçıya mahkeme kararının kesinleşmesiyle geçer (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 531).

Devredilen alacağa ilişkin garanti yükümlülüğü TBK.m.191’de düzenlenmiştir. Kanun garanti yükümlülüğünün devrin bir edim karşılığı mı yoksa herhangi bir karşı edim olmaksızın mı gerçekleştiğine göre farklı sonuçlar öngörmüştür. Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse, devreden devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur (TBK.m.191, f.1). Alacak, bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse³¹, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir (TBK.m.191, f.2).

TBK.m.192’de ifaya yönelik devir düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklı alacağını borcu ifaya yönelik olarak devretmekle birlikte, borca mahsup edilecek miktar belirlemediyse, devralan ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabilecek olduğu miktarı, kendi alacağına mahsup etmek zorundadır.

TBK.m.193’te devralanın alacağı garanti ile yükümlü olan devredene karşı ileri sürebileceği istemler sayılmıştır. Buna göre devralan, ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri ve borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri devredenden isteyebilir.

Alacağın devrine ilişkin son madde olan TBK.m.194’te de bazı hakların devrine özgü olarak kanunla konulmuş bulunan hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir.

Alacağın iradi olarak devrinde, alacaklı bir başkası ile anlaşarak bir hukuksal işlem olan sözleşme ile alacağını devretmektedir. Yasal devir veya yargısal devir durumunda gerçek anlamda bir devir söz konusu değildir. Alacaklının herhangi bir şekilde rızasına gerek olmaksızın yasa hükmü gereği ya da yargı kararı ile alacak kendiliğinden el değiştirmekte-

³¹ TMK.m.599 gereğince alacak hakkının mirasçılara intikali kanun gereği geçiştir. Borçlu yerine ifada bulunan kişinin TMK.m.127 gereğince halefiyet sebebiyle alacak hakkını kazanması; TBK.m.509 hükmünde belirtilen koşulların oluşması halinde vekilin müvekkili hesabına kazandığı alacak haklarının müvekkile geçmesi alacağın kanun gereği geçmesi hallerine örnek olarak verilebilir. İlk iki halde kanuni halefiyet söz konusudur. Bu son hükümdeki alacak intikalinin, yani vekilin kazandığı alacak hakkının müvekkile intikalinin bir kanuni alacak devri mi, bir kanuni halefiyet mi yoksa kanundan doğan özel bir ilişki mi olduğu tartışma konusudur. Bu hususa ilişkin tartışmalar için bkz. YAVUZ, s. 641. Tartışmanın detaylarına girmeksizin burada bir kanuni alacak devri bulunmadığı, kanundan doğan özel bir ilişki bulunduğunu kanaatinde olduğumu belirtmekle yetiniyorum.

dir³². Alacağın devrine ilişkin hükümler incelendiğinde, yasadaki düzenlemenin esas olarak iradi devri ele aldığı görülecektir³⁴. Bu hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer devir türlerine de uygulanır.

III.ALACAĞIN DEVRİNİN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1.Havale

Havale, havale edenin, kendi hesabına para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukukî işlemdir (TBK.m.555).

Alacağın devrinde devralan alacak üzerinde hak sahibi olurken, havale alıcısı, havale ödeyicisi karşısında bağımsız bir hakka sahip değildir. Havale alıcısı sadece, edimi kendi adına kabul etmek üzere yetkili kılınmıştır. Yani havale alıcısına hiçbir alacak devredilmemiştir ve bu yönü ile alacağın devrinden ayrılır³⁵.

Havale ödeyicisi, çekince belirtmeksizin havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirirse, ifa ile yükümlü olur ve ona karşı, ancak aralarındaki ilişkiden veya havalenin içeriğinden doğan savunmaları ileri sürebilir; havale eden ile kendi arasındaki ilişkiden doğan savunmaları ileri süremez (TBK.m.557, f. 1). Havale ödeyicisinin çekince belirtmeksizin kabulü bulunmayan hallerde onun havale alıcısına karşı ifa yükümlülüğü yoktur. O sadece havale eden tarafından ifa hususunda yetkilendirilmiş-

³² Bir alacağın alacaklının irade beyanına ve herhangi bir şekle gerek olmaksızın hakim kararıyla bir başkasına geçmesine “yargısal devir” denir. Hakimin paylı veya elbirliği halindeki malvarlığı ortaklıklarının giderilmesi ve paylaşmaya ilişkin kararı yargısal devre örnek olarak gösterilir (EREN, s. 1227).

³³ 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında “rızaî temlik”, “kazai temlik” ve “kanuni temlik” ayırımına değinilmekte ve kanuni ve kazai temlikin aslında gerçek anlamda temlik (devir) olmadığı, alacağın kanun ya da mahkeme kararı ile devri halleri için “alacağın intikali” deyiminin kullanılabileceği ifade edilmekte idi (ENGİN, Garanti, s. 11; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 890) .

³⁴ Alacağın iradi devrine ilişkin hükümler, alacak hakkının yasa ya da yargı kararıyla intikaline ancak aykırı düşmediği ölçüde kıyasen uygulanır (VON TUHR/ESCHER, s.397).

³⁵ KOCAMAN, Havale, s. 20.

tir. Oysa alacağın devrinde borçlunun rızası aranmaksızın alacak devredilebilir ve borçlu alacağı devralana ifa ile yükümlüdür.

TBK.m.557, f.2 hükmüne göre, havale ödeyicisi, havale edene borçlu ise, borcu havale alıcısına ifa etmesi, havale edene yapacağı ifaya oranla daha fazla yük getirmiyorsa, borcu havale alıcısına ifa etmekle yükümlüdür. Bu durumda, havale eden ile aralarında aksi kararlaştırılmamışsa havale ödeyicisinin, ifadan önce havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına açıklamasına gerek yoktur. Burada havale ödeyicisine getirilen bu yükümlülüğe rağmen, havale alıcısı bağımsız bir talep hakkı kazanmış değildir. Borcun varlığına rağmen havale alıcısına ödeme yapmayan havale ödeyicisi, havale edene aralarındaki ilişki gereği sorumlu olacaktır³⁶. Alacağın devrinde ise kendi rızası aranmayan borçlu devir ile birlikte devralana ifa ile yükümlü ve doğrudan doğruya devralana karşı sorumludur.

2.Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan, devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (TBK.m.205, f.1).

Sözleşmenin devrinde sözleşme ilişkisi bir bütün olarak devredilir ve devralan devreden yerine geçerek devre konu sözleşmeye taraf olur. Alacağın devrinde bir sözleşme ilişkisinin bütün olarak devri değil; bir sözleşmeden kaynaklanan bir ya da –tüm alacakları da kapsayacak şekilde- birden fazla alacağın devri söz konusudur. Alacağın devrine rağmen sözleşme ilişkisinde taraflarda bir değişiklik olmaz. Alacağı devreden ve borçlu kendi aralarındaki sözleşmede taraf olmaya devam ederler ve sözleşmenin kendilerine yüklediği edimleri –alacağın devrinden dolayı devir alacaklısına zarar vermeyecek şekilde- yerine getirmekle yükümlü kalırlar³⁷.

Bir borç ilişkisinden doğan bireysel alacakların bir kısmı veya tamamı devredilmiş olsa dahi, bu durum borç ilişkisinin bütün olarak devri anlamına gelmez. Borç ilişkisinde önemli olan alacaklı ve borçlunun hukuki durumu, sıfatıdır. Bu durum ve sıfat sadece alacağa ilişkin olmayıp,

³⁶ Bkz LARDELLI, s. 15. Havale hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNERGÖK, Özcan, Havale, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul 1995; KOCAMAN, Havale, s. 20 vd.

³⁷ EREN, s. 1225.

alacak ve borçlar dışında yenilik doğuran hakları, def'i ve itirazları da kapsar. Alacağın devrinde devredilen sadece alacaktır. Bu belirtilen durum ve sıfat devir kapsamı dışındadır. Bunlar sözleşmenin taraflarına ait olmaya devam ederler³⁸.

Sözleşmenin devri diğer tarafın rızasını gerektirir. Alacağın devredilebilmesi için borçlunun rızasına gerek bulunmamaktadır³⁹.

3.Tahsil İçin Vekalet

Alacaklı bir üçüncü kişiye tahsil için vekâlet verdiği takdirde, onu alacağın tahsili için yetkilendirmiş olur. Burada alacak vekâlet verenin malvarlığında kalmaya devam eder⁴⁰.

Tahsil için vekâlette vekil alacağın tahsili konusunda alacaklı tarafından yetkilendirilmiş olur. Vekil, alacağı vekâlet veren adına borçludan tahsil eder. Vekil, alacağı kendi adına talep edemez⁴¹. O, vekalet veren adına ve hesabına borcun kendisine ifasını talep eder. Tahsil için vekâlet müessesesi tahsil için devir ile karıştırılmamalıdır. Tahsil için alacağın devrinde devralan alacağı kendi adına ve fakat alacağı devreden hesabına tahsil eder⁴².

4.Portföy Devri

Portföy devrinde bir alacak devredilmemekte, aksine bir işletmenin müşterilerle olan iş ilişkileri aktarılmaktadır⁴³. Bununla portföyünü devreden taraf diğer tarafla borçlandırıci işlem mahiyetinde bir sözleşme kurmakta ve bu sözleşme kapsamında bazı yükümlülükler üstlenmektedir. Müşterilerle ilgili bilgileri diğer tarafla paylaşmak, devredilen müşteri çevresi ile aynı konuda iş yapmamak vs. bu devir kapsamında üstlenilebilecek yükümlülükler örnek olarak verilebilir.

³⁸ EREN, s. 1225.

³⁹ BK-BECKER, Vorbem. Zu Art. 164-174, N. 6.

⁴⁰ LARDELLI, s. 14;

⁴¹ LARDELLI, s. 14.

⁴² DAYINLARLI, s. 64.

⁴³ BK-BECKER, Vorbem. Zu Art. 164-174, N. 6.

5.Faktoring Sözleşmesi

06.10.1983 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren mülga 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 3/c maddesinde faktoring şirketleri “Mal ve hizmet satışlarından doğmuş veya doğacak alacakları temellük ederek, tahsilini üstlenen, bu alacaklara karşılık ödemelerde bulunarak, finansman sağlayan şirketler” olarak tanımlanmıştır. Faktoring ve Finansal Kiralama şirketlerine ilişkin olarak 13.12.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu” kabul edilmiştir. Kanunun 38, f. 1 hükmüne göre, “*Faktoring sözleşmesi; mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir*”.

Faktoring sözleşmelerinin geçerliliği alacağın devri sözleşmesi ile uyumlu olarak yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlanmıştır (m. 38, f. 2).

Faktoring işlemi alacağın devri esasına dayanır ve alacağın devrinin bir özel görünüm şeklidir. Hal böyle olmakla birlikte alacağın devri ile faktoring işlemi arasında bazı farklar bulunmaktadır. Şöyle ki; alacağın devri bir çok farklı amaçla yapılabilir⁴⁴. Faktoring işlemi alacağın devrinin amaçlarından olan tahsil amacıyla yapılır.

Alacağın devrinde devreden gerçek ya da tüzel kişi olması fark etmez iken, faktoring işlemi sadece bu amaçla kurulmuş tüzel kişiler vasıtasıyla yapılabilir.

Alacağın devri edim karşılığı ya da herhangi bir karşı edim olmaksızın yapılabilirken, faktoring işleminde devir edim karşılığı gerçekleşmektedir. Faktoring işlemi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴⁵.

⁴⁴ Causa donandi, causa solvendi, causa credendi

⁴⁵ KILIÇOĞLU, s. 803. Faktoring işlemine ilişkin geniş bilgi için bkz. UZUN KAZMACI, Özge: Faktoring Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

IV.ALACAĞIN DEVRİ TÜRLERİ

1.Münferit Devir

Mevcut veya ileride doğacak tek bir alacağın devri söz konusu olduğunda münferit devrin varlığından bahsedilmektedir⁴⁶. Kanaatimce münferit devir sadece tek bir alacağın devrinden ibaret görülmemelidir. Tek bir alacağın devrinden ziyade –topyekûn devir anlamına gelmeyecek şekilde- kapsamı sayma suretiyle belirlenmiş birden fazla alacağın devri de münferit devir olarak görülmelidir. Birden fazla alacağın devredildiği hallerde her bir alacağın borçlusu devredene karşı sahip olduğu savunma imkânlarını kullanabilecektir⁴⁷.

2.Çerçeve Devir

Alacaklının sahip olduğu alacaklarının toplu şekilde devrinin taahhüt edilmesine çerçeve devir denir. Manto devir de denilen bu durum aslında gerçek anlamda bir devir değildir. Alacağın devri bir tasarruf işlemi olup, devirle birlikte alacaklar devralanın malvarlığına geçer. Oysa çerçeve devirde bir tasarruf işlemi bulunmamaktadır. Çerçeve devir bir borçlandırıcı işlemdir. Burada bir toptan devir sözü verme söz konusudur. İleride her bir alacak doğduğunda kendiliğinden devralana geçmez. Devreden her bir alacağa ilişkin olarak devir işlemi yapmakla yükümlüdür. Bundan dolayı öğretide çerçeve devir yerine “Toptan Devir Vaadi” gibi bir kavram kullanılmasının isabetli olacağı ifade edilmektedir⁴⁸. Bu görüşe katılıyor ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun terminolojisine uygun olarak “devir sözü verme” ifadesini tercihle, “Toptan Devir Sözü Verme” kavramının tercih edilebileceğini düşünüyorum.

3. Toptan Devir

Belirli bir faaliyet alanından doğan mevcut ve/veya ileride doğacak alacakların tümüyle bir devir işlemi ile devrine toptan devir (topyekûn temlik-Globalzession) denir⁴⁹.

⁴⁶ UZUN KAZMACI, s. 118.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. AYDINCIK, s. 146; ARAL, Topyekûn Temlik, s. 96.

⁴⁸ UZUN KAZMACI, s. 118.

⁴⁹ ARAL, Topyekûn Temlik, s 96; UZUN KAZMACI, s. 120. Yazar, “Toptan Alacak Devri” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

Toptan devir ekseriya teminat amaçlı olarak yapılır. Kredi veren banka veya faktoring şirketi alacaklarını güvence altına almak için borçlularından doğmuş/doğacak alacaklarının toptan kendilerine devredilmesini isterler. Bu çoğunlukla standart bir metnin devreden tarafından imzalanması suretiyle gerçekleşir⁵⁰.

Belirlenebilir olmak kaydıyla ileride doğacak alacaklar da toptan devir kapsamında yer alırlar⁵¹. Çerçeve devirden farklı olarak burada tasarruf işlemi söz konusudur. Toptan devir kapsamına giren alacaklar için tek tek devir işlemi yapılmaz. Alacaklar doğduğu anda kendiliğinden devralanın malvarlığına geçer. Devralanın alacakların doğumundan haberdar olup olmamalarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁵².

Devir sözleşmesinin taraflarının bazı alacakları devir kapsamı dışında tutmaları ilişkinin toptan devir olarak nitelenmesine engel değildir. Taraflar anlaşmak suretiyle devri sınırlayabilirler⁵³. Gene tarafların daha sonra anlaşmaları suretiyle toptan devir kapsamında yer alan alacaklardan biri veya bir kısmının devralan tarafından sonradan geri devredilmesi de mümkündür.

Hukukumuz açısından bakıldığında, toptan devri yasaklayan bir yasal norm bulunmadığı görülmektedir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar diledikleri şekilde toptan devir sözleşmesi kurabilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, devir sözleşmesinin kişilik haklarını ihlal etmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiğidir⁵⁴⁵⁵.

Toptan devir işleminin konu ve zaman bakımından sınırlama içermemesi halinde, devreden ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayacağı, bundan dolayı TMK.m.23, f. 2 hükmüne ve genel ahlak kurallarına aykırı

⁵⁰ ARAL, Topyekün Temlik, s. 96. Faktoring’de toptan devir, çoğunlukla faktoring sözleşmesinin içinde bir kayıt olarak yer aldığından, sözleşmenin müşteri tarafından imzalanması ile devir işlemi gerçekleşmiş olur (UZUN KAZMACI, s. 120).

⁵¹ UZUN KAZMACI, s. 120. Devri caiz olmayan alacaklar en baştan ve kendiliğinden toptan devir kapsamında yer almazlar (UZUN KAZMACI, s. 121).

⁵² UZUN KAZMACI, s. 120.

⁵³ UZUN KAZMACI, s. 121.

⁵⁴ KLARER, s. 355.

⁵⁵ Örneğin herhangi bir süre veya miktar belirtilmeksizin ya da başkaca herhangi bir kısıtlama içermeksizin devreden bundan sonra iktisap edeceği her türlü alacağın devredildiği şeklinde bir anlaşma, TMK.m.23, f. 2 ve TBK.m.27 hükümlerine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmak gerekir.

olacağı ifade edilmektedir⁵⁶. Bahse konu aykırılığın doğal sonucu olarak konu ve zaman bakımından herhangi bir sınırlama içermeyen devir sözleşmesi geçersiz sayılmak gerekir.

Konu bakımından sınırlamanın özellikle devre konu alacakların hukuki sebebi ve çevresi bakımından sınırlamayı ifade edeceği, bu kapsamda devredenin belirli ticari faaliyetlerinden doğmuş ve doğacak alacaklarını devretmesi halinde, devir işleminin konu bakımından sınırlanmış olacağı belirtilmektedir⁵⁷. Devredenin ticari faaliyetlerini sürdürmesini imkânsız hale getirecek, her türlü işletme aracından ve kazanç imkânından yoksun bırakacak toptan devir geçersiz sayılmak gerekir⁵⁸.

Toptan devrin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için gerekli bir başka husus ise, alacakların devrine süre bakımından sınırlama getirilmesi gereğidir. Süre belirtilmeksizin yapılmış bir devir kişilik haklarını zedeler ve TMK.m.23, f. 2 hükmü gereğince geçersiz sayılmak gerekir. Sözleşmede bir süre belirtilmese de, işin niteliğinden devrin bir süre ile sınırlı olduğu anlaşılabiliyor ise, toptan devir sözleşmesi geçerli sayılmalıdır. Örneğin bir kredi sözleşmesinin teminatını oluşturmak üzere toptan devir yapıldığı takdirde, kredi borcu bitince devir de sona ereceğinden, bu yönde bir sözleşme geçerli sayılmalıdır. Burada kredi sözleşmesinin süresi devrin de zaman bakımından sınırını oluşturacaktır⁵⁹.

4.İnançlı Devir

Alacağın devri çeşitli amaçlara hizmet edebilir. Devredenin alacağını teminat amacıyla kendi alacaklısına devretmesi mümkündür. Bu halde devreden inanan, devralan ise inanılan olarak karşımıza çıkar. Alacağın inancılı devrinde devralan kendisine devrolunan alacak veya devri mümkün başkaca bir hakkı teminat amacının sınırları içerisinde kullanmayı, özellikle teminat altına alınan borç ifa edilmediği takdirde, teminat olarak

⁵⁶ UZUN KAZMACI, s. 122. TMK.m.23, f. 2'ye aykırı olan sözleşmelerin TBK.m.27, f. 1 anlamında geçersiz olup olmadığı ve TBK.m. 27 f. 1'e aykırılığa bağlanan hukuki sonuçlara ilişkin tartışmalar için bkz. UZUN KAZMACI, s. 123 vd.

⁵⁷ ARAL, Topyekün Temlik, s. 124; UZUN KAZMACI, s. 122; OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 228.

⁵⁸ UZUN KAZMACI, s. 122; ARAL, Topyekün Temlik, s. 124.

⁵⁹ ARAL, Topyekün Temlik, s. 126; UZUN KAZMACI, s. 122-123.

devrolunan alacaktan yararlanmayı, buna karşılık borç ifa edildiği takdirde, alacağı devredene (inanana) geri vermeyi yükümlenir⁶⁰.

İnançlı devir inançlı sözleşmelerdendir. İnançlı sözleşme tek başına bir anlam ifade etmeyen ve ancak kullanıldığı borçlar hukuku ilişkisi ve bu ilişkinin niteliği ile anlam kazanan ve kendine anlam yükleyen hukuksal ilişkinin sadece tek bir yönünü gösteren kavram olarak nitelenmektedir⁶¹⁶².

Uygulamada bankalar müşterilerine kredi verirken, kredinin güvence altına alınması için, müşterilerinin ticari faaliyetlerinden doğmuş ve/veya doğacak alacaklarının kendisine devredilmesini istemektedirler⁶³⁶⁴.

Kredi ilişkisinin teminatını oluşturmak üzere alacakların devrini sağlamak bankaya da kolaylık sağlamaktadır. Teminat olarak rehin verilmesi durumunda, öncelikle rehnin cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi gerekir. Lex commissoria yasağından dolayı rehnin doğrudan rehin alan tarafından kendi mülkiyetine geçirilmesi mümkün olmadığından rehnin paraya çevrilmesi yoluna gidilmesi zorunludur. Teminat olarak alacağın devredildiği hallerde, bu zorunluluk söz konusu değildir. Devralan alacağını devre-

⁶⁰ ENGİN, Garanti, s. 18; AYDINCIK, s. 136; OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 270; ŞAFAK, s. 63.

⁶¹ ÖZDEMİR, s. 689; ŞAFAK, s. 23.

⁶² İnanç sözleşmeleri öğretide hakim görüşe göre, sui generis nitelikte isimsiz sözleşmeler olarak görülmektedir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 417; UYGUR, Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, s. 174; ŞAFAK, s. 30; ÖZSUNAY, s. 121-122; OKTAY/ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 274; AYDINCIK, s. 170).

⁶³ ŞAFAK, s. 65.

⁶⁴ Damga vergisinden muaf olan değerli kağıtlara ilişkin Damga Vergisi Kanunu'na ekli iki sayılı tarifiede “*Faktoring şirketlerinin müşterileriyle yaptıkları faktoring sözleşmeleri ile bu sözleşmelere ilişkin olarak düzenlenen diğer kağıtlar*” (m. 20), “*Bankalar, yurt dışı kredi kuruluşları ve uluslararası kurumlarca kullanılacak kredilere, bunların teminatlarına ve geri ödenmelerine ilişkin kâğıtlar ile bu kâğıtlar üzerine konulacak şerhler (kredilerin kullanımları hariç)*” damga vergisinden muaf tutulmuştur. Bu banka ve faktoring şirketlerine tanınan kolaylık olup, faktoring şirketinin alacağı ile banka kredileri damga vergisinden muaf olarak alacağın devri sözleşmesi ile güvence altına alınabilmektedir. Söz konusu işlemlerin damga vergisinden muaf tutulmuş olması uygulamanın yaygınlaşmasına katkıda bulunmaktadır.

dilen alacaktan karşılama hakkına sahiptir. Bu durum devralana büyük kolaylık sağlamaktadır⁶⁵.

Teminat amaçlı alacağın devri devralana tam hak sahipliği imkânı sunar. Burada tam hak iktisabı teorisi kabul edilir⁶⁶. Yani devreden teminat amacıyla inançlı olarak devrettiği alacak üzerinde artık bir tasarrufta bulunamaz. Devralan (inanılan) alacak üzerinde hak sahibi olur. Devralan (inanılan) alacaktan sadece teminat amacının gerekli kıldığı ölçüde yararlanmakla ve teminatını oluşturduğu borcun sona ermesi halinde bu alacağı devredene geriye devretmekle yükümlüdür⁶⁷. Devralanın (inanılan) bu yükümlülüğü devredene (inanana) sade nisbi bir alacak hakkı tanır. İnani bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, devreden onu dava edip, alacağın kendisine geriye devrini sağlayacak karar verilmesini isteyebilir. Devreden (inanan) bu hakkı nisbi bir hak olduğundan⁶⁸, bu durum devralanın üçüncü kişilere karşı tam hak sahibi olmasını etkilemez⁶⁹. Devralan (inanılan) bu alacağı bir başkasına devretmiş ise, bundan sonra geriye devir mümkün olamayacağından onun yükümlülüğü artık tazminat yükümlülüğüne dönüşür.

Devreden güvence olarak alacağını devrettiği borcunu ifa etmediği takdirde, inanılan artık iade ile yükümlü olmaz. Bu halde devralan (inanılan) alacağı tahsil etmek veya satmak suretiyle paraya çevirebilir. Alacağın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilen değer devralanda (inanılan) kalır ve devralanın alacağı, elde edilen değer oranında sona erer. Elde edilen değer, güvence altına alınan borçtan daha fazla ise, devralan artan değeri devredene iade etmekle yükümlüdür⁷⁰.

⁶⁵ OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 267; AYDINCIK, s. 140. Alacağın inançlı devrinin fayda ve sakıncaları hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDINCIK, s. 138 vd.

⁶⁶ AYDINCIK, s. 136-137.

⁶⁷ OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 270; ENGİN, Garanti, s. 13; AYDINCIK, s. 137; SİRMEN, Alacak Rehni, s. 39.

⁶⁸ WEHRLI, s. 27.

⁶⁹ AYDINCIK, s. 137; OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 270.

⁷⁰ SİRMEN, Alacak Rehni, s. 40; AYDINCIK, s. 137-138; OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 283, 284; BGE 106 III 7; Yarg. 1 HD., 21.11.2001 T., 2001/11449 E.-2001/12572 K.

İnançlı devir çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Taraflar inançlı devir işlemi kapsamında münferit devir ya da toptan devir yollarına başvurulabilir⁷¹.

Alacağın inançlı devri alacak rehni ile ekonomik işlevleri açısından benzerlikler içerse de, her iki kurum arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır⁷². Her iki kurum arasında en önemli fark teminat gücü bakımındandır. Alacak üzerinde kurulan rehin hakkı, rehinli alacaklıya sadece rehinli alacağı icra müdürlüğü vasıtasıyla paraya çevirme ve bu paradan alacağını tahsil etme hakkı verir⁷³. Alacak üzerinde rehin hakkı kurulduğunda alacak üzerinde hak sahipliğinin özünde bir değişiklik gerçekleşmemektedir⁷⁴. Alacaklı alacaklı sıfatını korumaya devam eder. Alacağın teminat amacıyla inançlı devrinde, alacak hak sahibi tarafından bir başkasına geri verileceğine inanılarak devredilmektedir⁷⁵. Alacağın inançlı devri gerçekleştirildikten sonra devreden alacaklı artık alacaklı sıfatını kaybeder. Alacak üzerinde hak sahibi artık devralandır. O artık alacak üzerinde tek söz sahibidir⁷⁶. Bunun doğal sonucu olarak, inanılan (devralan) cebri icra yoluna başvurmak zorunda olmaksızın alacağı paraya çevirebilir⁷⁷.

Alacak rehni ile alacağın teminat amacıyla inançlı rehni arasında bir başka fark ise, hak sahibi kimsenin alacak üzerindeki tasarrufta bulunabilme imkânıdır. Şöyle ki; rehne konu edilen alacak, rehin kurulduktan sonra dahi rehin verenin malvarlığında kaldığından, kural olarak rehin veren rehinli alacak üzerinde tasarrufta bulunmaya devam edebilir⁷⁸. Bu bağlamda rehin veren, rehin alacaklısının muvafakatini almaksızın alacağını devredebilir⁷⁹; alacak üzerinde yeni bir rehin veya intifa hakkı kurabilir⁸⁰.

⁷¹ AYDINCIK, s. 146-147.

⁷² ŞAFAK, s. 78; AYDINCIK, s. 148; ÖZSUNAY, s. 65 dn. 107.

⁷³ OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 271; ŞAFAK, s. 79; SİRMEN, Alacak Rehni, s. 40.

⁷⁴ ŞAFAK, s. 78; SİRMEN, Alacak Rehni, s. 40; OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 271; AYDINCIK, s. 148.

⁷⁵ ŞAFAK, s. 78; SİRMEN, Alacak Rehni, s. 40; OKTAY ÖZDEMİR, Teminat Amaçlı Alacak Devri, s. 271; AYDINCIK, s. 148.

⁷⁶ AYDINCIK, s. 148-149.

⁷⁷ ÖZSUNAY, s. 65, dn. 107; AYDINCIK, s. 149.

⁷⁸ SİRMEN, Alacak Rehni, s. 103; AYDINCIK, s. 149; ŞAFAK, s. 79.

⁷⁹ AYDINCIK, s. 149; SİRMEN, Alacak Rehni, s.104; ŞAFAK, s. 79.

⁸⁰ AYDINCIK, s. 149; SİRMEN, Alacak Rehni, s.104; ŞAFAK, s. 79.

Teminat amacıyla inançlı devirde, hak sahibi olan kişi alacaklı sıfatını kaybettiği için artık alacak üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamayacaktır⁸¹⁸².

V.ALACAĞIN DEVRİNİN KONUSU: Devredilen Alacak

1.Genel Olarak Alacak Hakkı

Alacak hakkı, dar anlamda borç ilişkisinde alacaklıya borçludan edimi yerine getirmesini isteme yetkisi sağlayan haktır. Alacaklının alacağını isteme yetkisine de talep hakkı ya da kısaca talep (Anspruch) denmektedir⁸³.

Alacak hakkı bir yararlanma hakkıdır. Borç ilişkisi ve dolayısıyla alacak hakkı, her şeyden önce alacaklıya bir edim (ifa) menfaati sağlar. Borçlu borçlanmış olduğu edimi, borcun program ve amacına uygun olarak tam ve doğru şekilde yerine getirdiği takdirde, alacaklı bundan çeşitli maddi ve manevi yararlar sağlar. Bu özelliği sebebiyle alacak hakkı her şeyden önce bir yararlanma hakkıdır⁸⁴. Alacak hakkı, alacaklının borçludan borçlanmış olduğu edimi talebe yönelik bir haktır. Alacaklı, borç ilişkisi çerçevesinde borçlunun ifayla yükümlü olduğu edimin yerine getirilmesini talep, borçlu tarafından ifa edilen edimi kabul (alma) ve muhafaza hakkına sahiptir⁸⁵. Borçlu edimini iradi olarak yerine getirmede, alacaklı dava veya icra takibi yoluyla alacağının borçlunun malvarlığından karşılanarak tahsil edilmesini sağlayabilir.

Alacak hakkı para ile ölçülebilen malvarlığı hakkıdır. Alacak hakları malvarlığı haklarının aktif kısmında yer alır⁸⁶.

Alacak hakkı nisbi bir haktır. Borç ilişkisinin nisbiliği gereği, alacak hakkına sahip olan alacaklı alacağını bu ilişkiye dâhil olan borçluya karşı

⁸¹ ÖZSUNAY, s. 65, dn. 107; AYDINCIK, s. 149; ŞAFAK, s. 179.

⁸² Her iki kurumun geniş karşılaştırması için bkz. ŞAFAK, s. 77-82.

⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s.14. Alacak hakkı ve talep kavramlarının özdeş olup olmadığı hususunda tartışmalar için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 14-15; AKIN, s. 5.

⁸⁴ EREN, s. 49.

⁸⁵ EREN, s.49; LARENZ, s. 18-19.

⁸⁶ EREN, s. 51.

ileri sürebilir⁸⁷. Borç ilişkisinin dışındaki üçüncü kişiye karşı alacak hakkının ileri sürülmesi mümkün değildir. Alacak hakkının nisbi olmasından dolayı bu hak ancak borçluya karşı ileri sürülebileceği gibi, ancak borçlu tarafından ihlal edilebilir.

Alacak hakkı alacaklıya ne borçlunun şahsı, ne onun ifaya yönelik davranışı, ne de edim konusu şey üzerinde bir egemenlik sağlar⁸⁸.

Alacak hakkının sayısı belirli tip ve konularla sınırlı değildir. Bundan dolayı alacak hakları, aynı haklardan farklı olarak irade özerkliği prensibi çerçevesinde sayısız tip ve türde kurulabilir⁸⁹. Alacak niteliği taşımayan hakların⁹⁰, yenilik doğuran hakların devri alacağın devrinden farklı hükümlere tabidir. Yenilik doğuran hak alacağın devri hükümlerine tabi olmamakla birlikte, bu hakkın kullanılmasıyla doğacak olan alacak hakkı alacağın devri sözleşmesine konu olabilir^{91,92}. Gene bazı aynı haklar ala-

⁸⁷ STAUDINGER/BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff., N.8.

⁸⁸ ENGİN, Garanti, s. 6.

⁸⁹ EREN, s. 56.

⁹⁰ Örnek vermek gerekirse , fikri mülkiyet hakları, üyelik hakları vs. alacağın devrine konu olamaz.

⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 531. Alım, geri alım ve önalım haklarının kullanılmasıyla ortaya çıkacak alacak hakları, alacağın devri yolu ile devredilebilir. Ancak bu hakların kendisinin bizzat alacağın devri yolu ile devredilmesi mümkün değildir. Bu haklar kullanıldıklarında hak sahipleri açısından bedel ödeme şeklinde parasal nitelikte borç da doğacaktır. Bu bakımdan ancak borcun üstlenilmesi hükümlerine kıyasen muhatabın katılımıyla devredilebilecekleri kabul edilmektedir (NOMER, Vefa Hakkı, s. 49-50; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 531; BGE 94 II 279) . TBK.m.239 hükmüne göre, “Aksine anlaşma olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım hakları devredilemez, ancak miras yoluyla geçer.

Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz”.

⁹² BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 6. İsviçre Federal Mahkemesi de alım, geri alım ve önalım haklarının, satış veya eser sözleşmesinde sözleşmeden dönme ve indirim talep etme haklarının alacağın devri yoluyla devredilemeyeceği görüşündedir (BGE 111 II 147; BGE 114 II 239; BGE 113 II 62 vd). Buna karşın Federal Mahkeme, garanti yükümlülüğü kapsamında onarım isteme hakkı ve ayıba takip eden zararı talep hakkının devredilebileceği kanaatindedir (BGE 109 II 423; BGE 114 II 239 E 5c bb). Dönme veya indirim talep etme hakkı devredilemez iken, söz konusu haklar kullanıldıktan sonra ortaya çıkan alacak (tamamen ya da kısmen iade edilecek olan satış veya eser bedeli) devredilebilecektir (BGE 118 II 142 E 1b; BGE 114 II 239 E 5c). Bu tür yenilik doğuran haklar kullanılmakla alacak haklarına dönüşürler. Bu sonucun kabulü için Art. 164 OR vd. hükümlerinin kıyasen

cağın devrine tabi olmamakla birlikte, bağlı hak olarak asıl alacağın devri ile birlikte devralana intikal ederler⁹³.

Alacak hakkı geçici bir haktır. Alacak hakkının doğumunu sağlayan borç ilişkisi, belirli bir amaca ulaşılabilmesi için kurulur. Bu amaç, mal veya hizmet şeklinde somutlaşan ihtiyaçların giderilmesidir. Bundan dolayı borç ilişkisi zamanla sınırlıdır. İhtiyaçların giderilmesi, takip edilen amacın gerçekleşmesi ile borç ilişkisi ve dolayısıyla alacak hakkı da sona erer⁹⁴.

Alacak hakkının özelliklerinden biri olan, borçlunun yerine getireceği belirli bir edime yönelik oluşu, alacak haklarını hâkimiyet hakları olarak adlandırılan, hakkın sahibine hakkın konusu olan maddi ya da maddi olmayan malvarlığı değerleri üzerinde mutlak egemenlik sağlayan haklardan ayırır⁹⁵. Alacak hakkının –hâkimiyet haklarından farklı olarak– sadece borç ilişkisinin tarafları olan belirli kişiler arasında bir edim ilişkisi olarak görüldüğü süre zarfında, bu hakkın el değiştirebilir nitelikte olduğu kavranmamıştır. Ancak zamanla alacak hakkının aynı zamanda bir malvarlığı değeri olduğunun da kavranmasıyla, yani alacak hakkının borç ilişkisinden bağımsızlaştırılarak, nesnelleştirilmesiyle alacağın devredilebilirliğine ilişkin bu sonuç kabul edilmiştir⁹⁶.

Alacak hakkının bir malvarlığı değeri olarak görülmesinin doğal sonucu olarak, kural olarak hak sahibi olan kişi onun üzerinde hukuksal işlemlerde bulunabilir. Hak sahibi olan kişi, alacağı üzerinde tasarrufta bulunarak, alacağın ifade ettiği değeri paraya dönüştürebilir. Takas ve ibra alacaklının sadece borçluya karşı etkisi olan tasarruflarındandır⁹⁷. Alacaklı alacağı üzerinde üçüncü kişiler lehine tasarruflarda bulunmak

uygulanmasına gerek yoktur (SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 6; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 6).

⁹³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 531.

⁹⁴ EREN, s. 56.

⁹⁵ ENGİN, Garanti, s. 5. Bu haklar eşya üzerindeki aynı haklar ile maddi olmayan varlıklar üzerinde kurulabilen fikri mülkiyet haklarıdır.

⁹⁶ ENGİN, Garanti, s. 6-7.

⁹⁷ ENGİN, Garanti, s.7.

suretiyle, alacağını işlem hayatının bir parçası haline getirebilir. Alacağın devri bu tasarruflardan biridir⁹⁸.

Alacağın devri ile alacak üzerindeki hak sahibi değişmektedir. Bu da borç ya da alacağın (taraplardan biri için borç, diğeri için ise alacak) borç ilişkisini kuran tarafların kişiliklerinden ayrılmaz bir biçimde bağlı olduğunu göstermektedir⁹⁹.

2.Alacak Haklarının Devredilebilirliği

a.Genel Olarak

Alacak hakkının bir malvarlığı hakkı olarak görülmesi ile bu hak devredilebilir bir hak olarak görülmeye başlanmıştır.

Bir alacağın Borçlar Kanunu hükümlerine göre devir sözleşmesine konu edilebilmesi için devredilebilir bir alacak olması gerekir. Devredilebilir alacaklar dışındaki haklar alacağın devri sözleşmesinin konusu olamaz. Alacağın devrine konu olamayacak bir hakka ilişkin olarak tarafların alacağın devri sözleşmesi akdetmiş olmaları buna geçerlilik kazandırmayacaktır¹⁰⁰.

Borçlar Kanununun alacağın devrine ilişkin hükümleri incelendiğinde, hangi alacakların devredilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği, aksine hangi hallerde alacağın devredilemeyeceğini düzenlediği görülmektedir (TBK.m.183, f.1). Buradan hareketle, alacağın devredilemediği haller dışında, tüm alacakların devredilebileceği sonucuna varılabilir.

⁹⁸ ENGİN, Garanti, s.7. Alacağın devrinin yanısıra alacağın rehnedilmesi ya da alacak üzerinde intifa hakkı kurulması yoluyla da alacağın işlem hayatına konu edilmesi mümkündür (ENGİN, Garanti, s.7).

⁹⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 357.

¹⁰⁰ “Davacının, Necmettin ile yapmış olduğu temlikname, Borçlar Kanununun 162 ve devam eden maddelerinde öngörülen "alacağın temlik" niteliğinde kabul edilemez. Anılan yasal düzenlemelerde öngörülen ve devri mümkün olan hak bir alacağa ilişkindir. Oysa; eldeki davada yapılan temlikin koşulların gerçekleşmesi halinde mülkiyetin nakline ilişkin olduğu açıktır. Böylesine taşınmazların mülkiyetinin devrini öngörecektir nitelikte yapılan temliknamenin yasal olduğunu da söyleyebilme olanağı yoktur. Bu nedenle, temlik alan Necmettin'in davada yasal açıdan sıfatının varlığı da kabul edilemez” (Yarg. 1. HD., 10.07.2007 T., 2007/4644 E.-2007/7842 K. yayımlanmamış karar).

Prensip olarak, hangi hukuksal nedenden kaynaklandığına bakılmaksızın tüm alacaklar devredilebilir¹⁰¹. Devredilecek alacağın hukuksal kaynağı, alacağın devredilebilir olup olmadığı konusunda belirleyici değildir. İster sözleşmeden, ister haksız fiilden, ister sebepsiz zenginleşmeden ya da vekâletsiz iş görmeden kaynaklansın, prensip olarak her tür alacak devredilebilir¹⁰².

Devredilebilirlik bakımından, alacağın muaccel olup olmadığı da önemli değildir¹⁰³. Alacak muaccel olup olmadığına bakılmaksızın alacağın devri sözleşmesine konu edilebilir.

Alacağın tartışmalı olup olmadığı da devir bakımından belirleyici değildir. Alacak tartışmalı olsa dahi devredilebilir¹⁰⁴.

Alacağın şarta bağlı olması ya da ileride doğacak¹⁰⁵ olması da alacağın devredilmesine engel değildir¹⁰⁶. Geciktirici şarta bağlı alacağın devredilebilir olduğuna ilişkin hakim görüşü eleştiren DIETSCHE, hakim görüşün geciktirici şarta bağlı alacağın gerçek bir alacağın belirtilerini içermediği hususunu yeterince hesaba katmadığını, ortada bir ifa yükümlülüğü bulunmadığını, şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin de belirli olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, şarta bağlı alacaklar ile ileride doğacak alacaklar beklentiden öte bir şey değildir¹⁰⁷.

Müflisin alacaklıları da alacaklarını devredebilir. Bu halde devralan iflas idaresine karşı alacaklının yerini alır¹⁰⁸.

¹⁰¹ GUHL/MERZ/KUMMER, s. 234; WEHRLI, s. 4; REİSOĞLU, s. 463; BK-BECKER, Art. 164, N. 24. Şarta bağlı alacakları seçimlik alacaklar, henüz ortadan kalkmamış olmak kaydıyla sözleşme cezaları, rücu alacakları, yargılama gideri alacakları vs. alacaklar devredilebilir (BK-BECKER, Art. 164, N. 24).

¹⁰² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 361; REİSOĞLU, s. 463; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 5; VON TUHR/ESCHER, s. 343.

¹⁰³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 359; KILIÇOĞLU, s. 788.; WEHRLI, s. 4.

¹⁰⁴ WEHRLI, s. 4.

¹⁰⁵ İleride doğacak olan alacaklar için “gelecekteki alacak” terimi de kullanılmaktadır (EREN, s. 1234).

¹⁰⁶ EREN, s. 1234; BK-BECKER, Art. 164, N. 14; WEHRLI, s. 4; SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 8.

¹⁰⁷ DIETSCHE, s. 339.

¹⁰⁸ Uygulamada müflis borçlular üçüncü kişiler vasıtasıyla alacaklıları ile anlaşmakta, uzlaşılan bir bedel ya da başkaca edim karşılığında alacağın devrini sağlamak

b.Devredilemeyen Alacaklar

BK.m.183, f.1'e göre, "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir"¹⁰⁹.

Kanun alacağın devredilebilirliğinin asıl olduğundan hareket etmektedir. Bu nedenle prensip olarak her türlü alacağın devredilebilir olduğu söylenebilir¹¹⁰.

Alacağın devri yasa ile engellenebileceği gibi, sözleşme yolu ile de devir yasağı konulabilir¹¹¹¹¹². Bazen işin niteliği de alacağın devrine engeldir.

aa-Kanun Gereği Devredilemeyen Alacaklar

Yasakoyucu bazı hallerde bir alacağın devredilemeyeceğini düzenlemiştir.

TMK.m.25, f. 4' göre, "Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirabırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçemez"¹¹³.

suretiyle masa alacaklılarını bir şekilde tatmin etmekte ve bu suretle iflastan kurtulmaktadırlar.

¹⁰⁹ BGB § 399 Abs. 1 hükmüne göre, içeriğinde değişiklik olmaksızın asıl alacaklıdan bir başkasına ifası mümkün olmayan alacaklar devredilemez. Örneğin BGB § 1616 hükmündeki çocuğun hizmet yükümlülüğü gibi aile hukukundan kaynaklanan şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların devri mümkün değildir (RUESMANN, s. 599).

¹¹⁰ SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 4.

¹¹¹ Sözleşme ile alacağın devrinin yasaklanması ya da borçlunun onayına bağlı kılınması halinde, bu devir yasağı sözleşmenin taraflarını bağlar.

¹¹² Avusturya hukukunda 2005 yılında yapılan bir yasa değişikliği ile, işletmelerin para cinsinden alacaklarının devrini engelleyen anlaşmaların geçerliliği belirli koşullara bağlanmıştır. Buna göre, işletmeler arasında ve işletmenin işlemlerinden kaynaklanan bir para alacağının devrini yasaklayan sözleşme, sadece bu alacağın detaylarıyla belirlenmiş olması ve devir yasağının alacaklının haklarını büyük ölçüde kısıtlamaması halinde geçerlidir (ABGB § 1396a).

TBK.m.410 hükmü de kısmi devir yasağı ile birlikte gelecekteki ücret alacaklarının devredilemeyeceği hükmünü içermektedir. TBK.m.410 hükmüne göre, “İşçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar, bu orana dahil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır (f. 1). Gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir (f. 2)”.

Gene 4857 sayılı İş Kanunu m.35 hükmüne göre “İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır”.

Yasakoyucu bazen, alacak hakkının şahsında doğan kişide kalmasını gerekli bulmuş, devir yoluyla alacaklı tarafın değişmesini istemediğini açık hükümle belirtmiştir. Hasılat kiracısının kullanma hakkı (TBK.m.366, f. 1), kiracının kullanma hakkı (TBK.m.322, f.2), ödünç alanın kullanma hakkı (TBK.m.380, f. 2); hizmet sözleşmesinde işverenin haklarının devri (TBK.m.429, f. 1), ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının hakkı (TBK.m.619) borçlunun rızası olmaksızın alacağın üçüncü kişiye devredilememesine örnek gösterilebilir¹¹⁴.

Devrin kanunen yasaklanması hallerine bir diğer örnek ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 93. Maddesi hükmüdür. Bu hükme göre, “Bu kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının Genel Sağlık Sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu kurum nezdinde doğan alacakları devir ve temlik edilemez”. Sosyal Güvenlik Kurumu ile alacaklı (hak sahibi=emekli ve/veya sağlık sigortası alacaklısı) arasında bu devir yasağının aksini kararlaştırma imkanı bulunmamaktadır . Çünkü bu hüküm, emeklilerin kendi işlemleriyle maaşlarını peşin bir ödeme

¹¹³ Manevi tazminat alacağının devrini kısıtlayan MK.m.25, f. 4 hükmünün eleştirisi ve manevi tazminat alacaklarının devredilebilirliğine ilişkin öğretide tartışmalara ilişkin geniş bilgi için bkz. ŞAFAK, s. 101-108.

¹¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 545.

karşılığında bankaya veya başkaca kişilere devretmek suretiyle kendilerini zarara sokmalarının önüne geçilmek için getirilmiştir¹¹⁵.

TBK.m.239 hükmü de aksine anlaşma olmadıkça önalım, geri alım hakkının devredilemeyeceğini düzenlemiştir.

Alacağın devri yasa hükmü gereği yasak ise, bu durum taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından resen dikkate alınır¹¹⁶.

bb-Tarafların İradesi İle Devrin Yasaklanması

Sözleşme ile devrin yasaklanmasına “devretmeme anlaşması” (pactum de non cedendo) denir¹¹⁷. Alacak hakkını doğuran borç ilişkisi şekle tabi olsa bile, bu devretmeme anlaşması hiçbir şekle tabi değildir¹¹⁸. Devretmeme anlaşması açıkça kararlaştırılabileceği gibi, örtülü olarak kurulması da mümkündür¹¹⁹. Burada devretmeme anlaşması bağımsız bir sözleşme olarak görülmektedir¹²⁰.

Devir yasağının hiçbir şekle tabi olmaması nedeniyle sözlü olarak kararlaştırılması mümkün ise de, belli değeri aşan hukuki işlemlerin senetle ispatı zorunluluğundan dolayı sözlü olarak devir yasağı kararlaştırılan hallerde ispat zorluğu yaşanacaktır.

Borcun kaynağını oluşturan sözleşmede devretmeme anlaşmasının açıkça yazılı olması halinde, devir yasağının alacağı sonradan devralan herkese karşı ileri sürülebileceği ifade edilmektedir¹²¹.

¹¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 545-546.

¹¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3690; SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 11; EREN, s. 1237.

¹¹⁷ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 32.

¹¹⁸ KARLI, s. 146; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 361; UZUN KAZMACI, s. 113; ŞAHİNİZ, s. 499. Temel işlemin şekle tabi olması halinde devir yasağının geçersiz olacağı yönündeki aksi görüş için bkz. SCHULER, S.: 36/37 (ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 14'den naklen).

¹¹⁹ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 32.

¹²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 547.

¹²¹ STREIFF/PELLEGRINI/VON KAENEL, s. 29.

Devir yasağının mutlak surette sözleşmede yer alması gerekmez. Devredilen alacağın kaynaklandığı borç ilişkisini doğuran sözleşme metninden ayrı olarak da devir yasağının kararlaştırılması mümkündür¹²². Devretmeme anlaşmasının borç ilişkisini doğuran sözleşme metni dışında yer alması halinde, alacağı devralanın iyiniyeti korunmak gerektiği, buna aykırı davranan tarafın sorumlu olacağı ifade edilmektedir¹²³. Devir yasağı bulunup bulunmadığını borç ilişkisini doğuran sözleşmeyi inceleyerek alacağı devralan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağından hareket eden bu görüş savunulabilir olmakla birlikte, devretmeme yasağının mutlaka borç ilişkisini doğuran sözleşmede yer almasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Devretmeme anlaşması ile artık alacağı devretme hususunda tasarruf yetkisi kalmayan alacaklının yaptığı devir işlemi alacağı sözde devralana geçiremeyecektir. Bu sonuç hiç kimsenin sahip olduğundan fazlasını devredemeyeceği kuralı ile de uyumludur.

Sözleşmeyle ya da sözleşme metni dışında başka bir yazı ile devir yasağı kararlaştırılan hallerde devir yasağı tarihinin net olarak belirlenebilir olması önemlidir. Adi yazılı devir yasağı içeren anlaşmaların tarihinin gerçeği yansıtmadığı iddiası ile karşılaştırılması mümkündür^{124 125}.

¹²² UZUN KAZMACI, s. 113; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 32. Özellikle büyük işletmelerin yaptıkları sözleşmelerde yer alan genel işlem koşulları arasında devir yasağına ilişkin maddeler de bulunur (UZUN KAZMACI, s. 113).

¹²³ KILIÇOĞLU, s. 791.

¹²⁴ “Somut olayda, temlik eden dava dışı Adil İnşaat Ltd.Şti.’nin davalı şirketten 200.000,00 TL tutarındaki alacağını noterde tanzim olunan sözleşmeyle temellük alan davacı banka, bu temlik işlemi davalı firmaya bildirdiğini iddia etmiş olup, davalı da 08.02.2007 tarihi itibarıyla bunu tebellüğ ettiğini kabul etmiştir. Dosyada alınan bilirkişi raporuyla da davalının tebliğ tarihinden sonra dava dışı Adil İnşaat Ltd.Şti.’ne ödemeler yaptığı sabittir. Bu durumda, alacağın temlik edildiğinden haberdar olan davalının bu temlik işlemine karşı sessiz kalarak dava dışı Adil İnşaat Ltd.Şti.’ne ödemeler yapması, cevap layihasında dahi temlik yasağı içeren sözleşmeye dayalı olarak savunma yapmaması her zaman için düzenlenmesi mümkün olabilen adi yazılı bila tarihli sözleşmeye göre temlikin geçerli olabilmesinin kendisinin yazılı muvafakatına bağlı olduğunu ileri sürmesi MK 2. maddesine aykırıdır. Bu nedenle, davalının dava dışı temlik eden Adil İnşaat Ltd.Şti.’ne yaptığı ödemelerin borcu sona erdirdiğinden bahsedilemeyeceğinden davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir” (Yarg. 11. HD., 22.12.2010 T., 2010/14998 E.-2010/13106 K. s.lı ilamı).

Devir yasağı genel bir yasak olabileceği gibi, belli kişi veya kişilerle, ya da belli bir süre ile de sınırlı olabilir¹²⁶. Devir yasağı alacağın bütününe ilişkin olabileceği gibi, alacağın bir kısmının devredilmemesi şeklinde de kararlaştırılabilir¹²⁷. Bu halde alacağın devrinin belli bir miktarla sınırlandırılması söz konusudur¹²⁸. Gene devrin borçlunun rızasına bağlanması da mümkündür¹²⁹¹³⁰.

Devretmeme anlaşmasına rağmen alacağın devredilmesi halinde kural olarak devir geçersiz olup, devralanın iyiniyetli olup olmaması bu sonucu değiştirmeyecektir¹³¹. Borçlu bu halde sözleşmeden doğan devir yasağını devralana karşı ileri sürülebilir¹³². Devretmeme anlaşması kapsamındaki devir yasağı sadece sözleşmenin taraflarına karşı değil, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir¹³³. Ancak devretmeme anlaşmasının alacağın dayanağı olan sözleşmede yer almaması halinde, devralan iyiniyetli ise devir yasağının devralana karşı ileri sürülemeyeceği –kanatımce pek de isabetli olmayan şekilde- savunulmaktadır¹³⁴. Bu görüşe göre, devretmeme anlaşmasına rağmen kendisine alacak devredilen kişiden –halen devredilemez olan- alacak tekrar iyiniyetli olarak devralanamaz¹³⁵.

Bazı hallerde –özellikle eser sözleşmelerinde- devretmeme anlaşmasını devredenın müşterisi talep edebilir. Böylesi durumlarda devir yasağı

¹²⁵ Özellikle borç ilişkisini doğuran sözleşme metni dışında devir yasağı kararlaştırılacak ise, bunun resmi yazılı şekilde yapılmasında yarar vardır. Sözleşme metninde yer alan devir yasağı taraflar arasındaki hukuksal ilişki kapsamında yapılan işlemler incelenerek bir şekilde tarihin doğru olduğu tespit edilebilir iken, sözleşme metni dışında adi yazılı olarak kararlaştırılan devir yasağının tarihinin doğruluğunu ispat etmek neredeyse imkansızdır.

¹²⁶ REİSOĞLU, s. 466; UZUN KAZMACI, s. 113.

¹²⁷ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 32.

¹²⁸ UZUN KAZMACI, s. 113.

¹²⁹ UZUN KAZMACI, s. 113.

¹³⁰ Sözleşmelere diğer tarafın rızası olmaksızın sözleşmeden kaynaklanan alacakların devredilemeyeceği yönünde hükümler konulduğuna uygulamada sıkça rastlanmaktadır.

¹³¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 547.

¹³² KILIÇOĞLU, s. 791.

¹³³ UZUN KAZMACI, s. 113.

¹³⁴ Aynı yönde bkz. SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 12; KILIÇOĞLU, s. 791.

¹³⁵ SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 12.

sadece müşteri lehine düzenlenmiştir. Bu nedenle devretmeme anlaşmasına rağmen yapılan devir nisbi olarak geçersizdir. Müşteri daha sonra bu devri tanıyabilir, devralana ifada bulunmakla borcundan kurtulabilir. Bu tür devir yasağı bulunan hallerde devreden, devralana karşı devrin geçersiz olduğu savunmasında bulunamaz¹³⁶.

Geçerli olarak kararlaştırılmış olan devir yasağına dayanmak istisnai hallerde hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir¹³⁷.

Alacağı devralanın riske girmemek adına devredenden alacağın dayanağı olan sözleşmenin kendisine ibraz edilmesini istemesinde yarar vardır.

Gene alacağın var olduğunu teyit amacıyla borçluya teyit yazısı gönderilmiş ise, devir yasağına dayanmak isteyen tacir borçlunun cevap yazısında bu hususu belirtmesinde yarar vardır. Aksi halde tacir borçlunun daha sonra devir yasağı olduğunu ileri sürmesinin çelişkili tutum teşkil ettiği ve hakkın kötüye kullanması yasağı kapsamında değerlendirilerek bu savunmaya itibar edilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlu tacir de olsa bildirim karşı cevap verme zorunluluğu bulunduğu bahsedilemez.

Burada akla gelebilecek bir başka durum ise, borçlu şirketin resmi kurum ya da büyük organizasyonu bulunan kurumsal şirket olması ve teyit yazısının hataen yetkisiz bir birim tarafından değerlendirilmesi veya personelin yanıltması nedeniyle devir yasağının bildirilmemesi olgusudur. Özel hukuk tüzel kişilerinin temsil ve ilzama ehil çalışanlarının yaptığı hataların tüzel kişiliği bağlayacağı şüphesizdir. Temsil ve ilzama ehil olmayan çalışanlar tarafından yapılan işlemin tüzel kişiyi bağlamayacağı söylenebilir ise de, burada hassasiyetle inceleme yapmak ve somut olayda devretmeme anlaşmasına dayalı devir yasağına dayanmanın dürüstlük kuralı çerçevesinde kabul edilebilir olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Kamu kurum ve kuruluşları açısından bakıldığında da, özel hukuk ilişkileri kapsamında bir alacak söz konusu olduğunda, borçlunun kamu kurumu olmasının ona bu noktada özel hukuk

¹³⁶ KLARER, s. 355.

¹³⁷ BGer v. 03.09.2002 4 C. 129/2002; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N 32.

tüzel kişilerinden farklı muamelede bulunulmasını haklı gösterecek bir neden olarak görülemeyeceği kanaatindeyim.

Sözleşmeden kaynaklanan devir yasağında bu engelleme daha çok borçlunun yararına yapılmaktadır. Bundan dolayı devir yasağına rağmen alacaklının alacağı devretmesi halinde, borçlunun sonradan devre muvafakat etmesiyle devir baştan itibaren geçerli hale gelir¹³⁸. Devir yasağına rağmen borçlunun devredilen alacağı devralana ifa etmesi halinde durum böyledir. Borçlu devre muvafakat etmez ise, hâkim durumu resen dikkate alamaz. Sözleşmesel devir yasağı bulunduğu, bu nedenle devrin geçersiz olduğu hususu borçlu tarafından ileri sürülmelidir¹³⁹.

Devretmeme anlaşması gelecekte yapılacak devirler hakkında etkilidir. Hâlihazırda gerçekleşmiş bulunan devirler devretmeme anlaşmasından etkilenmez. Çünkü devir ile birlikte alacaklı alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiştir. Yeni alacaklı artık devralandır¹⁴⁰. Daha sonra akdedilen devir yasaklarının toptan devirden önce geleceği savunulmaktadır. Sonradan kararlaştırılan devir yasaklarının doğrudan borçlu ve iktisap eden (devralan) arasında ortaya çıkan alacakla doğrudan bağlı olduğu olgusu bu görüşü savunan yazarlar tarafından görüşlerine gerekçe olarak gösterilmektedir¹⁴¹. İleride doğacak alacakların toptan devredildiği hallerde, kural olarak devreden alacaklar üzerinde bir tasarruf hakkı kalmaz.

İleride doğacak alacakların toptan devredildiği hallerde, kural olarak devreden alacaklar üzerinde bir tasarruf hakkı kalmaz. Devir anında mevcut olan bir hukuki ilişkide –önceden yapılan ileride doğacak alacakların devri kapsamına girmemek üzere- daha sonradan devir yasağı kararlaştırılmasının mümkün olmaması gerektiği kanaatindeyim. Devir sonrasında henüz ilk defa kurulacak bir hukuki ilişkide tarafların sözleşmeden

¹³⁸ Devir yasağı borçluyu korumaktadır ve borçlunun bundan feragatine karşı duran bir menfaat bulunmamaktadır (MEDICUS, s. 338). Alman Federal Mahkemesine göre, borçlunun muvafakati sadece ileriye etkili şekilde devir yasağının kaldırılması anlamına gelir (BGHZ, 70, 299, 303). Alman Federal Mahkemesine göre, alacağın devrinin bütünüyle yasaklanmayıp, borçlunun iznine tabi kılındığı hallerde de aynıısı geçerlidir (BGHZ, 108, 172, 176 vd).

¹³⁹ GAUCH/SCHLUEPP, II, N. 3565; SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 11; EREN, s. 1237.

¹⁴⁰ UZUN KAZMACI, s. 114; ŞENER, s. 78; BUCHER, OR AT, s. 541, dn. 20.

¹⁴¹ ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 36; GAUCH/SCHLUEPP, N. 3562.

doğan alacakların devredilemeyeceğini kararlaştırmalarının somut olayın özellikleri de dikkate alınarak mümkün olabileceği kanaatindeyim. Aksi-nin kabulü devreden ile devralan arasındaki ilişkiyle hiçbir ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin sözleşme özgürlüğüne müdahale etmek anlamına gelebilecektir. Daha önce ileride doğacak alacaklarının devredilmesine yönelik bir anlaşma yapmış kişiyle sözleşme ilişkisi kuracak olan ve borç ilişkisine yabancı üçüncü kişilerle muhatap olmak istemeyen kişinin, muhatabının (devreden) ileride doğacak alacaklarını devretmiş olması nedeniyle sözleşme ilişkisine girmek istememesi de mümkündür. Bu durum toptan devralana hiçbir katkıda bulunmayacağı gibi, aynı zamanda devredene zarar verebilecektir.

Devreden ve borçlu anlaşarak devir yasağını kaldırabilirler. Bu anlaşma açık olabileceği gibi, yasağa rağmen gerçekleştirilen devre, borçlu tarafından sonradan rıza gösterilmesi şeklinde örtülü de olabilir¹⁴².

cc-İşin Niteliği Gereği Devredilememe

İşin niteliği de alacağın devrine engel teşkil edebilir. İşin niteliği gereği hangi alacakların devredilemeyeceğine ilişkin genel bir kural koymak mümkün değildir¹⁴³.

Alacak alacaklının kişiliğine özgü ise bu halde işin niteliği gereği devir mümkün değildir. Özellikle doktor, avukat vs. bazı meslek grupları açısından alacağın devrinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi sır saklama yükümlülüğü olan kişilerin ücret alacaklarının devrinin borçlunun rızası olmaksızın geçersiz olacağı görüşündedir. Federal Mahkemeye göre, alacağı devreden alacağı devralanı bilgilendirme yükümlülüğü sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak görülebilir¹⁴⁴. Avukat¹⁴⁵, mali müşavir¹⁴⁶, doktor¹⁴⁷ ücretleri devredile-

¹⁴² UZUN KAZMACI, s. 115; ŞENER, s. 85-86.

¹⁴³ Örneğin ön sözleşmeden kaynaklanan haklar, hizmet edimleri vs. işin niteliği gereği devredilemeyen alacaklardır (BK-BECKER, Art. 164, N. 34-36). Bağlı haklar ancak asıl alacakla birlikte devredilebilirler (N. 37).

¹⁴⁴ STAUDINGER/BUSCHE, Einl. zu § § 368 ff., N. 44.

¹⁴⁵ BGH NJW, 1993, 2795.

¹⁴⁶ BGH NJW 1996, 775.

¹⁴⁷ BGHZ 115, 123.

mez alacaklar olarak görülmektedir. Hukukumuzda avukatlık sözleşmesi bağlamında konu tartışılmış ve avukatlık ücretinin devrinin geçersiz olacağı şeklinde bir genellemenin yapılmasının doğru olmadığı; somut olayın özellikleri dikkate alınarak, alacağın devri ile meslek sırrının ihlal edilmiş olup olmadığının incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁴⁸.

Alacağın devrinde esas alınacak ölçüt somut olaydaki sözleşmenin taraflarından birinin önemli unsur olup olmadığıdır (intuitus personae nitelikli sözleşmeler)¹⁴⁹.

Bir derneğin üyeleri ile olan üyelik ilişkisinden doğan haklar; vekâlet sözleşmesinde müvekkilin vekilden işin görülmesini isteme hakkı; rekabet yasağı sözleşmesine uyulmasını isteme hakkı, taraflar arasındaki ilişki ve işin niteliği sonucu devri mümkün sayılmayan alacaklardır¹⁵⁰.

Bölünemeyen bir bütün oluşturan ya da bir hukuki müessesenin ayrılmaz parçasını teşkil eden kişisel haklar da alacağın devrine konu olamazlar¹⁵¹. Bir hakkın ferileri asıl hak devredilmeden tek başına devredilemezler. Çünkü bunlar asıl alacaktan bağımsız bir varlığa sahip değildirler. Bundan dolayı rehin hakkı ve kefalet, güvence altına aldıkları haklardan bağımsız olarak devredilemezler¹⁵².

dd-Devredilemeyen Alacağa İlişkin Devir Sözleşmesine Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Kanunen devredilemeyeceği belirtilen bir alacak, kanun hükmüne rağmen alacaklısı tarafından üçüncü kişiye devredildiği takdirde, bu devir batıldır¹⁵³. Devir sözleşmesine rağmen alacak üçüncü kişiye geçmez.

İşin niteliği gereği devredilemeyen ya da devredilemeyeceği sözleşme ile kararlaştırılan bir alacağın devredilmesi durumunda da, prensip

¹⁴⁸ GÜNERGÖK, Avukatlık Sözleşmesi, s.141; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, s. 193.

¹⁴⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 361.

¹⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 545 vd.

¹⁵¹ DAYINLARLI, s. 198; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 164, N. 37.

¹⁵² BK-BECKER, Art. 164, N. 37.

¹⁵³ VON BUEREN, s. 325; WEHRLI, s. 5.

olarak devir işlemi geçersizdir. Ancak devre borçlunun baştan muvafakat vermesi halinde devir geçerli olarak gerçekleşir. Borçlunun onayı alınmaksızın yapılan devir işlemi, daha sonra verilecek onay ile geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir¹⁵⁴.

İsviçre Hukukunda taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak elde edilen hakkın devre konu olamayacağı belirtilmiş ise de¹⁵⁵, Yargıtay bu sözleşme ile elde edilen kişisel hakkın devrini mümkün görmektedir¹⁵⁶. Satış vaadi sözleşmesi ile alıcı taşınmazın mülkiyetini iktisap etmez. O sadece satıcının taşınmazın tapuda devri için gerekli işlemi yapması hususunda dava edilebilir kişisel bir alacak hakkı elde eder. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri düzenleme şeklinde satış vaadi sözleşmesi formunda akdedilmektedir ve yüklenici bu sözleşme ile elde ettiği hakkı alacağın devri suretiyle nakde dönüştürmekte, yükümlülüklerini ifa hususunda kaynak yaratmaktadır¹⁵⁷.

İşin niteliği gereği devredilemeyen bir alacağın devredilmiş olması halinde, devralanın iyiniyetli olup olmadığı da devir sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu değiştirmez¹⁵⁸¹⁵⁹.

c. Henüz mevcut olmayan bir alacağın devrinin mümkün olup olmadığı ve toptan temlik

Alacağın devri sözleşmesinin yapıldığı anda alacağın mevcut olmasının devir sözleşmesi bakımından zorunlu olup olmadığı, devir anında henüz mevcut olmayan bir alacağın, alacağın devri sözleşmesine konu edilip edilemeyeceği incelenmesi gereken bir husus olarak karşımıza

¹⁵⁴ BUCHER, OR AT, s. 542; GAUCH/SCHLUEPP, N. 2193.

¹⁵⁵ VON TUHR, *

¹⁵⁶ YKD., 1982, S. 5, s. 658.

¹⁵⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 242, dn. 3; Yarg. 15. HD., 22.6.1990 T., 1990/2427 E.-1990/3059 s.lı kararı.

¹⁵⁸ BK.m.183, f. 2 (Art. 164 Abs. 2 OR) düzenlemesindeki durum istisnadır (VON TUHR/ESCHER, s. 347 vd.

¹⁵⁹ TMK.m.954'e (Art. 899 ZGB) göre, başkasına devredilebilen alacak ve diğer haklar rehnedilebilir. Alacağın rehnedilebilirliği devredilebilir olup olmamasına göre belirlendiğine göre, devir yasağı kararlaştırılan veya işin niteliği gereği devredilemeyen alacak üzerinde rehin kurma imkanından da bahsedilememek gerekir. Aynı yönde bkz. von TUHR/ESCHER, s. 350.

çıkmaktadır. Alacağın devrine ilişkin Kanun maddeleri incelendiğinde, henüz mevcut olmayan, ileride doğabilecek bir alacağın devredilebileceğine dair bir düzenlemeye rastlanmadığı gibi, bunu yasaklayan bir hükme de yer verilmediği görülmektedir.

Henüz mevcut olmayan bir alacağın devredilebilir olup olmadığı tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir devirden bahsedilebilmesi için mutlak surette bir alacağın varlığı şarttır. Kural olarak olmayan bir şey üzerinde tasarruf edilemez. Alacağın mevcut olmaması çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Alacak ya henüz doğmamıştır ya da alacak sona ermiş veya var olan alacak bir başkasına geçmiş olabilir. Sona ermiş bir alacağın devri mümkün olmadığı gibi¹⁶⁰, bir başkasına devredilmiş alacak üzerinde de tasarrufta bulunma imkânı yoktur¹⁶¹. Burada henüz doğmamış alacaklara, başka bir deyişle ileride doğacak alacaklara ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

Niteliği gereği devredilebilir olmak kaydıyla¹⁶², devir sözleşmesi anında henüz mevcut olmayan ileride doğacak alacakların devredilebilir olduğu ifade edilmektedir¹⁶³. Buna göre, devreden belirli bir borçludan alabileceği ileride doğacak tüm alacaklar alacağın devrinin konusu olabilir ve bu suretle öncelenen (öne alınan) tasarruf ilgili alacaklar doğar doğmaz tamamlanır¹⁶⁴. Bundan dolayı devreden alacağın devri anında değil, alacağın doğduğu anda tasarruf yetkisine sahip olmalıdır^{165 166}. Devir anında mevcut olmayan bir alacağın devri halinde devralan, borç-

¹⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543. Bir alacak, ifa, ibra, takas ve sair nedenlerle sona ermiş ise, artık ortada tasarruf edilebilecek bir hak bulunmadığı için alacağın devrinden bahsedilemez (s. 543).

¹⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 540.

¹⁶² Mevcut olsa dahi niteliği gereği devredilemeyen bir alacağın, henüz mevcut değilken önceden devredilebilmesi de evleviyetle mümkün değildir.

¹⁶³ MEDICUS, s. 336; BK-BECKER, Art. 164; N. 15.

¹⁶⁴ MEDICUS, s. 336.

¹⁶⁵ GAUCH/SCHLUEPP, N. 3645; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 359; KILIÇOĞLU, s. 656; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 248; NOMER, s. 110; ARAL, Topyekün Temlik, s. 109 vd.

¹⁶⁶ Bundan dolayı, iflasın açılmasından önce müstakbel alacağı devreden henüz alacak doğmadan iflas ettiği takdirde, alacak masaya dahil olur (GAUCH/SCHLUEPP, N. 3645).

ludan bu alacağı ancak mevcut ve muaccel olduğu anda talep edebilecektir¹⁶⁷.

İleride doğacak alacakların geçerli olup olmadığı değerlendirilirken devredilen alacağın devir anında mevcut bir hukuksal ilişkiye dayanıp dayanmadığına bakılmaktadır. Buna göre ileride doğacak alacaklar devir anında mevcut bir hukuksal ilişkiye dayanan alacaklar ve devir anında hiç bir temeli olmayan alacaklar şeklinde ikiye ayrılmaktadır¹⁶⁸. Geciktirici şarta bağlı alacaklar, borcun doğumu ve kapsamının gelecekte belli olacağı sözleşmelerden (üçüncü kişinin fiilini taahhüt) doğan alacaklar, dönemli olarak (periyodik) borç doğuran sözleşmelerden (kira gibi) doğacak alacaklar devir anında mevcut bir hukuksal temele dayalı alacaklara örnek gösterilmektedir¹⁶⁹. Bu tür ileride doğacak alacaklara geniş anlamda ileride doğacak alacak denmektedir¹⁷⁰. Bu gibi durumlarda alacağın devri işleminin temel ilişkiden doğan ve ileride ortaya çıkacak asıl alacağa sahip olma olanağı tanıyan bir beklenen hakkın devri olarak yorumlanabileceği ifade edilmektedir¹⁷¹.

TEKİNAY'a göre, devir anında her türlü temelden yoksun olan alacakların devrinde herhangi bir hak, alacak veya beklenen hakkın varlığından söz edilemez. Yazara göre, henüz kurulmamış bir satış ya da kira sözleşmesinden doğacak alacakların devri örnekleri yakından incelendiğinde, devrin hüküm ifade edebilmesinin satış ya da kira sözleşmelerinin

¹⁶⁷ KILIÇOĞLU, s. 790.

¹⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 540.

¹⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 540.

¹⁷⁰ WEHRLI, s. 35.

¹⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 540; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 248, 249. Buna göre, gerçekte devredilen hak bu beklenen hak olduğundan henüz mevcut olmayan bir hak devredilmiş değildir. Daha sonra doğan asıl alacak, devralanın kazandığı beklenen hakkın sağladığı bir hukusal sonuç olarak kazanılacaktır (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 540). “Örneğin: (A) ile (B) arasında bir yıllık kira sözleşmesi vardır. (A) iki yıl sonraki Eylül ayı kirasını (Ü) ye devrettiğini beyan etmiştir. Bu durumda (A)'nın henüz doğmamış (belki de doğmayacak) bu alacak hakkını değil; mevcut kira sözleşmesinden ve bu sözleşmenin normal olarak her yıl kendiliğinden yenileneceğini düzenleyen 6570 sayılı Kanundan doğan bir beklenen hakkını temlik ettiği kabul edilmelidir. Belirlenen yılın Eylül ayı geldiği ve buna ilişkin kira borcu doğduğu zaman, (Ü) bunun ifasını isteme hakkını daha önce kendisine devredilen beklenen hakkın sonucu olarak kazanmış olacaktır.” (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 541).

akdedilmelerine bağlı olduğu, yani her iki örnekte de bir geciktirici şarta bağlı olduğu görülecektir. Alacağın devrinin şarta bağlı olarak yapılabilceği genel kabul görmektedir¹⁷². Buradaki şart kabul edilebilir iradi şarttır. Devrin gerçekleşmesi devredenin yalnızca bir irade beyanını değil, aynı zamanda bir davranışta bulunmasını (sözleşme yapmasını) gerektirir. Yazara göre adalet düşünceleri de bu yoldaki şarta bağlı devrin geçerli sayılmasını gerektirmektedir; alacağın doğumuna esas olacak hukuki işlemin ileride yapılması şartına bağlı bulunan devir işlemi geçersiz olsaydı, devralan sonradan devredenin, mesela taşınmazı satması ya da kiralaması halinde elde edeceği alacak üzerinde hiçbir talepte bulunamayacaktı. TEKİNAY, bir an için öngörülen türdeki bir şarta bağlı devrin, tahvil yoluyla devir sözü vermeye dönüştürülerek geçerlilik kazandırılması düşünülebilirse de, devralanın alacağın doğmasından sonra, devredeni devre zorlamak durumunda kalmasını sakıncalı bulduğunu belirterek, devir anında her türlü temelden yoksun alacakların devrinin de geçerli sayılması gerektiğini savunmaktadır¹⁷³.

Devir anında her türlü temelden yoksun, ileride doğacak alacakların –ki bunlar dar anlamda ileride doğacak haklar olarak görülmektedir¹⁷⁴– devrinin geciktirici şarta bağlı bir devir olduğu görüşünün¹⁷⁵ isabetsiz olduğu, burada alacağın devrine engel olan hususun bu tasarruf işleminin yapıldığı anda konusunun bulunmadığı; alacağın devri şeklindeki tasarruf işleminin geciktirici şarta bağlı olarak yapılabilmesinin bu engeli aşmaya yetmediği görüşü de savunulmaktadır¹⁷⁶. Bu görüşe göre, bu durumlarda alacağın devri dönüştürme (tahvil) yoluyla alacağın devri vaadi sayılarak

¹⁷² GAUCH/SCHLUEPP/SCHMID/REY, N. 3609 vd.; SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 1.

¹⁷³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 249.

¹⁷⁴ WEHRLI, s. 35.

¹⁷⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 249.

¹⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, 541. Yazarlara göre, bu imkan sadece genel olarak alacağın devrinin ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanabileceğini gösterir. “Bir kişinin İstanbul’a tayin edilmesi şartıyla mevcut bir alacağını devretmesi etmesi böyledir. Tasarruf işleminin yapıldığı anda konusunun bulunması (ancak var olan bir şeyin tasarrufa konu olması) gereği ayrı bir husustur. Bir tasarruf işleminden söz edebilmek için, işlemi yapanın malvarlığının aktifinin etkilenmesi gerekir. Oysa, burada devredilen hak doğar doğmaz devralana ait olacaktır. Bir an için bile devredene ait olmayacak bir hakkın onun tarafından devredildiği söylenemez” (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 541-542).

ayakta tutulabilecektir¹⁷⁷. Gene bu görüşe göre, devralana borçlu taraftan borç ifa edilmiş ise ve olayın özellikleri gereği devrin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa; devralanın hakkına itiraz edilmesi TMK.m.2 vasıtasıyla engellenebilir. Ancak bu imkân henüz doğmamış alacağın devredildiği her durumu kapsamaz¹⁷⁸.

HATEMİ/GÖKYAYLA, kural olarak ileride doğacak alacakların da devredilebileceğini, bir taraftan geciktirici şarta bağlı işlemler ile beklenen hak kavramlarının, diğer taraftan da alacağın devrinin mutlak hakların devrinden farklı olmasının pratik ihtiyaçların doğal sonucu olduğunu, dolayısıyla mevcut alacaklar yanında şarta ve süreye bağlı alacakların, henüz doğmamış alacakların da devredilebileceğini, ancak borçlunun kimliği, hukuki sebep ve miktarın belirli olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarlar örnek olarak, “*ileride lehime doğacak herhangi bir alacağı, sana borcumu ifa etmek amacıyla devrediyorum*” şeklindeki belirsiz devirlerin geçerli sayılamayacağını belirtmektedirler¹⁷⁹.

İsviçre’de önceden devrin caiz olup olmadığı hususunda –en azından dar anlamda ileride doğacak alacaklara ilişkin olarak- geçmişte şüphe ile yaklaşılırken, şimdilerde henüz doğmamış müstakbel alacakların devri en azından prensip olarak kabul görmektedir¹⁸⁰. Ancak özellikle geçerli biçimde devredilebilmesi için, ileride doğacak alacağın devir anında ne ölçüde somutlaştırılması ve belirlenebilir olması gerektiği konusunda birlik yoktur¹⁸¹.

İleride doğacak alacakların, devir anında borçlu ile devreden arasında herhangi bir hukuksal ilişki bulunmasa dahi caiz olduğu İsviçre Federal Mahkemesinin 12 Kasım 1931 tarihli 57 II 537 vd. kararında belirtilmiştir. Bu karara göre, borçlunun kimliği, hukuksal neden ve miktar bakımından devredilecek alacağın yeterince belirli ya da en azından belirlenebilir olması gerekir¹⁸². Federal Mahkemenin bu kararını bir örnekle

¹⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 542.

¹⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 542. Ayrıca bkz. SPIRIG, Kausalitaet, s. 9; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 231.

¹⁷⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 360.

¹⁸⁰ ETTRICH, s. 13; WEHRLI, s. 38.

¹⁸¹ WEHRLI, s. 38.

¹⁸² WEHRLI, s. 38. SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 8; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 36. Bahse konu Federal Mahkeme kararının tam metnine ulaşmak için

somutlaştırmak gerekirse; (A)'nın, (B) ile aralarında ticari ilişkide ileride doğacak olan alacaklarından 1.000 TL'sini (Ü)'ye devrettiğini beyan etmesi halinde, bu devir hukuksal ilişki, borçlunun kimliği ve devredilen alacağın miktarı belirli olduğundan geçerli olacaktır. Gene (A), (X) marka aracını (B)'ye satması halinde elde edilecek olan satış bedelini (Ü)'ye devrettiğini beyan etmesi halinde de, hukuksal ilişki ve borçlunun kimliği belirli, devredilen alacağın miktarı ise belirlenebilir olduğundan devir geçerli sayılacaktır¹⁸³. Federal Mahkeme'nin bu görüşüne ilişkin olarak ileride doğacak alacağın gerçekte bir alacağın kavramsal unsurlarına sahip olmadığı, ifa yükümlülüğü bulunmadığı ve alacağın doğup doğmayacağına belirsiz olduğu eleştirisi dile getirilmiştir¹⁸⁴.

Federal Mahkeme 113 II 163 kararında ilk defa, ileride doğacak bir alacağın geçerli olarak devredilebilmesi için, ne ölçüde ve hangi anda belirlenebilir olması gerektiği sorununu açıkça tartışmıştır. Federal Mahkemeye göre, sadece devir beyanının tasarruf işlemine dayanak olan olgular ve durumların dışında alacağı devredilmiş olarak gösteren ipuçları verdiği takdirde geniş anlamda ve genel çerçevede ileride doğacak alacaklar üzerinde tasarruf edilebilir¹⁸⁵. Yani devrin geçerli olması için, alacağın salt önceden tasarrufta bulunma anında fiilen (farazi de olsa) belirlenebilir olması yeterli görülmektedir¹⁸⁶. Federal Mahkeme 5 Eylül 1996 tarihli 122 III 361 kararında –özellikle birden fazla devir durumunda-devirden haberdar olmayan üçüncü kişi için belirli bir alacağın devredilene bırakılmış olup olmadığının devir belgesinden anlaşılabilir olması gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁷.

bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2057537.pdf>. Aynı yönde diğer kararlar için bkz BGE 113 II 163 E 2; BGE 84 II 355 E 3; BGE 84 II 355, 366 E. 3; BGE 112 433 (KRAMER/PROBST, s. 465). Alman Hukuku açısından aynı yönde bkz. RUESMANN, s. 598.

¹⁸³ BGE 112 II 436. “Müstakbel bir alacağın devrinin geçerli olması için alacağın doğumu anında belirlenebilir olması gereklidir. Alacağın devri alacağın ileride doğarken belirlenmesine yarayan tüm unsurları içermelidir. Bu şart yerine geldiği takdirde geriye bir tasarruf işlemi veya devreden bir periyodik borçlu listesinin teslimi gibi sonradan belirlemesi kalır (BGE 112 II 163).

¹⁸⁴ DIETSCH, s. 339.

¹⁸⁵ WEHRLI, s. 42; BGE 122 III 361 E 4c. Kararın tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2113163.html>.

¹⁸⁶ WEHRLI, s. 42-43.

¹⁸⁷ Federal Mahkeme'nin önüne gelen somut olayda “devreden sahibi bulunduğu tüm talep haklarının” devredildiği ibaresini içeren belgeye dayanan topyekün devir söz

İsviçre-Türk Hukuklarında öğretide hâkim görüş de, ileride doğacak alacağın devredilebilmesi için devir anında borçlunun şahsı, hukuksal sebep ve alacak miktarının en azından belirlenebilir olmasının yeterli olduğu yönündedir¹⁸⁸. Alacağın devir kapsamında olup olmadığı devir anında borçlu ve üçüncü kişi tarafından fark edilebiliyor ise belirlenebilirlik söz konusudur¹⁸⁹. Örneğin tüm müşteri alacakları devredilmiş ise (topyekûn devir-Globalzession), her bir müşteri kendi borcunun devredilen alacağa dâhil olduğunu bilebilecek durumdadır. Gene alfabetik sıraya göre başlangıç harfleri A-K arasındaki borçlulardan olan alacakların devredilmesinin kararlaştırıldığı durumda da belirlenebilirlik mevcuttur. Baş harfleri X, Y veya Z olanlar, kendilerinden talep edilebilecek olan alacakların devredilen alacaklar arasında bulunmadığını bilmektedirler¹⁹⁰. Buna karşın belirli bir azami meblağa kadar devredilen (üst sınır devri-Maximalzession) ileride doğacak alacaklar yeterince belirlenebilir değildir. Çünkü hangi alacakların azami meblağa ulaşmadan önce devredilenlere sayılıp hangilerinin artık sayılmayacağı ilk bakışta belli (açık) değildir¹⁹¹.

İsviçre öğretisinde bir kısım yazarlar ise, hâkim görüş tarafından da paylaşılan Federal Mahkemenin “belirlenebilirlik” kriterini reddetmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, devir anında alacağın belirlenebilir olması yeterli değildir. Devir anında devredilecek alacak belirli olmak zorundadır¹⁹². Bu görüş eşya hukukuna özgü belirlilik (Spezialitaet) prensibini gerekçe göstermektedir. Bu prensibe göre, aynı haklar belirli münferit eşya üzerinde kurulabilir. Bu prensipten hareketle, tasarruf işlemlerinin sadece belirli bir tasarrufa konu şey ile ilişkilendirilmesi halinde geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu sebeple sadece belirlenebilir bir alacağın önceden devri tasarruf işlemi olarak nitelendirilemez. Bu görüşün eşya hukukundaki belirlilik prensibine alacaklar bakımından yollamada bulunması isabetli görülmemektedir. Çünkü alacakların nesnel da-

konusu idi. Somut olayda Federal Mahkeme olumsuz görüş beyan etmişti. Kararın tam metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c3122361.html>.

¹⁸⁸ EREN, s. 1235; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 540 vd.; DAYINLARLI, s. 57; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 360; REİSOĞLU, s. 463; SCHWENZER, OR AT, N. 90.29; ZK-SPIRIG, Art. 164, N. 7; ZOBL, SJZ, 1989, 349 vd.

¹⁸⁹ LARDELLI, s. 92.

¹⁹⁰ LARDELLI, s. 92.

¹⁹¹ LARDELLI, s. 92-93.

¹⁹² WIEGAND, Kreditsicherung, s. 289 vd.; BUCHER, OR AT, s. 544

yanak oluşturmadağı ifade edilmektedir. Ayrıca alacağın devri hukukunda aleniyetin değil, aksine borçlunun korunması ve işlem güvenliğinin ön planda olduğu belirtilmektedir¹⁹³. Bu görüş, her bir alacağın doğumundan sonra ayrıca devredilmek zorunda kalınması gibi pratik olmayan sonuca götüreceğı şeklinde eleştirilmekte ve bundan dolayı uygulanabilirliği (pratiklik) sebebiyle Federal Mahkemenin izlediğı yolun takip edilmesi gerektiğı haklı olarak savunulmaktadır¹⁹⁴. Kanaatimce, ileride doğacak alacakların devrinin geçerli olması için aranan “devir anında belirlenebilir olma” kriteri yeterli görölmek gerekir. Alacağın devrinin kredi sağlama fonksiyonu da dikkate alındığında, ileride doğacak alacakları konu edinen devrin geçerliliğinin alacağın devir anında belirli olması koşuluna bağlanması bu kurumdan beklenen yararı azaltacaktır.

Bir kimsenin belirli bir kişiye ileride doğacak her türlü hakkını devretmesi halinde bu devir geçerli olacak mıdır?

İsviçre Federal Mahkemesi kişilik haklarının korunmasını temin amacıyla zaman ve yer bakımından sınırlandırılmamış tüm mevcut ve ileride doğacak alacakların devrini caiz görmemiştir¹⁹⁵. Böylesi bir total devir kişilik haklarının ve özellikle ticari özgürlüğün ahlaka aykırı şekilde kısıtlanması olarak görölmektedir¹⁹⁶. Buna göre devir TMK.m.23 (Art. 27 ZGB) ve TBK.m.27, f. 1 (Art. 20, Abs. 1 OR) hükümlerine göre geçerli sayılmamalıdır¹⁹⁷. Devredilen alacağın kime ait olduğu en geç devredilen

¹⁹³ LARDELLI, s. 93.

¹⁹⁴ LARDELLI, s. 93.

¹⁹⁵ BGE 112 II 436 E 3. Federal Mahkeme kararının tam metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2112433.html>. “Müstakbel bir alacağın devrinin geçerli olması için alacağın doğumu anında belirlenebilir olması gereklidir. Alacağın devri alacağın ileride doğarken belirlenmesine yarayan tüm unsurları içermelidir. Bu şart yerine geldiğı takdirde geriye bir tasarruf işlemi veya devreden bir periyodik borçlu listesinin teslimi gibi sonradan belirlemesi kalır (BGE 112 II 163). Ayrıca bkz. BGE 112 II 433 vd.

¹⁹⁶ EREN, s. 1235; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 37; BGE 69 II 286, 290 E. 2; BGE 84 II 355, 366 E. 3; BGE 112 II 241, 243 E. 2a; BGE 112 II 434 (KRAMER/PROBST, s. 465).

¹⁹⁷ EREN, s. 1235; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 164, N. 5; VON TUHR/ESCHER, s. 350; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 248-249. Hakim öğretiye ve Federal Mahkeme’nin görüşüne göre, Art. 27 ZGB sadece gerçek kişilere değil, tüzel kişiliklere de uygulanır (DIETSCHKE, s. 341; BGE 114 II 162; P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995). Genel kurallar anlamında tüzel kişiler tarafından yapılan devir işlemleri, ancak

alacağın ileri sürüldüğü anda net olarak sabit olmalıdır¹⁹⁸. Zaman ve konu yönünden sınırlanmamış bir toptan devrin kişilik hakları ile bağdaştırılmasını mümkün görmeyen bu görüş kanaatimce isabetlidir.

İleride doğacak alacağın devrinde, alacak ortaya çıktığında devralana nasıl geçeceği de tartışılan bir husustur. Burada iki teori mevcuttur. Birincisi “geçiş teorisi” (Durchgangstheorie), diğeri ise “doğrudan iktisap teorisi”dir (Unmittelbarkeitstheorie).

Geçiş teorisine göre, önceden devredilen alacak bir an için de olsa mantıksal bir an devreden malvarlığında doğar; ancak ardından devir anlaşması nedeniyle hemen kendiliğinden devralanın malvarlığına geçer¹⁹⁹. Geçiş teorisine göre devreden alacağı iktisap edebilecek durumda değil ise ya da tasarruf hakkı yok veya alacağı ileri sürebilecek durumda değil ise, devralan ortaya çıkan alacağın alacaklısı olmayacaktır²⁰⁰. Bu teorinin kabulü halinde, alacağın doğumu anında devreden alacağı iktisabını, tahsilini veya devrini engelleyen her bir sebep yeterli görülecek; önceden devirler etkisi bakımından bundan böyle pratikte sadece devir yükümlülüğü anlamına gelecektir²⁰¹. Devreden tarafından yapılan birden fazla devir halinde, bütün önceden devirler geçersiz olacak²⁰² ve daha sonradan devreden ve borçlu arasında yapılacak devretmeme anlaşması önceden devrin etkisini, yani alacağın devralana geçişini engelleyecektir²⁰³.

Doğrudan iktisap teorisine göre ise, önceden devredilen alacak doğrudan devralanın malvarlığında doğar²⁰⁴. Bundan dolayı devreden alacağın doğumu anında bu alacağı iktisap edip edemeyeceğine ya da bu

işletme faaliyetinden kaynaklanan ileride doğacak alacaklarının tümünün devre konu edilmesi halinde aşırı olarak görülecektir (DIETSCHE, s. 341).

¹⁹⁸ BGE 82 II 48, 51 E. 1.

¹⁹⁹ WEHRLI, s. 64; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 164, N. 4; BSK OR I-GIRSBERGER-BSK OR, Art. 164, N. 48; BUCHER, OR AT, s. 547; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3570.

²⁰⁰ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 164, N. 4; WEHRLI, s. 64.

²⁰¹ WEHRLI, s. 64.

²⁰² UZUN KAZMACI, s. 138; BUCHER, OR AT, s. 546, dn. 50; WEHRLI, s. 64.

²⁰³ WEHRLI, s. 64.

²⁰⁴ BK-BECKER, Art. 164, N. 16; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 248 vd.; VON TUHR/ESCHER, s. 349; TUNÇOMAĞ, s. 1080.

alacak üzerinde tasarruf hakkı bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır²⁰⁵. Devreden alacağın doğumundan önce tasarrufta bulunmuş, alacak üzerindeki tüm hakları vermiş ve (doğumu ve niteliği üzerinde fiilen etkide bulunma imkânı bir kenara bırakılırsa) alacak üzerindeki tüm etkisini yitirmiştir²⁰⁶. Bunun sonucu olarak; devreden alacağın önceden devrinden sonra ve fakat alacağın doğumundan önce iflas etse de alacak devralana geçecektir²⁰⁷. Alacağın birden fazla devredilmiş olması durumunda ise, zamansal öncelik esas alınacak; devir işleminden sonra yapılan devretmeme anlaşmasının alacağın önceden devri üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır²⁰⁸.

Burada belirtilen “saf doğrudan iktisap teorisi”nin yanı sıra, geçiş teorisi yönünde yumuşatılmış doğrudan iktisap prensibi de savunulmaktadır (değiştirilmiş ya da nisbi doğrudan iktisap teorisi). Federal Mahkeme de bu eğilimdedir. Esas olarak devredilen ileride doğacak alacak doğrudan devralanın malvarlığında doğmaktadır. Ancak bu sonuç sadece devreden devredilen alacağın doğumu anında tasarruf hakkı bulunması halinde gerçekleşir²⁰⁹. Yani alacağın doğduğu anda devreden tasarruf hakkı bulunmuyorsa devralan alacağı iktisap edemez. Alacağın doğumu anında devreden iflas etmiş ise devralan alacağı iktisap edemez. Alacak iflas masasına dâhil olur. İleride doğacak alacağın devri halinde, devrin etkisi alacağın doğumu anında tamamlanır²¹⁰. Yani önceden devrin geçerliliği ve onun etkisi birbirinden ayırılmaktadır²¹¹.

Devreden devirden sonra ve fakat alacağın doğumundan önce fiil ehliyetini yitirmesi ya da ölmesinin, devralanın malvarlığında alacağın doğumu üzerinde etkisi olmayacaktır²¹². Yani bu bakımdan doğrudan iktisap teorisi takip edilmektedir²¹³.

²⁰⁵ KLEYLING, s. 103 vd.; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 235.

²⁰⁶ WEHRLI, s. 63.

²⁰⁷ KLEYLING, s. 104.

²⁰⁸ WEHRLI, s. 63.

²⁰⁹ VON TUHR/ESCHER, s. 349 vd.; BGE 61 II 331; BGE 41 II 135; BGE 95 III 12; BGE 107 III 83; BGE 111 III 75 vd.; BGE 41 II 135.

²¹⁰ VON BUEREN, OR AT, s. 325; BUCHER, OR AT, s. 546; WEHRLI, s. 65; JANGGEN, s. 70-71.

²¹¹ WEHRLI, s. 65.

²¹² VON TUHR/ESCHER, s. 349; BUCHER, OR AT, s. 546.

²¹³ WEHRLI, s. 65.

İleride doğacak alacağın devri sonrasında devreden ve borçlu arasında devretmeme anlaşması yapılmasının devrin etkisini göstermesini – yani alacağın devralanın malvarlığında doğmasını- engellemesi ise doğrudan iktisap teorisinden sapma teşkil etmektedir²¹⁴. Sonraki devir yasağının bu etkisi devretmeme anlaşmasının devredeninin ileride doğacak alacak üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmasından türetilmektedir²¹⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi önceden devredilen alacağın devirden sonra ve fakat alacağın doğumundan önce haczedilmesi durumunda, alacağın devralanın malvarlığında doğacağına karar vermiştir. Yani önceden devir durumunda iflas ve haciz farklı sonuçlara bağlanmıştır²¹⁶.

Son olarak aynı alacağın devreden tarafından birden çok defa önceden devredilmesi durumunda zamansal önceliğe göre sadece ilk devrin geçerli olmasından hareket edilerek tekrar doğrudan iktisap teorisi esas alınmaktadır²¹⁷.

d.Devrin Kapsamı

Alacağın devrinin kapsamını gerek nitelik, gerekse nicelik bakımından öncelikle taraf iradeleri belirler. Ancak gene de nitelik bakımından alacağın karakteri önemlidir²¹⁸. Alacağı devralanın devredene karşı ifa ile yükümlü olabileceği karşı edimin miktarının alacağın devrinin kapsamını belirleme bakımından hiç bir önemi yoktur²¹⁹.

Devrin kapsamına öncelikle ana edim olan devredilen alacak girer. Alacağın belirli olması şarttır. Devredilen alacağın hangi alacak olduğu, tamamen mi yoksa kısmen mi devredildiği tasarruf işleminden anlaşılabilmelidir²²⁰.

²¹⁴ BUCHER, OR AT, s. 546; VON TUHR/ESCHER, s. 349.

²¹⁵ BUCHER, OR AT, s. 541, dn. 20.

²¹⁶ Kararın tam metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c3095009.html>. Bu yönde bir başka karar için bkz BGE 41 II 135 Erw. 3 und 4.

²¹⁷ BUCHER, OR AT, s. 546, dn. 40; BK-BECKER, Art. 164, N. 16; VON TUHR/ESCHER, s. 349; WEHRLI, s. 66.

²¹⁸ VON BUEREN, OR AT, s. 356; WEHRLI, s. 5; LARDELLI, s. 92.

²¹⁹ WEHRLI, s. 5; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 328.

²²⁰ Aynı şekilde alacağın kime geçeceği de tasarruf işleminden görülebilmelidir (BK-BECKER, Art. 164, N. 8).

Alacaklı borçluya karşı sahip olduğu bir ya da birden fazla alacağını devredebileceği gibi, tüm alacaklarını da devredebilir. Edim bölünebilir olduğu ölçüde, alacağın kısmen devri de caizdir²²¹. Bölünebilir bir alacağın kısmen devri halinde, devredilen kısmın metinde mutlaka belirtilmesi gerekir²²².

Kira, satış, hasılat kirası gibi borç ilişkilerinde kök hak (Stammrecht) dışında, bundan türeyen alt haklar (Zweigrechte) söz konusu ise, tereddüt halinde bunların da devir kapsamında görülmesi gerektiği ifade edilmektedir²²³.

Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer (TBK.m.189, f.1). Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır (TBK.m.189, f.2). Alacağın devri ile alacağa bağlı öncelik hakları ve tüm bağlı haklar devralana geçmektedir. Yani alacağın devri sözleşmesi ile eski alacaklının (devredenin) yerine, yeni bir alacaklı (devralan) gelmektedir. Alacağın özünde bir değişiklik bulunmamaktadır²²⁴. Ancak devir sözleşmesinin

²²¹ MEDICUS, s. 342; BK-BECKER, Art. 164, N. 9; BUCHER, OR AT, s. 572; WEHRLI, s. 5. Alacağın devredilen kısmı, alacağın devredilmeyen kısmından şüpheye yer bırakmayacak şekilde ayırdedilebilir olmalı ve onun akıbeti alacağın geriye kalan kısmından bağımsız olmalıdır (BGH, NJW, 1999, 417, 418; OLG Hamburg ZIP 1999, 1628, 1631; STAUDINGER/BUSCHE, Einl. zu §§ 398 ff, N. 43).

²²² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 540. Bölünebilir bir alacağın tümü devredilecek ise, miktarın belirtilmesi zorunlu değildir. Hangi alacağın devredildiğinin belli olması gerekli ve yeterlidir (s. 540).

²²³ Bu tür haklar bağımsız olarak da devredilebilirler (BK-BECKER, Art. 164, N. 8). Miras payından belirli bir tutar devredildiği takdirde, bir alacak devri söz konusudur. Bu halde devralan mirasçı sıfatını kazanmaz (BGE 44 II 258).

²²⁴ Bu nedenle devralan devraldığı alacağı devir gerçekleştirmemiş olsa idi devreden kimden isteyebilecek idi ise, ondan isteyecektir. Devralan devir belgesine dayanarak devredenden ifa talebinde bulunamaz. "Mersin 5.Noterliğinin 8.2.2001 tarihli temliknamesi ile Yakup Yıldız adına T.C.Merkez Bankasında tahakkuk edecek Destekleme ve Fiat istikrar Fonu primlerinin Eşref Tarım Ürünleri Ltd.Şti.'ye temlik edildiği belirtilmiştir. Temliknamenin aynı tarihte bankaya intikal ettirildiği ve kayıtlara geçirilerek paranın ödenebilir hale gelmesinden sonra 6.11.2001 tarihinde temlik olanın hesabına devredildiği 9.11.2001 tarihli Merkez Bankası cevap yazısından anlaşılmıştır. Paranın intikalinden önce alacaklının temlikname nedeniyle bankadan istemde bulunması gerekirken aynı belgeye dayanarak BK.nun 169/2. maddesine aykırı biçimde temlik eden aleyhine ilamsız takip yaptığı ve yasal dayanağı olmadığı halde temlik yolu ile devraldığı prim alacağı üzerine haciz

tarafları sözleşme özgürlüğü çerçevesinde devrin kapsamını belirleyebileceğinden, bazı hakların devir kapsamı dışında tutulması mümkündür. Örneğin işlemiş faizin taraflarca devir kapsamı dışında tutulması mümkündür. Gene kanaatimce, devredilen borç ifa edilene kadar işleyecek olan faizin de devir kapsamı dışında tutulmasına bir engel bulunmamaktadır²²⁵.

Bir müteselsil borcun sadece müteselsil borçlulardan birinden talep edilebilecek şekilde devredilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu halde diğer borçlular sadece alacaklıya ifada bulunabilecekler ve bu ifa ile kendisine karşı alacak devredilen müteselsil borçlu da borçtan kurtulacaktır²²⁶.

Gene alacaklının kişiliğine özgü olan öncelik hakları ve bağlı haklar Kanun gereği devrin dışındadır (TBK.m.189). Tarafların kişiliğe özgü bu haklar üzerinde tasarrufta bulunma hakkının olup olmadığı hususuna bakılmalıdır. Burada kişiye bağlı öncelik hakları bakımından konuya olumsuz yaklaşılmaktadır²²⁷. Art. 170 OR (TBK.m.189) hükmünün emredici hüküm olmamasından dolayı tarafların bağlı hakların devrini sınırlayabilecekleri veya devir kapsamı dışında bırakabilecekleri ifade edilmektedir²²⁸.

Öncelik hakları ya da bağlı hakların alacağı devredenin kişiliğine özgü olup olmadığı tarafların iradelerinden de anlaşılabilir²²⁹.

Doğrudan alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklar ana alacağın devri ile devralana geçer²³⁰. Bu haklar alacak hakkının icrasına hizmet

konulmasını talep ettiği, ve memurlukça da bu istemin kabul edildiği tespit edilmiştir.

Açıklanan bu şekliyle ortada haricen tahsil edilmiş bir alacağın varlığından söz edilemez. O halde İİK.nun 15. maddesi gereğince bütün icra harç ve giderlerinin takip borçlusuna ait olduğu da gözetilerek şikayetin kabulü yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir” (Yarg. 12. HD., 21.3.2002 T., 2002/4692 E.-2002/5834 K.).

²²⁵ Sözleşme özgürlüğü asıl olduğuna ve bunu engelleyen bir kanun hükmü bulunmadığına göre, bu mümkün görülmek gerekir.

²²⁶ BK-BECKER, Art. 164, N. 9.

²²⁷ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 3.

²²⁸ BK-BECKER, Art. 170, N. 4.

²²⁹ GAUCH/SCHLUEPP, N 2212; BGE 103 II 80.

ettikleri için, devir ile birlikte devralan yeni alacaklıya geçerler²³¹. Örneğin bir seçimlik alacak devredilmiş ise, seçim hakkı da devralana geçecektir²³². Muacceliyet bildirimini de bu türden yenilik doğuran haklardanır²³³. Buna karşın doğrudan devredilen alacağa bağlı olmayıp devredilen alacağı doğuran borç ilişkisine bağlı olan yenilik doğuran haklar kural olarak alacağın devri ile intikal etmez²³⁴.

Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların alacağın devrinden sonra kim tarafından kullanılacağı belirlenmesi önemlidir. Sorunu çözümü güç bir hale getiren husus sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakların sadece yeni alacaklının (devralan) iktisap ettiği alacak hakkını değil, ayrıca eski alacaklının (devreden) tarafı olduğu sözleşme ilişkisini de doğrudan doğruya etkilemesi ve sona erdirmesidir²³⁵. Bu tür yenilik doğuran haklarda kimin bu hakları kullanmada daha büyük menfaatinin bulunduğu araştırılması gerekmektedir. Yapılan araştırma sonucunda devralanın bu hakkı kullanmasında menfaati olduğunun tespit edilmesi halinde ayrıca bu hakların devir ile birlikte doğrudan mı geçtiği yoksa ayrıca devredilmesi mi gerektiği sorunu ortaya çıkar²³⁶.

VI.TASARRUF İŞLEMİ VE BORÇLANDIRICI İŞLEMİN AYRI OLMASI

1.Genel Olarak

Hukukumuzda devren hak kazanılmasında geçerli olan ayrılık sistemi sadece aynı hakların kazanılmasında değil, alacak haklarının kazanılmasında da uygulanır²³⁷. Ayrılık sistemine göre, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olmak üzere iki aşama söz konusudur. Borçlandırıcı işlem

²³⁰ ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 48; BUZ, s. 280; SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 6.

²³¹ BUZ, s. 280.

²³² EREN, s. 1240; BUZ, s. 280; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 10.

²³³ BUZ, s. 280. Devralan tarafından kullanılacak alacağa ilişkin başkaca örnekler için bkz. SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 10.

²³⁴ BUCHER, OR AT, s. 571; WEHRLI, s. 6; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 11; VON TUHR/ESCHER, s. 357; RUESMANN, s. 601.

²³⁵ BUZ, s. 281.

²³⁶ BUZ, s. 281. Bu konudaki tartışmalara ilişkin geniş açıklamalar için bkz. BUZ, s. 281 vd.

²³⁷ ENGİN, Garanti, s. 16.

ile hak devredilmiş olmaz, borçlandırıcı işleme rağmen hak hala devreden malvarlığındadır. Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin yapılması borcu üstlenilmiş olur ve ancak tasarruf işleminin gerçekleşmesi ile hak devredilmiş olur. Tasarruf işlemi ile devir konusu edilen hak artık bu hakkı devreden malvarlığından çıkar ve devralanın malvarlığına geçer.

Taşınır satışı sözleşmesi üzerinden örnekleme yapılacak olursa; bu sözleşme ile satıcı satılan taşınır eşyanın mülkiyetini alıcıya devretme borcunu üstlenmiş olur. Satılanın mülkiyetini devretme borcu bir borçlandırıcı işlemdir. Satış sözleşmesinin kurulmasıyla satılan şeyin mülkiyeti doğrudan doğruya satın alana geçmez. Satış sözleşmesinin varlığına rağmen, satıcı hala satılan şeyin maliki olmaya devam eder. Mülkiyet hakkının devri ayrı bir tasarruf işlemine ihtiyaç duyar. Bu da satılanın zilyedliğinin devri (teslim) yoluyla olur. Zilyedliğin devri ile tasarruf işlemi gerçekleşmiş ve satılan satıcının malvarlığından çıkıp, alıcının malvarlığına geçmiş olur (TBK.m.210).

Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin ayrı olmasından ve borçlandırıcı işlem ile doğrudan hakkın intikal etmemesinden dolayı, bir hakkın sahibi, mevcut bir borçlandırıcı işlemin varlığına rağmen, başka bir borçlandırıcı işlem yapabilir. Taşınır bir şeyi satan ve fakat henüz teslim etmeyen satıcı, aynı şeyi bir başka satış sözleşmesine de konu edebilir. Bu durumda satıcı her iki sözleşme kapsamında da o şeyin mülkiyetini devretme borcunu üstlenmiş olur. Ancak satıcı alıcılardan sadece birine teslim edebileceği için, o satın aldığı şey kendisine teslim edilmeyen alacaklıya karşı ifa etmemenin sonuçlarına katlanacaktır²³⁸.

Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin eş zamanlı olarak gerçekleşmesi mümkündür. Her iki aşamanın aynı anda gerçekleştirildiği işlemlere elden hukuksal işlemler denmektedir²³⁹.

²³⁸ Kendisine satılan teslim edilmemiş olan ilk alıcı, sonraki alıcıya karşı bir hak ileri süremez. Borç ilişkilerinin nisbiliği prensibi gereği, o sadece kendi sözleşmesine karşı haklarını ileri sürebilir. Ancak üçüncü kişinin eyleminin TBK.m.49, f.2 anlamında ahlaka aykırı sayılması halinde, onun haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir (aynı yönde bkz. ENGİN, Garanti, s. 16).

²³⁹ ENGİN, Garanti, s.17; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3651. Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin eş zamanlı gerçekleştirildiği elden hukuksal işlemlere ilişkin kaynakça ve buna ilişkin tartışmalar için bkz. ENGİN, Garanti, s.17, dn. 35.

2. Alacağı Devir Borcu Yükleyen Borçlandırıcı İşlem

Alacağın devri çeşitli sebeplerle gerçekleşebilir. Herhangi bir sebep olmaksızın alacağın devrinden bahsetmek mümkün değildir.

Alacağın devri bir tasarruf işlemi olup, bu tasarruf işlemi ile alacak eski alacaklının malvarlığından çıkıp, alacağı devralan yeni alacaklının malvarlığına geçer²⁴⁰. Her tasarruf işleminde olduğu gibi, alacağın devri tasarruf işlemi de borç doğuran bir borçlandırıcı işleme dayanır²⁴¹. Devredene alacağın devri borcunu yükleyen temel borç ilişkisi, alacağın devri sonucunu sağlayan alacağın devrine ilişkin tasarruf işleminin dayanağıdır²⁴².

Alacağın devrini hedefleyen sözleşme (alacağın devri sözü verme-devir vaadi) çeşitli amaçlarla yapılabilir. Bunlardan ilki ve asıl olanı alacağın kalıcı olarak karşı tarafa geçirilmesidir. Alacağın karşı tarafa geçirilmesi borcu yükleyen sözleşmenin bir edim karşılığı kurulup kurulmadığına göre farklı sözleşme türleri söz konusu olabilir. Alacağın bir edim karşılığı devredilmesi vaadi söz konusu ise bir alacak satışından, herhangi bir karşı edim söz konusu değilse bağışlama sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir. Gene bir edim karşılığı (ivazlı) devir sözü vermede, karşı edim para cinsinden kararlaştırılmış olmayabilir. Karşı edimin de bir alacak olması durumunda trampadan bahsedilebilir. Gene karşı edimin bir karma sözleşmenin edimlerinden biri olması da mümkündür (Alacağın devri karşılığında karma sözleşme edimi olarak bir hizmetin görülmesinde olduğu gibi)²⁴³.

²⁴⁰ Bundan dolayı devreden artık alacağı tahsil edemeyeceği gibi, borçluyu ibra edemez, bu alacağı bir başkasına devredemez. Çünkü alacağın devri ile birlikte alacak onun malvarlığından çıkmış ve artık alacak üzerinde bir tasarruf hakkı kalmamıştır (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 548; ERDOĞAN, s. 374; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 167-173, N. 4; KELLER/SCHOEBI, IV, s. 60).

²⁴¹ ENGİN, Garanti, s. 17; SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 1; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N 16.

²⁴² Bu borçlandırıcı işlemler satış, bağışlama, teminat anlaşması, yedimlik sözleşmesi gibi sözleşme olabileceği gibi, ölüme bağlı tasarruf gibi tek yanlı bir hukuksal işleme de dayanabilir (BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 16; BGE 118 II 142, 145 E. 1b; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 30).

²⁴³ ENGİN, Garanti, s. 18. “Bunun gibi, bir ortaklık sözleşmesi gereği ortağın sermaye payı olarak alacak hakkını taahhüt etmesi halinde de bu alacağın ortaklığa kesin olarak geçirilmesi vaat edilmiştir” (ENGİN, Garanti, s. 18).

Alacağını devreden alacaklının, alacağı kesin olarak karşı tarafa geçirme amacı gütmeyip, karşı tarafa olan borcunun teminatını teşkil etmek üzere alacağını devretmesi mümkündür. Burada alacağın devri teminat işlevi görmektedir. Bu halde alacak geçici bir süre için devredilmektedir. Yani alacağını devreden taraf, kendi alacaklısına olan borcunu ödeyene kadar geçecek süre için alacaklı sıfatını devretmektedir. Taraflar kendi aralarındaki ilişki kapsamında mevcut borcun ödenmesine kadar, devredilen alacağın devralanın uhdesinde kalacağına dair bir inançlı devir yapmaktadırlar. Burada alacağı devralan kişi, aralarındaki inanç sözleşmesine uygun hareket etmek zorundadır. Alacağın nihai olarak devredilmeyip, bir borcun teminatını teşkil etmek üzere geçici olarak devredildiği bu devir şekline teminat amaçlı devir denmesi uygun olacaktır²⁴⁴.

Alacağın tahsili için devredilmesi de aynı türdendir²⁴⁵. Alacağın tahsil edilmesi için kendisine alacak devredilen kişiye, alacak inançlı şekilde devredilmektedir. Alacağın devralan kişi, aralarındaki inanca (güvene) uygun davranmak zorundadır. Alacağı tahsil ettikten sonra, kendisine alacağı devreden kişiye tahsil edilen tutarı vermek zorundadır.

Alacağın devri ifaya yönelik olarak da gerçekleşebilir²⁴⁶. İfaya yönelik alacağın devrinde, alacağını devreden kişi, alacağını devretmekte; alacağı devralan ise alacağı tahsil ettikten sonra, tahsil edilen tutardan kendi alacağını ayırıp bakıyesini alacağı devredene vermekle yükümlenmektedir²⁴⁷. İfa uğruna devir yapılan hallerde, alacağı devreden devralana karşı borcu, devir işleminin yapıldığı anda değil, devralanın alacağı fiilen tahsil ettiği anda sona erer²⁴⁸.

İster teminat olarak, ister tahsil edilmesi için ya da ifaya yönelik olarak devredilmiş olsun, devreden ile devralan arasındaki inanç anlaşmasına aykırı davranılması durumunda alacağı devralan kişi iç ilişkide tazminatla yükümlü olur²⁴⁹.

²⁴⁴ ENGİN, Garanti, s. 18.

²⁴⁵ ENGİN, Garanti, s.18.

²⁴⁶ ENGİN, Garanti, s. 18.

²⁴⁷ İfaya yönelik kazandırmada kazandırma konusunun paraya çevrilmesi, taraflarca en baştan ilk amaç olarak kararlaştırılır ve kendisine kazandırmada bulunulan taraf, ifaya yönelik yapılan kazandırmayı paraya çevirmekle yükümlü kılınır (UZUN KAZMACI, s. 100).

²⁴⁸ REİSOĞLU, s. 472.

²⁴⁹ LARDELLI, s. 9-10.

3.Alacağın Devrini Sağlayan Tasarruf İşlemi

Alacağın devri tek yanlı bir tasarruf değildir. Aksine bir tasarruf sözleşmesidir²⁵⁰. Alacağın devri bir sözleşme olması sebebiyle, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel kurallar bu sözleşme hakkında da uygulanacaktır²⁵¹. Bir borçlandırııcı işlem olan alacağın devri vaadinden farklı olarak, bir tasarruf işlemi olan alacağın devri alacağın hak sahipliği üzerine doğrudan etki etmektedir²⁵². Bundan dolayı alacağın devrinin geçerli olması için alacaklının hukuksal ehliyete sahip olması yeterli olmayıp, ayrıca devre konu alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmalıdır²⁵³.

Bir alacağı sadece alacaklı veya onun temsilcisi devredebilir. Herhangi bir sebeple tasarruf yetkisinden yoksun bırakılmış ya da daha önceden alacağını devretmiş olmasına rağmen tekrar devretmiş olan alacaklının yaptığı devir geçersizdir. Tasarruf yetkisinin bulunmaması nedeniyle geçersiz olan devir olsa olsa ilgili hak sahiplerinin icazeti ya da işlemin tekrar yapılması ile düzelebilir²⁵⁴²⁵⁵.

Kendi alacağı üzerinde tasarruf kısıtlaması bulunmayan alacaklının devir yapmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bir kişinin kendisine ait olmayan bir alacağı, ilgili alacağın hak sahibinin rızasını alarak devredip devredemeyeceğine ilişkin olarak olumlu görüş bildirilmiştir. Burada kastedilen alacaklı olmayan devreden temsil yetkisi kapsamında alacağı devretmesi değil, başkasına ait alacağı kendi adına devretme-

²⁵⁰ SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 1; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 533; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241, 248; LARDELLI, s. 8; KILIÇOĞLU, s. 787; DIETSCHKE, s. 338; UZUN KAZMACI, s. 75.

²⁵¹ BUCHER, OR AT, s. 548; ZK-SPIRIG, Vorbemerkungen zu Art. 164-174, N 21; LARDELLI, s. 9; SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 1.

²⁵² Tasarruf işlemlerinin tipik özelliği bir hakkın üzerine doğrudan etki etmesi, hakkın özünü etkilemesidir. Tasarruf işlemi ile bir hak devredilebileceği gibi, varlığı sona erdirilebilir, kayıtlanabilir ya da hakkın yapısında değişik gerçekleştirilebilir. Tasarruf işlemleri ve hukuksal sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 45 vd.

²⁵³ KILIÇOĞLU, s. 787.

²⁵⁴ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 17; BGE 41 II 37, 48.

²⁵⁵ Bir alacak üzerinde rehin veya intifa hakkı bulunması devre engel değildir. Çünkü devir ile birlikte bağlı ve yan haklar da intikal etmektedir (BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 18).

sidir. Burada hak sahibi üçüncü kişinin rızasının devreden tasarruf yetkisizliğini ortadan kaldırması sebebiyle bunun caiz olması gerektiği belirtilmektedir²⁵⁶. Gene temsil yetkisi olmadığı halde bir üçüncü kişi adına onun alacağını devreden kişiye sonradan temsil yetkisi vermesi alacağın devrini geçerli hale getirir²⁵⁷.

Alacağın devrini sağlayan tasarruf işlemi ile bu işlemin temelini teşkil eden sebebe bağlı borçlandırıcı işlem (pactum de cedendo) birbirinden ayırdedilmelidir. Gene alacağın devri alacağın satışı sözleşmesi ile karıştırılmamalıdır²⁵⁸²⁵⁹.

Taraflar arasındaki anlaşmanın alacağın devrini sonuçlayan bir tasarruf sözleşmesi mi yoksa sadece alacağın devri borcu yükleyen bir borçlandırıcı sözleşme mi olduğu hususu taraf iradelerinin –özellikle devreden iradesinin- yorumu neticesinde tespit edilebilir. Taraflar sözleşme ile alacağın diğer tarafa geçmesini arzulamış ise, alacağın devri tasarruf işlemi, aksi halde borçlandırıcı işlem söz konusudur²⁶⁰.

Ekseriya borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi eş zamanlı gerçekleşir (elden hukuksal işlem).

Alacağın devrini sağlayan tasarruf işleminin geçerliliği yazılı şekle tabi iken (TBK.m.184, f.1) , borçlandırıcı işlem prensip olarak herhangi bir şekle tabi değildir (TBK.m.184, f.2).

²⁵⁶ BK-BECKER, Art. 164, N.22.

²⁵⁷ BGE 41 II 390; BK-BECKER, Art. 164, N. 22.

²⁵⁸ ENGİN, Garanti, s. 19.

²⁵⁹ Alacağın satışı sözleşmesi tüm satış sözleşmelerinde olduğu gibi sadece borçlandırıcı bir işlemdir ve alacak hakkının satıcısına, satışa konu alacak hakkının alıcıya devredilmesi borcu yükler. Alacak satışı sözleşmesi sözleşmesi ile alacağı devretme borcunu üstlenen satıcı (borçlu) bir alacağın temlik sözleşmesi kurarak bu borcunu ifa eder (ENGİN, Garanti, s. 19). “Alacak satıcısı bu sözleşmeden doğan borcunu kural olarak sözleşmenin karşı tarafı (alıcı) ile kuracağı bir temlik sözleşmesi sayesinde ifa etmiş olur. Mesela alacak satıcısının, bu alacağın alıcısı ile kuracağı alacağın temlik sözleşmesi gibi. Bununla birlikte alacağın temlik tasarruf işlemi ile buna sebep olan borçlandırıcı işlemin (mesela satış sözleşmesinin) taraflarının aynı olması şart değildir. Üçüncü bir kişi lehine bir alacak satışı sözleşmesi kurulması halinde, satıcı bu sözleşmeden doğan borcunu bu sözleşmede belirtilen üçüncü kişi ile kuracağı bir temlik sözleşmesi sayesinde ifa edecektir” (ENGİN, Garanti, s. 19, dn. 40).

²⁶⁰ VON TUHR/ESCHER, , s. 337, dn. 62a; ENGİN, Garanti, s. 19.

Alacağın devrinin tasarruf işlemi olması, devreden kişinin alacak üzerinde tasarruf etme hakkı bulunması gerekmesi nedeniyle üçüncü kişideki alacağı haczedilmiş ve bu suretle tasarruf yetkisi ortadan kalkmış olan kişinin yaptığı devir işlemi sadece borçlandırıcı işlem olarak algılanabilecektir. İcra takibi kapsamında gerçekleşen haciz işlemi ile alacaklının alacak üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlandığı için artık bir alacağın devrinden bahsedilmesi mümkün değildir. Olsa olsa sözleşmenin tarafları arasında geçerli olan bir alacağı devir vaadi olarak değerlendirilebilecek bir borçlandırıcı işlemde bahsedilebilir.

VII.ALACAĞIN DEVRİ İŞLEMİNE İLİŞKİN SÖZLEŞME

1.Sözleşmenin Tarafları

Alacağın devrinin gerçekleşebilmesi için alacağın devrini konu alan geçerli bir sözleşme yapılması, devredilen alacağın mevcut olması ve bir devir engeli bulunmaması gerekir.

Alacağın devri sözleşmesi, sözleşme olması itibarıyla sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tabidir. Sözleşme tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile kurulur²⁶¹.

a.Devreden

TBK.m.183, f.1 hükmüne göre, kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Alacağı devredecek olan devre konu alacak üzerinde hak sahibi olan kişi, yani alacaklıdır²⁶².

²⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 538.

²⁶² Alacaklının alacağın devri sözleşmesini bizzat yapması zorunlu değildir. Genel hükümler çerçevesinde temsilci vasıtasıyla alacağını devredebilir. Alacağın temsilci vasıtasıyla devredilmesi halinde alacağı devreden kişinin “alacaklı” kişi olması gerçeğini değiştirmez.

aa.Fiil Ehliyeti

Alacağın devri sözleşmesi kurulabilmesi için alacağı devreden kişinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir²⁶³.

Alacağın devrinde fiil ehliyeti hem borçlandırıcı işlem yapıldığı anda, hem de tasarruf işleminin gerçekleştirildiği anda aranır.

Alacağın devrinde borçlandırıcı işlem yapıldığında fiil ehliyetinin bulunmaması, tasarruf işleminin yapıldığı anda ise fiil ehliyetinin varlığı durumunda tasarruf işleminin geçerli olup olmadığı alacağın devrinin soyut mu yoksa nedensel mi olduğu tartışmasında benimsenecek görüşe göre değişecektir.

Alacağın devri tasarruf işleminin nedensel olduğunun kabulü halinde, borçlandırıcı işlem geçersiz olduğundan tasarruf işlemi de geçersiz sayılacaktır.

Soyutluk ilkesinin benimsenmesi durumunda borçlandırıcı işlemin geçersizliği alacağın devrine ilişkin tasarruf işleminin geçerli olmasını etkilemeyecektir.

İleride doğacak bir alacak devredilmiş ise, devreden devirden sonra ve fakat alacağın doğumundan önce fiil ehliyetini yitirmesi tasarruf işlemine etki etmeyecek, alacak devralanın malvarlığında doğacaktır²⁶⁴.

bb.Tasarruf Yetkisi

Alacağın devri sözleşmesi kapsamında devrin gerçekleşmesi için alacağı devreden fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir birlikte, bu tek başına yeterli değildir. Alacağı devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisi de bulunmalıdır²⁶⁵.

Alacağın devri ile devreden malvarlığında azalma, devralanın malvarlığında ise artma gerçekleşir. Alacağın devrinin bu sonucu doğurabilmesi için devredilen alacak ile alacağı devreden arasında bir bağlantı bulunmalıdır. Fiil ehliyeti kişinin kendisinde bulunan dâhili (içsel) bir

²⁶³ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 20.

²⁶⁴ VON TUHR/ESCHER, s. 349; BUCHER, OR AT, s. 546.

²⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 538; UZUN KAZMACI, s. 94.

niteliklidir; tasarruf ehliyeti ise devreden ile devredilen şey veya hak arasında olması gereken harici (dışsal) bir niteliklidir²⁶⁶.

Kural olarak bir alacak üzerinde hak sahibi olan kişi bunun üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Alacaklının bu tasarruf yetkisi ya kanun ya da sözleşme²⁶⁷²⁶⁸ ile sınırlanabilir. Herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığı sürece alacaklı, alacağı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir.

Tasarruf işlemlerinin tipik özelliği bir hakkın üzerine doğrudan etki etmesi, hakkın özünü etkilemesidir. Tasarruf işlemi ile bir hak devredilebileceği gibi, varlığı sona erdirilebilir, kayıtlanabilir ya da hakkın yapı-
sında değişik gerçekleştirilebilir²⁶⁹.

Tasarruf yetkisi bulunmaması nedeniyle geçersiz olan alacağın devrine yönelik tasarruf işleminin daha sonra alacaklının tasarruf yetkisini yeniden kazanması halinde kendiliğinden geçerli hale geleceği (sağalma) kabul edilmektedir²⁷⁰.

BGB § 185 tasarruf yetkisi bulunmayan kişi tarafından gerçekleştirilen tasarruf işlemini açıkça düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre, yetkisi olmayan bir kişi tarafından tasarruf edilen şeye ilişkin tasarruf işlemi, hak sahibi olan kişinin rızasıyla geçerli olarak gerçekleşir [BGB § 185 (1)]. Hak sahibi olan kişi onay verdiği takdirde ya da tasarrufta bulunan kişi o şeyi iktisap ederse ya da miras yolu ile kendisine intikal ederse ve

²⁶⁶ DAYINLARLI, s. 69.

²⁶⁷ Alacaklının alacağını devredemeyeceği ya da alacağın devrinin borçlunun muvafakatiyle olabileceğine dair sözleşmeye hüküm konması durumunda, alacaklı alacağını borçlunun rızası olmaksızın devredemeyecektir. Burada alacaklının alacak üzerindeki tasarruf yetkisini sözleşme ile kısıtlanması söz konusudur.

²⁶⁸ Yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye düşen bağımsız bölümlerin başkasına devri için eserin kaba inşaatının bitirilmesi veya iskanının alınması şartıyla devredilebileceğinin kararlaştırıldığı durumda, bu yükümlülükler yüklenici tarafından yerine getirilinceye kadar yükleniciye düşecek olan bağımsız bölümlerin ve hakların devrine sınırlama getirilmiştir. Böyle bir sınırlamanın yüklenicinin eserdeki noksan kısımları gidermesi gibi bir şarta da bağlanması mümkündür. Bu halde bu noksanlıklar yerine getirilmediği ya da bu noksanlıkların bedeli ödenmediği sürece devir mümkün değildir (DAYINLARLI, s. 69-70; Yarg. 15. HD. 17.01.1994 T., 1993/6224 E.-1994/58 K. s.lı ilamı, YKD, c. 21, S. 4, Nisan 1995, s. 611).

²⁶⁹ Tasarruf işlemleri ve hukuksal sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 45 vd.; KILIÇOĞLU, s. 787.

²⁷⁰ VON TUHR/ESCHER, § 93 II, s. 331; ZK-SPIRIG, Art. 164, N. 67; EREN, s. 1228.

bu kişi tereke borçlarından sınırsız olarak sorumlu ise tasarruf geçerli hale gelir. Son iki halde tasarruf edilen şey üzerinde bir biriyle uyumlu olmayan birden fazla tasarrufta bulunulmuşsa, sadece daha önceki işlem geçerli hale gelir [BGB § 185 (2)].

Türk-İsviçre hukukunda Alman Hukukunda olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak buna rağmen aynı sonucun kabulünün mümkün görüldüğü öğretilde ifade edilmektedir²⁷¹. Gene böylesi bir görüşün kabulünün hukuken açıklanamayacağı, sadece bazı yetkisiz devirlerde geçersizliği ileri sürmenin dürüstlük kuralına ters düşeceği yönünde aksi görüş de savunulmaktadır²⁷².

Kanaatimce, tasarruf işlemi yapılırken eksik olan tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması halinde işlem kendiliğinden geçerli hale gelmeyecektir. Alacağın devredilmesi arzu ediliyorsa işlemin tekrar gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak öğretilde de belirtildiği üzere devrin geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı, hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde bu yönde savunmaya itibar edilmemek gerekir.

b.Devralan

Alacağın devri sözleşmesi bir sözleşme olması sebebiyle iki taraflı bir hukuki işlemdir. Alacağı devreden alacaklı ile, devir ile alacaklı hala gelecek olan devralan bu sözleşmenin taraflarıdır. Devir sözleşmesi ile alacaklısı değişecek olan, devredilen alacağın borçlusu bu sözleşmeye taraf olmayıp, devreden-devralan ilişkisine yabancısıdır.

Alacağı devredende olduğu gibi, alacağı devralanın da fiile ehliyeti bulunmalıdır. Ancak alacağın devrinin bir edim karşılığı olup olmamasına göre, alacağı devralanın fiil ehliyeti özellik arzeder.

Alacağın devri bir edim karşılığı gerçekleşiyor ise, bu halde alacağı devralan da tam ehliyetli olmalıdır.

Alacağın devri bir edim karşılığı gerçekleşmiyor ise, bu halde alacağı devralanın tam ehliyetli olması şart değildir. TMK.m.16 hükmüne göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Ancak karşılıksız

²⁷¹ VON TUHR/ESCHER, s. 331; ZK-SPIRIG, Art. 164, N. 67; EREN, s.1228.

²⁷² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 538, dn. 32.

kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda bu rıza gerekli değildir. Alacağın bir edim karşılığı olmaksızın devrinde karşılıksız kazanma söz konusu olduğundan alacağı devralan yasal temsilcisinin onayı olmaksızın geçerli şekilde alacağın devri sözleşmesi kurabilir. Ancak TBK.m.287 hükmü çerçevesinde²⁷³ yasal temsilci bir edim karşılığı olmayan devir sözleşmesini engelleyebilir.

2.Sözleşmenin Geçerlilik Koşulu Yazılı Şekil

TBK.m.184, f. 1 hükmüne göre, alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Yasakoyucu alacağın devrinin yazılı şekilde yapılmasını geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir. Yazılı bir alacağın devri sözleşmesi kurulmamış olan durumlarda geçerli bir alacak devrinden bahsetmek mümkün değildir. Yazılı şekil kuralına uyulmaksızın akdedilen alacağın devri sözleşmesi batıldır²⁷⁴. Yazılı şekle uyulmamış ise, devreden devrin yapıldığını ikrar ya da kabul etmesinin hukuki bir değeri olmadığı belirtilmektedir²⁷⁵. Alacağın devrinin yazılı şekle tabi tutulması, TBK.m.12’de yer alan sözleşmelerdeki şekil serbestisinin kanundan doğan istisnalarından biridir²⁷⁶. Alacağı doğuran hukuksal ilişki sözlü olarak kurulabilse dahi, yazılı olarak devredilmedikçe alacağın devri geçersiz olacaktır²⁷⁷.

²⁷³“Fiil ehliyeti bulunmayan kişi ayırt etme gücüne sahipse, bağışlamayı kabul edebilir. Ancak, bağışlananın yasal temsilcisi bu kişinin bağışlamayı kabulünü yasaklar veya bağışlanan şeyin geri verilmesini emrederse, bağışlama ortadan kalkar” (TBK.m.287).

²⁷⁴ “818 sayılı BK’nun 162 (6098 sayılı TBK’nun 183) maddesinde göre alacağın temlikinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmış olması gerekir. Yazılı şekil geçerlilik şartı olduğundan davacının virman suretiyle yaptığı ödemenin alacağın temlik olarak kabulü mümkün değildir. Davacı bu durumda virman suretiyle yaptığı ödemeyi davalı şirketten sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir” (Yarg. 19. HD., 05.07.2012 T., 2012/921 E.-2012/11202 K. s.1ı ilamı).

²⁷⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 242. “Tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmadığı BK. 163. maddesi hükümlerinden bulunmasına göre temlikin davacı vekili tarafından ikrar ve kabulü, muteber olmayan temlikin sıhate inkılabını istilzam etmez”, Yarg. 4. HD., 21.12.1950 T., 1950/8820 E.-1950/5932 K. sayılı ilamı (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 242, dn.3’ten naklen).

²⁷⁶ KILIÇOĞLU, s. 792.

²⁷⁷ ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 5.

TBK.m.184, f.1 alacağın devrinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlemekle birlikte, yazılı şeklin türü hakkında herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle alacağın devri sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir^{278,279}. Alacağın devrinde borcun kaynağına bakılmadığından, devredilen alacak daha ağır şekil şartına tabi olsa da, alacağın devrinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir²⁸⁰. TBK.m.239, f. 2'deki alım ve geri alım hakkından doğan alacakların bir başkasına devrinin geçerliliğini hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmasına bağlayan düzenleme BK.m.184'teki adi yazılı şeklin istisnası olarak görülmektedir²⁸¹.

Alacağın devrinin geçerli olması için devir beyanının el yazısı ile yazılması zorunlu olmayıp, başkaca teknik vasıtalarla da yazılması mümkündür²⁸². Devir beyanı bir yazı makinesi ile ya da üçüncü kişinin el yazısı ile de olabilir. Yeter ki devreden devir beyanını imzalamış veya kanunen caiz görülen hallerde imza yerine geçmek üzere mühür veya parmak işareti kullanmış olsun²⁸³.

²⁷⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N.3613. "Bir kısım senetlerde tanzim tarihi bulunmadığından adi senet sayılacağı yolundaki mahkeme tavsifi doğrudur. Ancak, davacıya teslim edilen senetlerin arka yüzü senet alacaklısı tarafından (İş Bankası emrine tediye ediniz. Bedeli Teminattır) şerhi konarak imza edilmiş bulunması karşısında, alacağın temliki için BK.'nun 163. maddesinde aranan tahriri şekil şartı ve MK'nun 869. maddesinde rehin tesisi için aranan teslim ve senede raptedilen alacakların rehin edilmesi tahriren olur hükümleri yerine getirilmiş olmakla, alacağın temliki ve senetli alacakların rehni şartları davacı yararına gerçekleştiğinden tüm davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu sebeplere dayalı alacak hakkında istemin reddi ile davanın kısmen kabul ve kısmen reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir" (Yarg. 11. HH., 10.11.1989 T., 1989/7729 E.-1989/6164 K.-UYGUR, C. IV, s. 4423).

²⁷⁹ Yazılı şekil yapılış tarzına göre, adi yazılı şekil, nitelikli (mevsuf) yazılı şekil (el yazısı vasiyetnamelerde olduğu gibi) ve resmi yazılı şekil (noterlikte yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi veya tapu kütüğünde tapu sicil memuru huzurunda taşınmaz satışının yapılması gibi) olmak üzere üçe ayrılır. Yazılı şekle ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. EREN, s. 268 vd.

²⁸⁰ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 9.

²⁸¹ KILIÇOĞLU, s. 792. TBK.m.239, f. 2 hükmünün yollamada bulunduğu TBK.m.237, f. 2 hükmüne göre, taşınmazlarla ilgili geri alım ve alım sözleşmelerinin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Buna karşın TBK.m.237, f. 3 önalım hakkına ilişkin olarak adi yazılı şekli yeterli gördüğünden önalım alacağının devrinin TBK.m.184 ile uyumlu olduğu söylenebilecektir (KILIÇOĞLU, s. 792).

²⁸² DAYINLARLI, s. 74.

²⁸³ TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 243; UZUN KAZMACI, s. 126.

Yazılı şekle ilişkin genel esasları düzenleyen TBK.m.13-16 hükümleri burada da uygulanır. Sözleşmenin taraflardan birinin veya bir üçüncü kişinin el yazısıyla ya da bir alet tarafından yazılmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır²⁸⁴. Alacağın devrine ilişkin sözleşmenin neyin üzerine yazıldığı da önemsizdir. Ancak herhalde alacağı devreden tarafından imzalanmış olması gerekir²⁸⁵.

Alacak imzalı bir mektup veya aslı devreden tarafından imzalanmış bir telgraf (TBK.m.14, f. 2) veya alacak senedi üzerine verilecek şerh ile de devredilebilir²⁸⁶.

Alacağın devrinin geçerli sayılması için adi yazılı şekil yeterli olmakla birlikte, taraflar dilerlerse anlaşmak suretiyle daha ağır bir şekil şartı getirebilirler²⁸⁷. Ancak yasal şekil şartının tarafların aralarında anlaşması yoluyla hafifletilmesi mümkün değildir²⁸⁸. Bu anlamda tarafların sözlü olarak yapılan devrin geçerli olacağı şeklindeki anlaşmanın bir kıymeti bulunmamaktadır. Ancak tarafların aralarında anlaşarak örneğin devrin geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamaları mümkündür²⁸⁹.

Yasakoyucunun alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği bakımından yazılı olma şartı aramasının işlem güvenliği ve borçlunun korunması amacına yönelik olduğu söylenebilir²⁹⁰. Şöyle ki, devredilen alacağın borçlusu borcunu kime ifa edeceğini bilmelidir ki, doğru kişiye ödeme yaparak borcundan kurtulmuş olsun²⁹¹. Gene borçlu devralanın kim oldu-

²⁸⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 243.

²⁸⁵ VON TUHR/ESCHER, s. 335; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 539; UZUN KAZMACI, s. 126.

²⁸⁶ REİSOĞLU, s. 466.

²⁸⁷ Örneğin alacağın devrinin geçerliliği taraflarca resmi şekilde yapılmış olması şartına bağlanabilir.

²⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 539.

²⁸⁹ UZUN KAZMACI, s. 127.

²⁹⁰ SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 5; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 1; EREN, s. 1233; BGE 82 II 48, 52 E. 2; ZK-SPIRIG, Art. 164, N. 4.

²⁹¹ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 1; BGE 105 II 83, 84 E. 2. “Borçlu, temlik edilen alacağı ödeyecek olan kişidir. Borcunu ödeme esnasında temellük edenin kim olduğunu, borcun miktarını kesin olarak bilmelidir” (DAYINLARLI, s. 76). Aynı yönde bkz. BGE 105 II 84 E 2; BK-BECKER, Art. 165, N. 2.

ğu ve devretme iradesi borçlu açısından görülebilir olmalıdır²⁹². Alacağın devrinin geçerliliği için sözlü şekil yeterli görülmüş olsa idi, ispat sorunları yaşanırdı. Kendisine yazılı devir beyanı ile gelen yeni alacaklıya ödeme yapan borçlu kendisini güvende hissedecektir. Yani şekil şartının daha ziyade üçüncü kişileri devirden haberdar etme amacına yönelik olduğu söylenebilecektir²⁹³.

Gene alacağın devrinin yazılı geçerlilik şartına tabi tutulmasının amacının, sözleşmelerin geçerlilik şekline tabi tutulmasındaki amaçlarla aynı olduğu, yasakoyucunun geçerlilik şekline, özellikle devreden alacaklıyı düşünmeye ve dikkate sevk etme, gelişigüzel karar vermesini önleme amacıyla yer verdiği ifade edilmektedir²⁹⁴. Buna karşın kanunun yazılı şekil şartını tarafları acele davranıştan korumak amacıyla değil, aksine alacak üzerinde kimin hak sahibi olduğu hususunda açıklık sağlamak için aradığı ifade da savunulmaktadır²⁹⁵.

Son olarak alacağın devrinin yazılı şekle bağlanmış olmasının devreden alacaklısının korunmasına da hizmet edeceği ifade edilmektedir. Şöyle ki, bir alacağın belirli bir zaman diliminde devreden malvarlığında mı yoksa bir üçüncü kişinin malvarlığında mı olduğu devir belgesinden tespit edilebilir²⁹⁶.

Geriye devir işlemi de tasarruf işlemi olduğundan yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz²⁹⁷.

Alacağın devri sözleşmesinde kural olarak her iki tarafın da imzaları bulunmalıdır. Ancak alacağı devralanın imzası bulunmasa dahi, sözleşme

²⁹² BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 1.

²⁹³ UZUN KAZMACI, s. 126; ARAL, Topyekün Temlik, s. 103; AYBAY, s. 188.

²⁹⁴ KILIÇOĞLU, s. 792. Ancak aceleci karar vermenin önüne geçme amacının Yasakoyucu tarafından geçerlilik şekli getirilmiş olmasının kefaletteki gibi doğrudan amaçlarından olmadığı ifade edilmektedir (BK-BECKER, Art. 165, N. 2; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 1; BGE 82 II 48, 52 E. 1).

²⁹⁵ VON TUHR/ESCHER, s. 335; BK-BECKER, Art. 165, N. 2. Yasakoyucu beyaza imza şeklinde devri caiz gördüğü için bu sonuca varılmaktadır (SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 6; ZK-SPIRIG, Art. 164, N. 84; BGE 82 II 48 E. 1; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 1).

²⁹⁶ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 1; BGE 122 III 361, 367 E. 4c; BGE 88 II 18, 24 E. 5.

²⁹⁷ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 11.

geçerli olarak kurulmuş olur²⁹⁸. Burada alacak hakkını devreden imzasının bulunması zorunlu ve yeterlidir^{299 300}. Kural olarak alacağı devralanın irade beyanının yazılı şekilde olması şart değildir³⁰¹. Devir sebebinin sözleşme metninde gösterildiği edim karşılığı devir söz konusu ise, bu halde alacağı devralanın da imzasının gerekli olduğu ifade edilmektedir³⁰².

Yazılı şekil şartı hukuksal işlemin (devir beyanının) tüm esaslı noktalarını kapsar³⁰³. Alacağı devreden ve devralanın³⁰⁴, borçlunun kimler olduğu, özellikle devredilen alacak³⁰⁵ ve tarafların devir iradesi sözleşme metninden anlaşılabilir³⁰⁶. Aksi halde belirtilen koşulları taşımayan alacağın devri sözleşmesi hükümsüz sayılacaktır³⁰⁷.

²⁹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3613; BK-BECKER, Art. 165, N. 4.

²⁹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 243; BK-BECKER, Art. 165, N. 3; ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 41-43; SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 2; EMCH/RENTZ/ARPAGAU, N. 994; EREN, s.1233; REİSOĞLU, s. 465; KILIÇOĞLU, s. 792. TBK.m.14 hükmüne göre, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Devir sözleşmesinde devreden alacağı devir borcu altına girdiğinden onun imzası mutlak surette aranacaktır.

³⁰⁰ İmzanın ne suretle atılacağı hususunda Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümleri uygulanacaktır (TBK.m.15-16). Teknolojideki gelişmeler ışığında TBK.m.15 ile güvenli elektronik imza Türk Borçlar Kanununa dahil edilmiştir.

³⁰¹ EREN, s. 1233.

³⁰² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 539.

³⁰³ SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 2; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 359; EREN, s. 1233; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3613; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 2; BK-BECKER, Art. 165, N. 2.

³⁰⁴ BGE 82 II 48 E 1. Federal Mahkemeye göre devralanın kim olduğu devir belgesinden anlaşılmalı ya da belirlenebilir olmalıdır.

³⁰⁵ BGE 105 II 84.

³⁰⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 243; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 539; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 359.

³⁰⁷ İsviçre Federal Mahkemesi faturalarda ödemenin ancak belli bir kişiye yapılacağını veya yapılabileceğinin belirtilmiş olmasını devir için yeterli saymamış ve faturalardaki bu kayıtları sadece devrin borçluya bildirimi olarak görmüştür. Davaya konu olayda bu faturalar dışında alacağın devredildiğini ispatlayacak başka bir senet de olmadığından, devrin varlığı iddiası Federal Mahkeme tarafından reddedilmiştir (BGE 82 II 51c).

Müteselsil bir borç tüm borçluları kapsayacak şekilde devredilmeyecek ise hangi borçlu ya da borçlulara karşı devredildiği sözleşmede belirtilmelidir³⁰⁸.

Alacağın mutlak surette rakam olarak ifade edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Alacağın belirlenebilir olması yeterlidir. Ancak kısmi devir söz konusu ise devredilen kısmın net biçimde ifade edilmesi zorunludur³⁰⁹.

Yazılı sözleşmede mutlaka “devir” veya “temlik” gibi ibarelerin bulunması gerekmemektedir. Sadece devreden devir iradesinin yazılı belgeden anlaşılabilmesi gerekli ve yeterlidir³¹⁰.

Alacağı devreden sadece imzalayıp devredilenin adı sonradan yazılmak üzere bir devir senedi düzenleyebileceği de kabul edilmektedir. Beyaza devir denilen bu durumda beyaza imza hususunda benimsenen esaslar³¹¹ uygulanacaktır³¹².

Alacağın devrinde yazılı şekil tasarruf işlemine yönelik sözleşmeye ilişkin olarak aranır³¹³. Alacağın devri sözü verme (vaadi) hiç bir şekilde şekle tabi değildir. TBK.m.184, f. 2 “alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir” demek suretiyle bu esası vurgulamaktadır³¹⁴³¹⁵. Bu hük-

³⁰⁸ ZK-SPIRIG, Art. 165 OR, N. 30.

³⁰⁹ ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 27.

³¹⁰ BGE 90 II E 7; BGE 88 II 18, 21 E. 1; BGE 131 III 217, 219 E. 3; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 2; ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 24.

³¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 157.

³¹² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 539; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3744.

³¹³ SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 165, N. 1; ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 15; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 11.

³¹⁴ Kanunun “devir sözü verme” ibaresini kullanmış olması eleştirilmektedir. Burada bir devir vaadi veya devir sözü verme değil, devir (geçirme=devretme) taahhüdü olduğu ifade edilmektedir (EREN, s. 1233).

³¹⁵ “Davacılar, davalılar Aykut ve Nazım ile kurdukları şirkete kendi ortaklıklarının bulunduğu başka bir şirketten getirecekleri müşteri kitlesine karşılık olarak anılan davalılar tarafından ortak oldukları E... Uluslararası Denetim...A.Ş.’nin hisselerinin % 50’sinin kendilerine devir edileceği yönünde taahhütte bulunulduğunu, ancak bu konuda yazılı bir delillerinin olmadığını, bu nedenle davalılara yemin teklifinde bulunduklarını belirtmişlerdir.

Davaya konu edilen şirket hisseleri nama yazılı olup, devir işlemleri alacağın temliki hükümlerine tabidir. Borçlar Kanunu’nun 163 ncü maddesinde tahriri şekilde yapılmış

mün yorumundan borçlandırııcı işlemin herhangi bir şekle tabi olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Alacağın devri için yazılı şekil geçerlilik şekli olmakla birlikte, - alacak rehninden farklı olarak- yazılı devir belgesinin devralana teslim edilip edilmediği devrin geçerliliği açısından önemsizdir³¹⁶. Devrin geçerli sayılması için yazılı devir beyanının varlığı gerekli ve yeterlidir³¹⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın devredildiğine dair irade beyanı varması gerekli bir irade beyanı olup, devralana bildirilmediği sürece iptal edilebilir³¹⁸.

Alacağın devrine ilişkin belgeye tarih konulup konulmadığı devrin geçerliliği bakımından önemli değildir³¹⁹. Tarih içermeyen devir işlemi geçerli olmakla birlikte, birden fazla devir söz konusu olduğunda hangi devir işleminin daha önce yapıldığı konusunda ispat sorunu yaşanabilecektir.

olmadıkça alacağın temlikinin muteber olmayacağı, bir alacağın temlikini vaat etmenin ise hususi şekle tabi bulunmadığı düzenlenmiştir. Davada, davalıların hisse devrini taahhüt ettikleri iddiasına dayanılmıştır. Anılan 163 ncü maddesinin açık hükmü uyarınca alacağın temliki vaadi hususi bir şekle bağlı olmadığından sözlü olarak yapılması da mümkündür. Bu durumda hisse devrine ilişkin taahhütte bulunulduğunu ileri süren davacı tarafın bu iddiasının ispatı için yemin deliline dayanmasında yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Davacıların iddiasının hisse devir taahhüdüne ilişkin olduğu gözetilerek davacıların yemin tekliflerinin kabulü ile davalılara yemin teklifinde bulunulması gerekirken, yazılı şekilde davacıların davasını ispat edemediği, iddialarının kabul edilemez olduğu, ticari hayata aykırı olduğu şeklindeki hukuki olmayan gerekçelere dayanılması yerinde olmadığı gibi davada alacağın temliki değil de temlikin vaadi söz konusu olup, vaadin geçerliliğinin de yazılılık koşuluna bağlı olmaması nedeniyle vaadin ispatı hususunda yemin deliline dayanılması yasal bir istem olduğundan mahkemece davacıların yemin teklifi isteminin kabulü ile sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yemin teklifi isteminin de reddine karar verilerek yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenlerle bozulması gerekmektedir” (Yarg. 11. HD. 11.02.2011 T., 2009/9736 E.-2011/2560 K. s.1ı ilamı).

³¹⁶ TMK.m.954, f. 1 hükmüne göre, “Senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekir”.

³¹⁷ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 3.

³¹⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 5; BK-BECKER, Art. 165, N.2.

³¹⁹ VON TUHR/ESCHER, s. 335; VON BUEREN, OR AT, s. 319; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 5; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 165, N. 5; ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 39.

Devir belgesinde tarih bulunması devrin belirtilen tarihte yapıldığına ilişkin emare teşkil eder. Ancak devir belgesindeki tarihin gerçek durumu yansıtmadığının ispatlanması mümkündür³²⁰. Devir belgesinin noterlikçe tanzim edilmiş olması halinde bunun sahteliği ispatlanmadığı sürece içeriğinin kesin doğru olduğu varsayılır³²¹.

İsviçre Federal Mahkemesine göre, alacağın devrinin sözlü olarak kararlaştırılmış olması halinde, daha sonradan yazılı olarak borçluya devir bildirimini yapılması devrin geçerliliğini sakatlayan eksikliği gidermeyecektir³²². İsviçre Federal Mahkemesi devrin daha sonra tanınmasının dahi şekil eksikliğini gideremeceyeği görüşündedir³²³. Şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan devir işlemi için daha sonra devir belgesi düzenlenmesi halinde, devir işlemi düzelir. Ancak devir yazılı devir belgesinin oluşturulduğu an itibariyle hüküm ifade eder³²⁴.

Tarafların alacağın devrini sağlamaya yönelik sözleşmeyi yazılı yapmamaları durumunda, geçersiz sayılan bu sözleşmenin dönüştürme (tahvil, conversion) yoluyla alacağın devri sözü verme olarak kabulü mümkün sayılmak gerekir³²⁵³²⁶.

³²⁰ ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 39; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 165, N. 5; BK-BECKER, Art. 165 OR, N. 3.

³²¹ HMK.m.204 hükmüne göre, ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar (m.204, f. 1). İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar (m.204, f. 2). Mahkeme, bu belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili dairenden açıklama isteyebilir (m.204, f. 3).

³²² BGE 56 II 59. Aynı yönde bkz. SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 1; BK-BECKER, Art. 165 OR, N. 4; ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 46.

³²³ BGE 105 II 84/85. İsviçre Federal Mahkemesi kararının tam metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2105083.html>.

³²⁴ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 165, N. 4; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 8. Devralanın sözlü devir beyanının geçersiz olduğunu bilip bilmediğinin bir önemi bulunmamaktadır (N. 8).

³²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 537. UZUN KAZMACI, s. 126; KANETİ, s. 231. Bir tasarruf işleminin borçlandırıcı işleme dönüştürülerek buna göre sonuç doğurmasının mümkün olamayacağı, bu sebeple geçersiz bir alacağın devri işleminin devir sözü verme olarak yorumlanamayacağı yolundaki aksi görüş için bkz. EREN, s. 1233; VON TUHR/ESCHER, s. 306, Not. 57. Aksi görüşe göre, şekil koşuluna uymayan bir devrin tahvil yoluyla devralana verilmiş bir tahsil yetkisi sayılması mümkündür. Yazara göre, yazılı şekilde yapılmamış devir devir vaadi sayılmaz. Çünkü devreden devirle belirli bir alacağı üçüncü kişiye devretmeyi

Yazılı şekil hukuksal güvenliğe hizmet eder. Üçüncü kişiler, özellikle devir borçlusu, devredenin veya devralanın alacaklıları, ihtilaf halinde mahkeme alacakla kimlerin ilişkili olduğunu net biçimde tespit edebilmelidirler³²⁷.

Yazılı şekilde yapılmayan devir sözleşmesi geçersizdir. Devrin geçersizliği hakim tarafından resen dikkate alınabilir ve alınmalıdır. Yazılı şekle uyulmaması nedeniyle devrin geçersizliğine dayanmanın hakkın kötüye kullanılması olarak görülebileceği hallerde şekil şartına uyulmadığı savunmasına itibar etmemek gerekir. İhmali davranış suretiyle değil de, kasten şekle aykırı olarak devir yapan kişinin şekil kuralına uyulmaması nedeniyle geçersiz olduğu savunmasını ileri süremeyeceği İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir³²⁸.

3.Alacağın Devri Sözleşmesinin Konusu

Alacağın devri sözleşmesi ile devredilen alacak hakkıdır. Bir sözleşme ilişkisinden bir çok farklı alacak doğabilir. Bir bütün olan sözleşme

üstlenmemekte, tam aksine böyle bir alacağı doğrudan doğruya bir başka kişiye geçirmekte, devretmektedir (EREN, s. 1233; VON TUHR/ESCHER, s. 306, Not. 57). ZK-OSER/SCHOENENBERGER, devreden doğrudan alacağı devretmek istemiş olduğu halde, bunun kendiliğinden alacağın devri sözü verme olarak tahvil edilemeyeceği görüşündedir (ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 165, N. 7).

³²⁶ “Örneğin 1.000 TL’lik bir alacağın satımında, satıcının bu miktardaki çeşitli alacakları arasında hangisinin satım konusu olduğu belirtilmemiş, bunun seçimi satıcıya bırakılmışsa bu sözleşmenin yerine getirilmesi için satıcı alıcıya bireysel bir alacağını yazılı şekle uymadan temlik etmişse, bu işlemi bireysel alacağın temlikine vaadine çevirmek, her iki tarafı varsayılan iradesine uyar. Temlik edilmek istenen alacak alıcı için yararlıysa (örneğin, borçlusunun ödeme gücü varsa, ya da alacak teminata bağlanmışsa), bu işlemin salt tahsil için verilen temsil yetkisine çevrilmesi alıcıyı tatmin etmez. Çünkü bu yetki her zaman geri alınabilir. Buna karşılık işlemin, temlik edilmek istenen alacağın temlikine vaadine çevrilmesi, bağlayıcı sonuç doğurduğundan, alıcı bu bireysel alacağın kendisine temlikini talep ve dava edebilecektir. Bu sonuç, kendi davranışıyla satım konusu alacağı bireyselleştiren satıcının varsayılan iradesine de uygun düşer (HAVUTÇU, s. 677).

³²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3613; BGE 82 II 52 .

³²⁸ BGE 88 II 249. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında şekil eksikliğine dayanan iflas masasına karşı hakkın kötüye kullanılması savunmasında bulunulamayacağını içtihat etmiştir (BGE 88 II 24: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2088018.html>; BGE 43 II 24: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2043015.pdf>).

ilişkisi kapsamında yer alan bütünün parçasını oluşturan alacak ve/veya alacaklar devir sözleşmesinin konusunu oluşturur³²⁹.

Devredilecek olan alacağın doğumuna ilişkin borç kaynağı önemli değildir. Devredilecek olan alacak hukuksal işlemlerden doğabileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görmeden de kaynaklanabilir³³⁰. Gene aile, eşya, miras hukukundan kaynaklanan alacaklar da devredilebilir³³¹.

Devre konu alacağın çekişmeli olması da onun devir sözleşmesine konu edilmesine engel oluşturmaz³³². Alacak çekişmeli dahi olsa devir sözleşmesi geçerli olarak kurulmuş olur.

Alacak bölünebilir olmak kaydıyla kısmen de devre konu edilebilir. Bu halde alacağın tamamının devredilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır³³³. Alacağın devrinin şekline ilişkin kısımda da belirtildiği üzere, kısmen devir halinde devre konu edilen kısım net olarak sözleşmede ifade edilmelidir.

Alacağın devri işlemi ile devralan devredenin yerine geçtiğinden, bir hak üzerinde müteselsilen alacaklı bulunan kişi alacağını diğer müteselsil alacaklıların rızasını almaksızın devredebilir. Müteselsil alacağı devralan kişi, alacağı devredenin yerine geçerek diğer alacaklılarla birlikte alacak

³²⁹ Alacağın devri bu yönüyle sözleşmenin devrinden farklıdır. Sözleşmenin devrinde sözleşme ilişkisi bir bütün olarak devredilmekte, sözleşmeyi devralan kişi sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. Oysa alacağın devrinde sözleşmenin taraflarında herhangi bir değişiklik meydana gelmemekte, sözleşmeye dahil unsurlardan sadece biri olan devre konu edilen bir alacağın alacaklısı değişmektedir.

³³⁰ EREN, s. 1235. “(...)Tapulu bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu yükleyen sözleşmenin MK. nun 706 ve BK’ nun 213. maddeleri gereğince resmi şekilde yapılması gerekmektedir. Taşınmaz satışının öngörülen bu resmi şekle uygun yapılmaması halinde sözleşme geçersiz olup, taraflar birbirlerine verdikleri şeyleri Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince geri isteyebilirler. Ayrıca, geçersiz sözleşme gereğince ödenen ve iade edilmesi istenilebilecek olan bir alacağın temliki de mümkün olup, davacı ile üçüncü şahıslar arasında yazılı olarak yapılmış olan temlik sözleşmeleri BK. nun 162 vd. maddeleri gereğince geçerlidir (...)” (Yarg. 3. HD. 13.07.2006 T., 2006/9432 E.-2006/9843 K. s.lı ilamı).

³³¹ EREN, 1236.

³³² EREN, s. 1234; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 544.

³³³ EREN, s. 1235.

üzerinde müteselsilen hak sahibi olur³³⁴. Müteselsil alacaklıların varlığı bu alacağın devrine engel değildir.

Alacağın devri sözleşmesine sadece alacak hakları konu olabilir. Bir aynı talep hakkının alacağın devri suretiyle intikali mümkün değildir. Aynı talep hakları nitelik itibarıyla alacak hakkı değildir³³⁵.

Öğretide alacağı talep hakkının alacağı devretmeksizin, ondan bağımsız olarak devredilebileceği görüşü de savunulmaktadır³³⁶. Alman Hukukunda hâkim olan bu fikre göre, alacaklının alacak hakkını kendinde tutup ifayı borçludan talep etme hakkını üçüncü kişiye devretmesi mümkündür³³⁷. Bu görüş kabul edildiği takdirde, alacaklı üçüncü kişiye kendi adına talep yetkisi vermesine rağmen devreden alacaklı, alacaklı sıfatını korumaya devam edecek ve ifayı talep ve kabul hakkı da ona ait olacaktır. Bu halde sözü edilen yetkiyle donatılan üçüncü kişiye yapılan ifa alacağı sona erdirecek; ifa mülkiyeti devre yönelik ise, mülkiyet üçüncü kişiye geçecektir. Üçüncü kişiye kendi adına talep yetkisinin verilmesi, bu kurumu benimseyenlere göre, alacağın devri halinde alacaklının hakkını yitirmesinin, temsil yetkisi verilmesi halinde alacaklının isminin açıklanmasının ve nihayet sözleşmenin yol açtığı taraflar arasındaki gerilim yaratacağı sorunları önleyecektir³³⁸. Buna karşın alacak hakkı ile talep hakkının birbirinden ayrılamayacağı yolundaki klasik görüş bu çözümü reddetmekte, üçüncü kişiye doğrudan alacağı devretme veya temsil yetkisi gibi hukuki yollar mevcut iken talep devrinin esasen cevap vereceği bir ihtiyaç bulunmadığını belirtmektedir³³⁹. Bizce de talep ve dava haklarıyla alacak hakları bölünemez. Bu haklar birbirinden ayrılmayan sıkı sıkıya bağlı, alacağın ayrılması caiz olmayan ferilerinden biridir³⁴⁰.

³³⁴ BUCHER, OR AT, s. 579; EREN, s. 1235.

³³⁵ EREN, s. 1235.

³³⁶ AKYOL, s. 2 vd.

³³⁷ LARENZ, s. 233.

³³⁸ AKYOL, s. 11.

³³⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 250.

³⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 250.

4.Karşılıklı İrade Beyanı

Alacağın devrinin bir sözleşme olmasının doğal bir sonucu olarak, devrin gerçekleşmesi için devreden ve devralanın birbirine uygun karşılıklı irade beyanları gereklidir. Alacağı devreden alacağı kendi malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçmesine; alacağı devralanın ise devredilen alacağı kendi malvarlığına geçmesine yönelik karşılıklı irade beyanlarının uyuşması gerekir. Karşılıklı bir irade beyanı bulunmadığı takdirde bir sözleşmenin varlığından bahsedilemez. Kanun, alacağın devri yoluyla bir kişiye iradesi bulunmaksızın hak kazandırılmasını kabul etmemektedir³⁴¹.

Alacağı devreden kabul beyanı açık olabileceği gibi, bu kabul örtülü olarak da gerçekleşebilir³⁴². Alacağı devreden imzaladığı bir devir belgesi kendisine verilen kişinin (devralan) itiraz etmemesi dahi bazı şartlarla kabul beyanı olarak görülebilir³⁴³. Devir bir edim karşılığı yapıyor ise, yani devrin hukuki sebebinin oluşturan borçlandırıcı işlem ivazlı bir işlem ise, bu halde devralanın susmasının örtülü kabul anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir³⁴⁴.

Devir beyanının varması gerekli bir irade beyanı olması sebebiyle, devir beyanını içeren yazının devralana ulaşmasından önce geri alınması mümkün görülmektedir³⁴⁵.

Alacağın devrinin hazır olmayanlar arasında akdedildiği durumlarda, TBK.m.11 (BK.m.10) hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı öğretide tartışılmıştır. “Alacağını temlik etmesi yönünde kendisine V ve D tarafından ayrı ayrı yapılan tekliflerin muhatabı olan alacaklı A, bu tekliflerin ikisini de kabul ediyor. Kabul haberini 1 Mart günü C’ye, 2 Mart günü de D’ye gönderiyor. Kabul haberi D’ye 3 Mart günü, C’ye ise 5 Mart günü varıyor. Bu halde alacağı kim kazanmıştır?”³⁴⁶. Burada TBK.m.11 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağına göre hukuki sonuç değişecektir. TBK.m.11 hükmünün uygulanması kabul edildiği takdirde,

³⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 539.

³⁴² EREN, s. 1232; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 15; BGE 84 II 355, 363 E. 1.

³⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 539.

³⁴⁴ EREN, s. 1232.

³⁴⁵ SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 3; BK-BECKER, Art. 165, N. 2.

³⁴⁶ ENGİN, Önceliğin Belirlenmesi, s. 320.

“kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğurur” ve kendisine kabul haberi ilk olarak gönderilen kişi olan C alacağı kazanmış olur. Öğretide bu görüşün savunulduğu görülmektedir³⁴⁷. Bu görüş eleştirilmekte ve alacağın D tarafından kazanıldığı haklı olarak savunulmaktadır³⁴⁸.

Sözleşme özgürlüğü esas olduğundan, taraflar alacağın devrini şarta bağlayabilirler³⁴⁹. Alacağın devrinin kurulması geciktirici şarta bağlanabileceği gibi, geçerli olarak kurulan alacağın devri sözleşmesinin bozucu şarta bağlanması da mümkündür. Bu yöndeki taraf iradeleri dikkate alınmalıdır.

Alacağın kanun gereği bir başkasına geçtiği hallerde karşılıklı irade beyanı söz konusu değildir. Burada alacaklının irade beyanı ve yazılı şekil aranmadığı için irade bozukluğu ve şekil noksanından da bahsedilemez³⁵⁰.

³⁴⁷ VON TUHR/PETER, s. 192; BUCHER, Art. 10, N. 12; AKYOL, s. 131.

³⁴⁸ “Halbuki C’ye gönderilen kabul haberi daha ona varmadan, dolayısıyla A ile C arasında temlik tasarruf sözleşmesi kurulmadan önce, D’ye gönderilen kabul haberi ona ulaşmış ve A ile D arasında temlik sözleşmesi kurulmuştur. A ile D arasında sözleşmenin kurulduğu anda alacak halen A’nın malvarlığındadır, alacak üzerindeki tasarruf yetkisi devam etmektedir ve bu bakımdan A ile D arasında geçerli bir temlik sözleşmesinin kurulmasına bir engel yoktur. Kabul haberinin C’ye vardığı anda ise, A ile D arasında temlik sözleşmesi kurulmuş, dolayısıyla A alacağı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmiştir. A ile C arasındaki temlik sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasına imkan yoktur. Oysa BK.m.10 hükmüne göre sözleşmenin geçmişe etkili olarak hükümlerini doğurması için öncelikle geçerli olarak kurulması gerekir. Bu sebeple de, örneğimizde alacağı D’nin kazanmış olacağı sonucuna varmak gerekir. Durum A ile D arasındaki sözleşmenin hazırlar arasında kurulması ihtimalinde de bundan farklı değildir” (ENGİN, Önceliğin Belirlenmesi, s. 321).

³⁴⁹ Alacağın devri hakim görüşe göre şarta bağlanabilir. Bkz. VON TUHR/ESCHER, s. 261 vd, 266; EREN, s. 1232; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 246; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3541; BGE 67 II 127 vd; BGE 84 II 363. Aksi görüşte bkz ENGEL, s. 853 vd.

³⁵⁰ EREN, s. 1226.

VIII.ALACAĞIN DEVRİNİN SOYUTLUĞU TARTIŞMASI

1.Genel Olarak

Alacağın devri, devralanın malvarlığında bir artış sağladığından dolayı bir kazandırma (kazandırıcı işlem) teşkil eder. Bu kazandırmaya yol açan sebepteki sakatlığın, kazandırmayı da sakatlayıp sakatlamadığı, başka bir anlatımla alacağın devrinin sebebe bağlı (illi, nedensel) bir hukuki işlem mi yoksa sebepten soyut (mücerret) bir hukuki işlem mi olduğu tartışmalı bir konudur³⁵¹.

Alacağın devri tasarruf işleminin geçerliliğinin temel borçlandırıcı bir işlemin varlığına bağlı olup olmadığı hususu, alacağın devrinin soyut mu yoksa nedensel mi olduğu sorusuna verilecek cevabı belirler. Taraflar devrin hangi sebeple yapılmış olduğunda anlaşmamış olsalar veya bu yönde bir anlaşma var olmakla birlikte sebep geçersiz olsa dahi, ayrıca kendisinde bir geçersizlik sebebi bulunmayan devir sözleşmesinin geçerli sayıldığı hallerde devrin soyut olmasından bahsedilir³⁵².

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, devreden ve devralan arasındaki hukuki ilişki devrin dayanağı olan hukuki sebebe bağlıdır. Bu ilişkide üçüncü kişi konumundaki borçlu karşısında bir sınırlama söz konusu olacaktır. Borçlu devreden ve devralan arasındaki hukuki ilişkiyi bilebilecek durumda değildir ve taraflar arasında geçerli bir hukuki sebep bulunup bulunmadığını önemsemek zorunda da değildir³⁵³. Devralan tasarrufa yetkili devreden tarafından düzenlenmiş, şekli açıdan geçerli bir devir belgesi ile borçluya başvurduğu takdirde, borçlu yapacağı ifa ile borcundan kurtulur³⁵⁴.

Alacağın devri sözleşmesine dayanak olan sebebin geçersizliği halinde, ilişkinin tasfiyesi için soyutluk prensibine göre geriye devir (Rückzession) yapılmalıdır. Alacağın devrinin nedensel olduğunun kabulü halinde ise böyle bir geriye devre gerek yoktur³⁵⁵. Çünkü bu halde alacağın devri zaten geçersizdir. İstihkak iddiasında olduğu gibi ortada devre konu bir şey bulunmadığından geriye devir ne gereklidir ne de mümkündür. Bu

³⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 534.

³⁵² AYBAY, s. 172.

³⁵³ GUHL/KOLLER, § 34 N. 8.

³⁵⁴ GUHL/KOLLER, § 34 N. 8.

³⁵⁵ EREN, s. 1230.

durumda devir sözleşmesine rağmen alacak devredende kalmaktadır³⁵⁶. Burada olsa olsa devreden, yazılı devir belgesini (alacak senedini) devralana verdiğinden dolayı onun elinde bulunan bu belgenin iadesini ya da iptal edilmesini isteyebilir³⁵⁷. Alacak senedi (devir belgesi) maddi bir cisim olarak taşınır mal niteliğinde olduğundan, bu halde devralan bunun üzerinde mülkiyet hakkını kazanamaz; devralanın sadece belge üzerinde zilyetliği söz konusudur³⁵⁸.

Alacağın devrinin soyut olup olmadığı konusu tartışmalıdır. İsviçre Hukukunda hâkim görüş alacağın devrinin soyut olduğu yönündedir³⁵⁹. Öğretide bir kısım yazarlar alacağın devrinin nedensel olduğu görüşündedirler³⁶⁰.

Borçlar Hukukunda irade serbestisi prensibi hâkim olduğu için, sözleşmenin tarafları alacağın devrinin soyut ya da nedensel olması hususunda kendi iradeleri ile belirleyici olabilirler. Emredici bir yasal düzenleme bulunmadığından tarafların bu konuda karar vermelerine bir engel bulunmamaktadır³⁶¹. Yani taraflar alacağın devrinin soyut mu nedensel mi olacağı konusunu açıkça düzenleyebilirler ve alacağın devrinin geçerliliğini bir nedene bağlayabilirler³⁶².

³⁵⁶ HONSELL, Tradition und Zession, s.18.

³⁵⁷ EREN, s. 1230; JAEGGI, s. 181; VON BUEREN, OR AT, s. 318; GAUCH/SCHLUEP. II, N. 3635.

³⁵⁸ EREN, s. 1230.

³⁵⁹ HONSELL, Tradition und Zession, s. 17; BK-BECKER, Art. 164 N. 1; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Vorbem. zu Art 164-174, N. 3; LARDELLI, s. 10; BUCHER, OR AT, s.55; VON TUHR/ESCHER, s. 333 vd.; GUHL/KOLLER, § 34, N. 7 vd.

³⁶⁰ GAUCH/SCHLUEPP/REY, N. 3710 vd.; JAEGGI, s. 6 vd.; VON DER CRONE, s. 249 vd.

³⁶¹ Aynı yönde bkz. DAYINLARLI, s. 91; HONSELL, nedensellik görüşünün taraf iradesi gerekçesini eleştirdikten sonra, şu ifadelere yer vermektedir: “Ancak soyutluk prensibinin ne teslimde (zilyetliğin devri) ne de alacağın devrinde yasal olarak bir norma bağlanmadığı, düzenlemenin emredici olmadığı doğrudur. İstisnai olarak soyut ya da nedensellik yönünde taraf iradelerinin ispatlanması durumunda buna uyulmalıdır. Ancak buna uygun taraf iradesi gerçekten ispatlanabilir olmalıdır. Salt bir varsayım yeterli değildir (HONSELL, Tradition und Zession, s.18).

³⁶² ZK-SPIRIG, Vorbem zu Art. 164-174, N. 66; VON TUHR/ESCHER, s. 336; BGE 96 II 383= JdT 1972 I S. 397; KELLER/SCHOEBI, IV, s. 52; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536. Tarafların devri borçlandırıcı işlemde kaynaklanan hukuki sebebin

2. Alacağın Devrinin Soyut Olduğu Görüşü

Alacağın devrinin soyut olduğu yönündeki görüşe göre, sözleşmenin tarafları alacağın devrinin hangi sebeple yapılmış olduğu hususunda anlaşmamışlar³⁶³ ise ya da anlaşmış olsalar bile sebebin geçersiz olması durumunda³⁶⁴, -bizatihi kendisinde bir geçersizlik bulunmayan- alacağın devri sözleşmesi hukuken sonuç doğurur³⁶⁵. Soyutluk ilkesine göre, geçerli bir hukuksal nedene dayanmayan devirler geçerli sayılacak ve bu devirler sonucunda alacak hakkı kazanan kişi sebepsiz zenginleşmiş olacaktır³⁶⁶. Örneğin geçersiz bir satış sözleşmesinden doğan borcunu ödemek için alıcı, üçüncü kişiden olan alacağını satıcıya devrederse, sebebe ilişkin işlemin geçersiz oluşu devrin de geçersiz olmasını gerektirmez³⁶⁷. Bu durumda alacağı devreden sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK.m.77 vd. hükümleri çerçevesinde alacağını geri isteyebilir³⁶⁸. Devir işlemi ile birlikte alacak devralana geçtiğinden geriye devir işlemi yapılmak suretiyle iade sağlanacaktır³⁶⁹. Gene alacağın devrinin soyut olduğunun kabulü halinde, devreden alacaklının iflası halinde (onun alacaklısı için) alacak artık kaybedilmiştir. İadeye ilişkin sebepsiz zenginleşmeye dayalı talep hakkı para alacağına dönüşür³⁷⁰. Alacağı iktisap edenin iflası halin-

gerçekten mevcut olması şeklinde bir şarta bağlamak suretiyle devir tasarruf işlemine nedensel karakter yüklemeleri mümkündür (BGE 67 II 127 E 4; BK-BECKER, Art. 164, N. 3). Böylesi bir anlaşmanın üçüncü kişiye karşı da etkili olması için bunun devir tasarruf işleminde açıkça ifade edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş üçüncü kişinin devrin soyutluğuna güvenmekte haklı olması ve nedensel ilişkiyi önemsemek zorunda olmaması gerekçesine dayandırılmaktadır (BK-BECKER, Art. 164, N. 3).

³⁶³ “Kiracı (A) ev sahibi (C)’ye kira bedeli yerine geçmek üzere (B)’den olan alacağını devretse fakat (C) bunu bağış olarak kabul etse, gene de alacak (C)’ye geçmiş olur” (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535).

³⁶⁴ (A) ve (C) arasında yapılmış ve herhangi bir sebeple geçersiz satış sözleşmesinde kararlaştırılan bedeli ifa amacıyla (A) (C)’ye (B)’den olan alacağını temlik etse, temlike sebep olan ilişkinin geçersizliğine rağmen alacak (C)’ye geçmiş olur.

³⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 534.

³⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 23, 171.

³⁶⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241.

³⁶⁸ EREN, s. 1230; DAYINLARLI, s. 93; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3635; VON BUEREN, OR AT, s. 318; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 24.

³⁶⁹ STREIFF/PELLEGRINI/VON KAENEL, s. 29; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 163, N. 24.

³⁷⁰ BUCHER, OR AT, s. 555; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 53.

de devreden alacaklı, temel işlemin geçersiz olduğunu ileri sürerek alacağın iflas masasından çıkartılmasını isteyemez³⁷¹.

Alacağın devrinin soyut olduğu görüşünü savunanlar bu görüşlerini - özellikle arka arkaya devirlerde- işlem güvenliği ve borçlunun korunması gerektiği şeklinde gerekçelendirmektedirler³⁷². Bu ilke kabul edildiği takdirde bir alacak hakkını devralan kimse, bu hakkı devreden kişinin de geçerli bir hukuki sebebe dayanarak kazanmış olup olmadığını araştırmak zorunda kalmayacaktır. Soyutluk ilkesinin getirdiği bu durum hak edinenler açısından büyük bir teminat, hukuki işlemler için ise büyük bir istikrar ve güven sağlayacaktır³⁷³.

Alacağın devrinin soyut olmasına borçlunun korunması amacının gerekçe olarak gösterilmesi eleştirilmekte, bunun tam olarak isabetli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre borçlunun sadece tasarruf işlemini geçerliliğini incelemekle yükümlü olması, borçlandırıcı işlemi önemsemek zorunda olmadığı doğru olmakla birlikte, gerekli korumayı zaten alacağın devrine ilişkin kurallar sağlamaktadır. Şöyle ki; devreden tarafından kendisine devir bildirilen borçlu devralana ifada bulunmakla borcundan kurtulabilir (örneğin BGB § 409)³⁷⁴. Alacağın devrine dayanak olan sebep geçersiz olsa da hukuksal sonuç değişmemektedir³⁷⁵. Gene tam tersi durumda, yani borçluya bildirim yapılmaması durumunda borçlunun devredene (eski alacaklıya) ifada bulunması halinde borçtan kurtulabileceği yasalarda açıkça düzenlenmiştir (bkz. Art. 167 OR, BGB § 407 I). Devir borçlusu sebebi önemsemek zorunda değildir. Çünkü sebep onu ilgilendirmemektedir. Gene aynı sebepten dolayı borçlu sebebin eksikliğine de (bulunmamasına) dayanamamalıdır. Borçlu temel işlemin geçersizliğine (devrin nedensel olduğu durumda dahi) dayanamaz. Çünkü burada kendisini ilgilendirmeyen tipik bir exceptio ex iure tertii (bir üçüncü kişinin hakkından kaynaklanan defi), res inter alios acta (üçüncü kişiler arasında

³⁷¹ ZK-SPIRIG, Vorbem zu Art. 164-174, N. 54.

³⁷² BK-BECKER, Art. 164, N. 2; BUCHER, OR AT, s. 557; JAEGGI, 6; VON BUEREN, OR AT, 318; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3713; ÜÇER, s. 410; BUEHRLE, s. 60 (HONSELL, Tradition und Zession, s. 18, dn. 58'den naklen).

³⁷³ LARENZ, s. 316.

³⁷⁴ BGB § 409 hükmüne göre, alacaklı alacağı devrettiğini borçluya bildirdiği takdirde, devir gerçekleşirse ya da geçersiz olsa dahi borçlu kendisine bildirilen devri alacaklıya karşı ileri sürebilir.

³⁷⁵ HONSELL, Tradition und Zession, s. 19-20.

bulunan ve onları ilgilendiren hak) söz konusudur³⁷⁶. Gene işlem güvenliği gerekçesi, alacağın devrinin tek fonksiyonu ve amacının işlerde güven ilkesinin sağlanması veya korunması olmadığı belirtilerek eleştirilmektedir³⁷⁷. Alacağın devrinin kıymetli evraktan özenle ayrılması gerektiği; kaldı ki, sebebe bağlılık sisteminde iyiniyetin korunması ilkesinin güven ilkesinin yerini alabileceği, böylece alacak hakkının iyiniyetle korunmasının devralanın korunması için yeterli olabileceği savunulmaktadır³⁷⁸.

Alacağın devrinin soyut olduğu tümdengelim metodu ile “mantıksal” olarak gerekçelendirilmektedir³⁷⁹. Buna göre, alacağın devri bir tasarruf işlemidir; tasarruf işlemleri soyuttur; öyle ise alacağın devri de soyuttur³⁸⁰. Bu görüş eskiden İsviçre’de hâkim görüşü oluşturmaktaydı³⁸¹. Böyle bir argümanın salt kavram hukukçuluğu olduğu ve bu yüzden isabetsiz olduğu ifade edilmektedir³⁸². Gene alacağın devrinde mülkiyetin devrinden farklı olarak ilgili üç kişi bulunmakla birlikte tasarruf işleminin (devir sözleşmesi) bunlardan sadece ikisi (devreden ve devralan) arasında söz konusu olduğu, borçlunun bu işleme taraf olmadığı, durum böyle olunca taşınır ve taşınmaz mallarda geçerli olan sebebe bağlılık ilkesinden alacağın devrinde vazgeçmek için inandırıcı bir sebep olmadığı savunulmaktadır³⁸³. Alacağın devrinin nedensel olduğunu savunan bir görüş

³⁷⁶ HONSELL, Tradition und Zession, s. 20.

³⁷⁷ EREN, s. 1232.

³⁷⁸ EREN, s. 1232.

³⁷⁹ ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 57.

³⁸⁰ VON TUHR/ESCHER, s. 333.

³⁸¹ VON TUHR/ESCHER, s. 333; BSK OR I-GIRSBERGER, BSK-OR, Art. 164, N. 22; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 164, N. 3; BK-BECKER, Art. 164, N. 1; KUMMER, Beiträge zur Lehre von der Cause, s. 110 vd.; BUCHER, OR AT, s. 556 vd.; SCHMID, Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung, s. 299 vd.

³⁸² GAUCH/SCHLUEPP/REY, N. 3714. Yazarlara göre, üstelik bu görüş artık aşılmış olan ön koşuldan hareket etmektedir. Çünkü artık kabul edildiği üzere örneğin mülkiyetin devri (en önemli tasarruf işlemi) nedenseldir. Burada alıcının devreden tasarruf ehliyetine ilişkin iyiniyeti yasakoyucu tarafından korunmaktadır (Art 933 ZGB) ki, bu alacağın devrinde istisnaen doğru olabilir (N. 3714). EREN de, Türk-İsviçre Hukuk Sisteminde en önemli tasarruf işlemi olan taşınmaz devrinin sebebe bağlı olduğunun TMK.m.1024 ve 1025’te hükme bağlandığını, aynı ilkenin taşınır mülkiyetinin devri bakımından da öğreti ve uygulamada kabul edildiğini ifade etmektedir (EREN, s. 1231).

³⁸³ EREN, s. 1231-1232.

ş e göre, Art. 943 ZGB (TMK.m.988)'de taşınır mülkiyetinin kazanılmasında yeterli sayılan iyiniyetin, iyiniyetle bir alacak hakkını kazanan devralan hakkında da kıyasen uygulanması gerekir. Devralan kişiden iyiniyetle bir alacak devralanın durumu, taşınır malın tevdi edilen kimseden kazanılmasına benzetilmektedir³⁸⁴.

Alacağı devralan geçerli bir sebep olmaksızın kendisine devredilen alacağı geri vermeye yanaşmadığı takdirde, devreden alacağın kendisine geri verilmesi için iade davası açabilir³⁸⁵. Devreden açacağı davada geçerli sebep olmaksızın devredilen ve bu suretle devralanın sebepsiz zenginleştiği alacağın kendisine dönmesine karar verilmesini isteyebilir³⁸⁶.

Devralan alacağı tahsil etmiş ise, tahsil edilen tutar sebepsiz zenginleşmenin konusunu oluşturur³⁸⁷.

Alacağın devrinin soyut olduğunun kabulü halinde, borçlandırıcı işlemin geçersiz olması nedeniyle, ancak sebepsiz zenginleşme yoluna başvurulacak olması bu görüşün olumsuz yanı olarak gösterilmektedir³⁸⁸.

Alacağın devrinin soyut olduğu kabul edildiği takdirde, devredilen alacağın borçlusu taraflar arasındaki iç ilişkiye karışamaz. O sadece kendisine bildirilen devir beyanı üzerine yeni alacaklıya ödeme yapmakla borcundan kurtulacaktır. Borçlu burada sadece bir devir beyanı olup olmadığını ve kendisine yapılan bildirimin içeriğini araştırmakla yetinecektir. Borçlunun bunu aşan bir araştırma yükümlülüğü olmayacaktır. Daha açık bir anlatımla alacağın devrine dayanak olan borçlandırıcı işlemin geçerli olup olmadığı borçluyu ilgilendirmez. O, bu konuda herhangi bir araştırmaya girişmeksizin, kendisine yapılan bildirim üzerine devralana ifada bulunmakla kendi borcunu ifa etmiş ve devredene karşı herhangi bir yükümlülüğü kalmamış olur.

Alacağın devrinin inançlı işleme konu edilebilmesi için soyutluk prensibinin kabulü gerektiği ifade edilmektedir. Alacağın inançlı devrinde devralan (inanılan) alacağı tahsil ettikten sonra asıl alacaklıya iade etmekle yükümlüdür. Devralanın alacağı tahsil ettikten sonra devredene iade etmekten kaçınması halinde, asıl alacaklı devrin inançlı işleme da-

³⁸⁴ MOECKE, s. 67 vd., 94.

³⁸⁵ DAYINLARLI, s. 93; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535.

³⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535.

³⁸⁷ DAYINLARLI, s. 93; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535.

³⁸⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 24.

yandığını ispat ederek nisbi hak niteliğinde olan bir iade veya tazminat talep edebilir. Soyutluk ilkesi kabul edilmediği takdirde, asıl alacaklının bu imkândan yararlanamayacağı belirtilmektedir³⁸⁹.

Soyutluk prensibi karşıtları, tarafların iradeleri ile uyuşmadığı gerekçesiyle bu prensibi eleştirmektedirler³⁹⁰.

Şayet bizzat devir sözleşmesinde bir sakatlık var ise, bu halde alacak hakkı iktisap edilemez. Bu iktisap engelinin soyutlukla bir ilgisi bulunmamaktadır. Örnek vermek gerekirse bir kişi yanılma, aldatma veya korkutma etkisiyle alacağı devretmeyi vaat etmiş ve gene aynı etki altında devir sözleşmesini kurmuş ise, bu halde tasarruf işlemi de sakattır. Yasal süresi içinde iptal edilmesi durumunda alacak hakkının geçişi hükümsüzdür³⁹¹.

Gene mevcut olmayan (doğmamış) bir alacağın devri halinde de, geçerli bir şekilde alacağın devrinden bahsedilemez. Örneğin (A), (B) ile arasında mevcut bir sözleşme uyarınca (B)'den alacaklı olduğunu düşünmektedir. Ne var ki bu sözleşme geçersizdir ve sonuç olarak bu alacak hakkı da mevcut değildir. (A)'nın bu alacak hakkını usulüne uygun biçimde (Ü)'ye devretmesi halinde de (Ü) bir alacak hakkı elde etmiş olmaz. Bu devrin temelinde geçerli bir alacağın devri sözü verme bulunması da sonucu değiştirmemektedir³⁹².

Alacağın devrinin soyut olduğu görüşünü savunanlara göre de, alacağın devri devir sözleşmesi taraflarınca bir sebebe bağlanabilir³⁹³. Buna göre, devrin sebebini oluşturan hukuki ilişkinin devir sözleşmesinin met-

³⁸⁹ ARIKAN, s. 136.

³⁹⁰ Bir görüşe göre, bir tasarruf işlemi sadece arzu edilmiş ise geçerli olabilir (JAEGGI, s. 6, 7). Bir başka görüşe göre ise, alacağın devri sözleşmesinde taraflar devrin geçerliliğini temel işlemin varlığına bağımlı kılma konusunda bir karar almamış olmalarına rağmen, soyutluk ilkesi irade özerkliğini ihlal anlamına gelecektir (VON DER CRONE, s. 260).

³⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 535.

³⁹² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536.

³⁹³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241; KILIÇOĞLU, s. 787; OĞUZMAN/ÖZ, CII, s. 536; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 26; VON TUHR/ESCHER, s. 334; UZUN KAZMACI, s. 96; BGE 67 II 123, 127 E. 4; BGE 84 II 335.

nine sokulması bu anlama gelmektedir³⁹⁴. Örnek vermek gerekirse (A), (B)'den olan alacağını (Ü)'ye devrediyor. Devir belgesinde devir işlemini (Ü)'den aldığı otomobilin bedelini ödemek amacıyla yaptığını da yazmış ise durum böyledir. Bu halde (A) ve (Ü) arasındaki satış sözleşmesi herhangi bir nedenden ötürü hükümsüz ise, devrin de geçersiz olacağı kabul edilmelidir³⁹⁵.

Alacağın devrinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede bir tarafın borcunun ifası olarak kapsamında yer alması halinde, esas sözleşmenin geçersizliği bunun bir hükmü olan alacağın devrinin de geçersizliğine yol açar³⁹⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi eski kararlarında³⁹⁷ alacağın soyut olduğuna yer vermiş olmakla birlikte, son kararlarında bu konuyu açık bırakmamıştır³⁹⁸³⁹⁹.

Yargıtay alacağın devrinin soyut olduğunu görüşünü farklı tarihlerdeki kararlarında dillendirmiştir⁴⁰⁰. Ancak bu kararlarda devrin soyut mu yoksa nedensel mi olduğu tartışmalarına girilmemiştir.

³⁹⁴ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Vorbem zu Art. 164-174, N. 4; BK-BECKER, Art. 164, N. 3; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536; VON TUHR/ESCHER, s. 334; REİSOĞLU, s. 464; TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 241; UZUN KAZMACI, s. 96.

³⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536.

³⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536.

³⁹⁷ BGE 71 II 169; BGE 50 II 154, 393; BGE 67 II 123, 127 E. 4.

³⁹⁸ BGE 84 II 355, 363 E. 1; BGE 95 II 109, 112 E. 2 b. İsviçre Federal Mahkemesi 84 II 355 sayılı 13.03.1958 tarihli kararında soyutluk prensibi kararının gözden geçirilmesi gerektiğini açıklamıştır (TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 241). İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 84 II 335 sayılı kararının tam metni için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2084355.html>

³⁹⁹ Zürih Yüksek Mahkemesi (Zürcher Obergericht) alacağın devrinin soyut olduğu konusunda açıkça görüş bildirmiştir (ZR 87, 1988, Nr. 129, s. 305 vd.-GAUCH/SCHLUEPP/REY, N. 3713'den naklen).

⁴⁰⁰ Yarg. İİD., 05.12.1968 T., 1968/11365 E.-1968/11427 K. s.lı ilamı, YKD., 1969/6, s. 62-63. "Alacağın temliki, devreden alacaklı ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile meydana gelen tasarrufi, kazandırıcı, mücerret bir işlemdir" (Yarg. 4. HD., 18.2.1965 T., 1963/8716 E.-1965/862 K.-ERDEM, Nafiz: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. I, Ankara 1987, s. 1333). "Temlik borç doğuran bir akit değil, alacağı başkasına geçiren soyut bir tasarruftur" (Yarg. 13. HD. 16.2.1976 T., 197/1212 E.-1976/1046 K. -YKD, 1976/7, S. 1011). "Alacağın temliki, temlik eden alacaklı ile temlik alan kişi arasında yapılan bir sözleşmeye dayalı olarak

2. Alacağın Devrinin Nedensel Olduğu Görüşü

Nedensellik görüşüne göre, alacağın devri hukuksal bir neden olmaksızın gerçekleşmiş ise geçersizdir⁴⁰¹. Temel işlemin geçersiz olması ya da ondan geçmişe etkili olarak dönülmüş olması tasarruf işleminin de geçersizliğini sonuçlar⁴⁰². Alacaklının devrettiği alacakla ilgili sözleşme hukuka, ahlaka aykırı ya da ifası imkânsız ise, devir bu sözleşmeyi ve bundan doğan alacağı geçerli hale getirmeyecektir⁴⁰³. Buna göre devrin geçerli bir nedene dayanmadığını borçlu biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise, bu halde alacağı devralana ifa etmemelidir. Aksi halde ikinci kez ödemekle yükümlü olacaktır (TBK.m.187, f.2)⁴⁰⁴.

Nedensellik görüşü taraf iradesine dayanır. Bu görüşe göre asıl olan taraf iradesidir. Taraflar hiçbir şekilde istemeyecek idiler ise alacak hiçbir şekilde karşı tarafa geçmemelidir⁴⁰⁵⁴⁰⁶.

Nedensellik prensibinin taraf iradesi ile gerekçelendirilmesi eleştirilmekte, bunun ikna edici olmadığı savunulmaktadır. Şöyle ki; ortada bir hukuksal yapı sorununun varlığı söz konusudur. Taraflar borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi, borçlar hukuku eşya hukuku ayırımına bakmazlar ve burada hiç kimse sistematığı tartışmaz⁴⁰⁷.

meydana gelen tasarrufi, kazandırıcı ve soyut bir hukuksal işlemdir" (Yarg. 15. HD., 19.4.2010 T., 2009/6558 E.-2010/2246 K.).

⁴⁰¹ JAEGGI, 6; LARDELLI, s. 12.

⁴⁰² BUCHER, OR AT, s. 555; VON DER CRONE, s. 251, 253.

⁴⁰³ KILIÇOĞLU, s. 788.

⁴⁰⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 363.

⁴⁰⁵ JAEGGI/GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3717.

⁴⁰⁶ "Alacağın devrinin soyut olmasını reddeden kişi, bunu alacağın devri ile hukusal sebep arasındaki farkın aşırı vurgulanması ve yapmacıklaştırılmasından dolayı yapmaktadır. Bu hukuksal işlemlerin dogmatik olarak kavranmasında esas olan taraf iradelerine dayanamaz" (JAEGGI, s. 7). Nedensellik görüşü taraftarlarından VON DER CRONE de bu görüşünü taraf iradelerine dayandırmaktadır. Yazara göre, kural olarak geçerli bir borçlandırıcı işlem olmadığı hallerde, taraflar tasarruf işlemini de (alacağın devri) istemezlerdi. Çünkü hiçbir şey borçlanmadığını bilen kimse, hiçbir şeyi de ifa etmez (VON DER CRONE, SJZ 1993 250).

⁴⁰⁷ HONSELL, Tradition und Zession, s. 18.

Alacağın devrinin soyut olduğu yönündeki görüşler açıklanırken de ifade edildiği üzere, devir işleminde bir sebep gösterilmiş ise, örneğin devrin bir satış bedelinin ödenmesi için yapıldığı açıkça yazılı ise, alacağı devreden ile devralan arasındaki ilişki bakımından, devrin soyut bir işlem olduğu savunulamaz. Alacağın devri bu hallerde taraflar arasındaki anlaşma sebebiyle nedensel sayılmalıdır⁴⁰⁸.

Avusturya Hukukunda taşınır devrine kıyasen alacağın devrinin de nedensel olduğu ifade edilmektedir⁴⁰⁹. Buna karşın alacağın devrinin taşınır mülkiyetinin devri ile kıyaslanmasının her şeyden önce alacakların iyiniyetle iktisabının mümkün olmaması sebebiyle şüpheli olduğu ifade edilmektedir. Taşınır eşyadan farklı olarak alacaklarda hukuksal görünüm temeli söz konusu değildir. Taşınır eşya mülkiyeti hak sahipliği yönünde bir görünüm arz ederken, alacaklarda böylesi bir durumun varlığından bahsedilemez.⁴¹⁰⁴¹¹

Alacağın devrinin nedensel olduğu görüşü taraftarlarının borçlunun kendisinin yoksun kılınamayacağına inandığı alacağın var olmadığı itirazını yapabilirken, sebepteki ayıba neden dayanamayacağı hususunun gerekçelendirilmesinde zorluk çektikleri ifade edilmektedir⁴¹².

Gene bu prensibe bir eleştiri olarak nedenselliğin edim ve karşı edimin tasfiyesinde arzu edilmeyen sonuçlara götürdüğü ifade edilir. Devralan alacağın devri karşılığında bir karşı edim ifa etmiş - örneğin alacak satışı sözleşmesi kapsamında satış bedelini ödemiş- ise, hukuksal temelden yoksun bir devir durumunda nedensellik prensibine göre gerek devre konu alacak, gerekse satış bedeli devreden malvarlığında kalacaktır⁴¹³

⁴⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 319; REİSOĞLU, s. 464; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536.

⁴⁰⁹ KOZIOL/WELSER, s. 116; SCHWIEMANN/HONSELL/HEIDINGER, Kommentar zum AGBG (2. Auflage 1997), § 1392, N. 8 (HONSELL, Tradition und Zession, s. 19'dan naklen).

⁴¹⁰ HONSELL, Tradition und Zession, s.19.

⁴¹¹ İsviçre Hukukunda bazı yazarlar iyiniyetle alacağın iktisap edilmesini caiz görmektedir (JAEGG.I, SJZ 1971 s. 6, 7; WEHRLI, s. 34).

⁴¹² HONSELL, Tradition und Zession, s. 20.

⁴¹³ LARDELLI, s. 12. Karş. BUCHER, OR AT, s. 555; VON DER CRONE, s. 251, 253.

⁴¹⁴. Bu halde devralanın satış bedelinin geri verilmesine yönelik sebepsiz zenginleşmeye dayalı talep hakkı devreden iflası halinde paylaşım sırasında garameten azalacaktır⁴¹⁵. Devredilen alacağın devralanın malvarlığına geçmeyip, devreden malvarlığında kalmış olması sebebiyle devreden, devralanın karşı ediminden dolayı sebepsiz zenginleşmiş olacaktır. Karşı edim devreden malvarlığına geçmiş olduğu için, onun iflası halinde doğal olarak iflas masasına dâhil olacaktır⁴¹⁶. Bu durumda devralan, kendisine devredilen alacaktan olduğu gibi, satış bedeline hiç ya da en azından belirli bir oranda kavuşamama tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır.

Alacağın devrinin nedensel olduğunun kabulü durumunda borçlu, sadece alacağın devrinin bir ya da her iki tarafının ehliyetinin olmaması ya da şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu defini ileri sürmekle kalmaz; şekle uygun yapılan alacağın devrinin, buna temel olan borçlandırıcı işlemin geçersiz olması nedeniyle alacağı devralana geçiremeyeceği şeklinde, devralan ve devreden arasındaki itiraz ve defileri de ileri sürebilir⁴¹⁷⁴¹⁸.

Nedenselliğin kabulü halinde, arka arkaya devirde ayıplı bir temel işlem tüm müteakip tasarruf işlemlerinin geçersizliğine ve borçlunun temel işlemlerden kaynaklanan defilerinin yığılmasına yol açar⁴¹⁹. Şöyle ki arka arkaya devirlerin söz konusu olduğu bir durumda, örneğin ilk devrin se-

⁴¹⁴ Alacağın devrinin hukuksal dayanaktan yoksun olması durumunda devir işlemi geçersiz sayılacağından alacak devralana geçmeyecek; alacağın devri sözleşmesinin geçersiz sayılması nedeniyle alacak, devreden malvarlığında kalmaya devam edecektir.

⁴¹⁵ HONSELL, Tradition und Zession, s. 371; BUCHER, OR AT, 555.

⁴¹⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 74.

⁴¹⁷ GAUCH/SCHLUEPP/REY, N. 3724; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 73; KELLER/SCHOEBI, s. 51.

⁴¹⁸ Nedensellik prensibine göre, borçlunun kendisinin taraf olmadığı (devreden-devralan arasındaki) sözleşmeye dayanabilmesi sözleşme ilişkilerinin nisbiliği ilkesine aykırılık olarak görülmektedir (LARDELLI, s. 12). Borçlunun temel işlemdeki ayıba dayanabilmesi ve muhtemelen devir sözleşmesi taraflarının iradelerine aykırı olarak devri hükümden düşürmesi devir sözleşmesi tarafları için son derece nahoş ve engelleyici bir karışma olurdu. Bu alacakların tedavül kabiliyetine (Verkehrsfähigkeit) dair pratik ihtiyacı çok az dikkate almaktadır (LARDELLI, s. 12-13).

⁴¹⁹ HONSELL, Tradition und Zession, s. 370.

bebindeki eksiklik müteakip tüm devirlerin konusuz kalmasını sonuçlayacaktır. Müteakip devralanlar önceki devirlerdeki savunma imkânlarına muhatap olmak zorunda kalacaklardır. Bu da işlem güvenliği açısından katlanılmaz bir hal alacağından, bir kaçış noktası olarak iyiniyetle iktisap kabul edilmiştir⁴²⁰. Alacağın devrinde hak sahibi olmayan kişiden iyiniyetle iktisap yoktur. Alacağın devri hukukunda eksik olan iyiniyetle iktisabın alacağın devrinin soyutluğu ile ikame edildiği öğretide ifade edilmektedir⁴²¹.

Hukukumuzda savunulan bir görüşe göre alacağın devri nedensel sayılmalıdır. Zira alacağın devrinin soyut olduğu görüşünü savunan yazarlar, büyük tasarruf işlemlerinin soyut nitelikte işlemler olduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Bunlara göre alacağın devri de tasarruf işlemi olduğundan onun da soyut olması zorunludur⁴²². Bu görüşe göre böyle bir düşüncenin savunulması Türk Hukuku açısından sakıncalı olacaktır. Çünkü Türk Hukuku açısından bütün tasarruf işlemlerinin soyut nitelikte olduğunu söylemek imkânsızdır. Bütün tasarruf işlemlerinin soyut olmasının belki Alman Hukuku açısından kısmen doğru olabileceği, ancak hukuk sistemimiz açısından bunu kabul etmenin oldukça zor olduğu; Türk Hukuk sisteminde en önemli tasarruf işlemlerinden sayılan taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı bir işlem olarak kabul edilmiş olduğu, gene taşınır mülkiyetinin devri açısından da çoğunluk görüşünün hukuk sistemimizin sebebe bağlılığı kabul ettiği yönünde olduğu bu görüşü ileri süren yazar tarafından ifade edilmektedir⁴²³. Yazar, taşınmazlarla birlikte, taşınır malların devrini de sebebe bağlı kabul ettikten sonra, alacağın devrinin sebebe bağlı olduğunu kabul etmemenin tutarlı bir gerekçesi olamayacağını, ayrıca devreden devralana karşı borcun muaccel olduğu tarihte varlığı açısından bir garanti sorumluluğu bulunduğunu, devir işleminin sebebe bağlı olmadığını kabul halinde, bu garanti sorumluluğunu açıklamanın güçleşeceğini, zira devir sözleşmesi ile devir işleminin sebebi arasında herhangi bir bağın mevcut olmadığının kabulü halinde, devredene böyle bir garanti yükümlülüğünün de yüklenemeyeceğini görüşünün gerekçesi olarak belirtmektedir⁴²⁴.

⁴²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. LARDELLİ, s. 13.

⁴²¹ SCHWENZER OR AT N. 90; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3728; HONSELL, Tradition und Zession, s. 20.

⁴²² ARIKAN, s. 137-138.

⁴²³ ARIKAN, s. 138.

⁴²⁴ ARIKAN, s. 138. Aynı yönde bkz. EREN, s. 1231.

3.Kanaatim

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kabul edilirken 818 sayılı Borçlar Kanunu sonrasındaki tartışmalar dikkate alınarak alacağın devrinin soyut mu yoksa nedensel mi olduğuna ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bakımdan 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemine ilişkin tartışmalar bugün için de güncelliğini korumaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, devir işleminde bir sebep gösterilmiş olması halinde, alacağı devreden ile devralan arasındaki ilişki bakımından devrin nedensel sayılması gerektiği yönündeki görüşe⁴²⁵ katılmaktayım. Zaten uygulamada devirler en çok bu şekilde gerçekleştirilmektedir. Gerçekten de devir sözleşmelerinde alacağın hangi sözleşmeden kaynaklandığı ya da hangi faturaya dayandığı belirtilmektedir.

Kanunda alacağın devrinin soyut olduğuna dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Taraflar devrin nedensel mi yoksa soyut mu olacağı konusunda iradeleri ile belirleyici olabilirler. Her iki görüşün de kendine göre savunulabilir gerekçeleri bulunmaktadır.

Alacağın devrinin nedensel olduğunun kabulü halinde, özellikle sonraki devirlerde önceki devirlere ilişkin sakatlıkların da ileri sürülebilecek olmasının karmaşaya yol açacak olmasını da dikkate alarak devrin soyut olduğunu kabulün daha doğru olacağı kanaatindeyim.

IX.ALACAĞIN DEVRİ SÖZÜ VERME

Alacağın devri sözü verme TBK.m.184, f. 2’de yer almıştır. Kanunkoyucu “devir sözü verme” terimini kullanmıştır⁴²⁶. Öğretide bu eleştirilmekte ve “devir taahhüdü” ifadesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir⁴²⁷.

⁴²⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 319; REİSOĞLU, s. 464; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536.

⁴²⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu “temlik vaadi” ifadesine yer vermekte idi.

⁴²⁷ “Burada devir vaadi veya devir sözü verme değil, devir (geçirme=devretme) taahhüdü söz konusudur (EREN, s. 1233). İsviçre hukukunda da aynı yönde eleştiriler için bkz. VON TUHR/ESCHER, s. 337; VON BUEREN, OR AT, s. 320.

Alacağın devri sözü verme bir alacağın devredilmesi borcu yükleyen bir sözleşmedir⁴²⁸.

Alacağın devri sözü verme, alacağın devri hükümlerine değil, borç doğuran sözleşme hükümlerine tabidir. Bu söz verme bir edim karşılığı olabileceği gibi, herhangi bir karşı edim taahhüdü olmaksızın da yapılabilir⁴²⁹.

Alacağın devri bir tasarruf işlemidir. Bu tasarruf işlemi ile tarafların arzuladığı devir olgusu gerçekleşmiş olur. Alacağın devri sözü verme ise borçlandırıcı bir işlem olup, taraflara alacağın devri tasarruf işleminin yapılması konusunda hak ve borçlar yükler. Alacağın devri sözü verme ile alacak devredilmiş olmaz. Alacak gene alacak hakkı sahibinin malvarlığında kalmaya devam eder. Kendisine alacağın devri sözü verilen kişi alacağın kendisine devredilmesini alacak hakkı sahibinden talep edebilir. Alacağın devri sözü veren kişi taahhüdünü yerine getirmek isterse, alacağın devri işlemini yapacaktır⁴³⁰.

Alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği, onun yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı iken, alacağın devri sözü verme hiç bir şekle tabi değildir. Alacağın kendisine devredileceği sözü yazılı olarak verileceği gibi, sözlü olarak da bildirilebilir. Her iki halde de alacağın devri sözü verme geçerlidir. Ancak sözlü olarak kendisine alacağın devredileceği sözü verilen kişi bunu genel ispat kuralları çerçevesinde ispatlamak zorundadır⁴³¹.

Kendisine alacağın devri sözü verilen kişi, alacağın devrini talep etme hakkı kazanmış olur. Bu alacağın devrini talep hakkı başka bir devir sözleşmesi ile bir üçüncü kişiye de devredilebilir⁴³². Bu durumda alacağın devrini talep hakkı devredilmiş olur ve sonradan devralan kişi kendisine alacağın devri sözü verilen kişinin yerine geçer.

⁴²⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 244; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 536; EREN, s. 1233; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 359.

⁴²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 537.

⁴³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 537.

⁴³¹ Alacağın devri sözü verme bir hukuksal işlem olduğu için belli bir değeri aştığı takdirde yazılı olarak ispatlanmalıdır (HMK.m.200). Yazılı ispat edilememe durumunda davacının karşı tarafa yemin teklif etme hakkı vardır (HMK.m.225). Alacağın devri sözü verme işleminin tarafları arasında belirli derecede yakınlık söz konusu ise tanıkla da ispat mümkündür (HMK.m.203).

⁴³² DAYINLARLI, s. 115.

Alacağın devri sözü verme ön sözleşme ile benzerlik içerse dahi, aslında ondan farklıdır⁴³³. Ön sözleşme ile ileride bir sözleşme kurulması sözü verilir. Bu yönü ile alacağın devri sözü verme ön sözleşme olarak görülebilirse de, ön sözleşme ile taraflara borçlandırıcı işlem olan sözleşmeyi yapma borcu yüklenir. Bir satış sözleşmesi yapılmasına dair ön sözleşme yapıldığında, ne bir taraf satıcı, ne de diğer taraf alıcı sıfatını kazanır. Ancak asıl sözleşme yapıldığında taraflar satılanın mülkiyetini devretme ve satış bedelini ödeme borçlarını yükümlenirler. Oysa alacağın devri sözü verildiğinde, taraflar bir borçlandırıcı işlemi değil, aksine bir borcun ifası olan bizzat tasarruf işlemi yapmayı borçlanırlar⁴³⁴. Bu yönü ile alacağın devri sözü verme ön sözleşmeden farklıdır⁴³⁵.

Alacağın devri sözü verme bir tasarruf işlemi değildir⁴³⁶. Bu nedenle bir kimse henüz doğmamış veya başkasına ait olan bir alacağı devretmeyi vaat ve taahhüt edebilir⁴³⁷. Devir sözü verilen alacak doğmadığı ya da başkasına ait olduğu için söz verdiği kişiye devri sağlayamayan kişi, ifayı (devri) gerçekleştiremediği için muhatabına karşı TBK.m.112 uyarınca sorumlu olur⁴³⁸.

Alacağın devrinin rızaen gerçekleştirilmemesi, yani devir sözü verenin devir tasarruf işlemi yapmaması halinde, kendisine devir sözü verilen kişi mahkemeye başvurarak alacağın kendisine devrine yönelik karar verilmesini isteyebilir. Bu durumda hâkimin kararı alacak hakkı sahibinin

⁴³³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 359; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 244; VON TUHR/ESCHER, s. 337.

⁴³⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 244.

⁴³⁵ TBK.m.29, f. 1’de bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olduğu belirtildikten sonra, f.2’de “Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır” denmiştir. TBK.m.184, f.2 hükmüne göre alacağın devri sözü verme şekle bağlı değildir. Bu düzenleme ile alacağın devri sözü verme kanunlarla öngörülen istisnalar arasında yer almıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında “alacağın temlik vaadi”nin önsözleşmeden farkı açıklanırken BK.m.22’deki “kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nev’i şekle riayet etmeye tabi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur” hükmünün “alacağın temlik vaadi”ne uygulanabilir olmaması da gerekçe olarak gösteriliyordu (DAYINLARLI, s. 117).

⁴³⁶ REİSOĞLU, s. 466.

⁴³⁷ Alacağın devri sözü vermek için tasarruf yetkisine sahip olmak gerekmez. Çünkü devir sözü verme doğrudan alacağı diğer tarafa geçiren tasarruf işlemi olmayıp borçlandırıcı bir işlemdir (EREN, s. 1233).

⁴³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 537.

iradesi yerine geçer⁴³⁹ ve mahkemenin hükmü ile alacak kendisine devir sözü verilmiş olan davacıya kendiliğinden intikal eder. Ayrıca bir devir işleminin varlığına ihtiyaç duyulmaz.⁴⁴⁰

Alacaklı alacağı bir başkasına devrettiği için ya da borçluyu ibra ettiği için devir yükümlülüğünü yerine getiremediği takdirde tazminatla yükümlü olur⁴⁴¹.

Alacağın devri bir edim karşılığı gerçekleşmiyor ise, bağışlama söz konusudur. TBK.m.288, f.1 hükmüne göre, bağışlama sözü vermenin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Ancak alacağın devri sözü vermenin geçerliliği ise hiç bir şekle tabi tutulmamıştır (TBK.m.184, f.2).

Alacağın devri sözü verme ile amaçlanan bir bağışlama sözü verme ise bu halde alacağın devri sözü verme de yazılı olmak zorunda mıdır?

DAYINLARLI bu konuda şu ifadelerle yer vermiştir: “Von TUHR’a göre BK.m.238/1 hükmü ivazsız temlik vaadi hususunda, BK.m.163/2 hükmüne aykırıdır. Aşağıdaki gerekçeler de bizim bu fikre katılmamız için yeterli görülmektedir. BK.m.163/2 hükmü genel hükümler arasında yer almaktadır; buna karşın BK.m.238/2, BK. nun özel hükümler kısmında yer alan bir kuraldır. Genel kurallar, kanun koyucunun özel kural koymadığı her yerde uygulanırlar. Ayrıca BK.m.163/2 esasen BK.m.11/1’de zikredilen İsviçre ve Türk Borçlar hukukunda mevcut olan şekil serbestisi ilkesine uygundur. Bu madde hükmüne göre, “akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir”. O halde BK.m.163/2 hükmü, BK.m.11/1’deki şekil serbestisi ilkesini doğrulamaktadır. Esasen, BK.m.163/2 hükmü genel bir ilkeyi beyan etmektedir. Bu itibarla, BK.m.238/2 hükmünün durumu özel bir hüküm olup, BK.m.163/2 hükmüne aykırıdır. Öte yandan, ivazsız temlik vaadini BK.m.238 hükmündeki şekle tabi kılma, ivazsız olarak bir alacağın temlik vaadi ile menkul malı verme vaadi arasında bir uyum sağlar. Bu nedenle bu görüş tarzı bizim de tercihimizdir”⁴⁴².

⁴³⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 265; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 537; REİSOĞLU, s. 466; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 165, N. 12.

⁴⁴⁰ VON TUHR, s. 337.

⁴⁴¹ VON TUHR, s. 337.

⁴⁴² DAYINLARLI, s. 118-119.

OĞUZMAN/ÖZ'e göre de alacağın devri sözü verme ile bağışlama sözü verme amaçlanıyor ise bunun yazılı olması gerekir⁴⁴³.

Alacağın devri sözü verme şekle bağlı bir sözleşmenin bir hükmü (kaydı) kapsamında gerçekleşmiş ise, bu sözleşmenin şekline uyulmaması halinde devir sözü vermenin de geçersiz olduğu ifade edilmekte ve taşınmaz satış sözleşmesinde bedel yerine alıcıya bir alacak hakkının satıcıya devredilmesinin kararlaştırılmış olması durumu buna örnek olarak gösterilmektedir. Bu halde taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler için gerekli şekle uyulmadığı takdirde devir sözü vermenin de geçersiz olduğu belirtilmektedir⁴⁴⁴.

Kanaatimce salt alacağın devrine ilişkin TBK.m.184, f. 2 hükmünün genel, TBK.m.288, f. 1 hükmünün özel hüküm olduğu gerekçesiyle, TBK.m.288, f. 1 hükmüne öncelik tanınması doğru değildir. Devir hukuğu açısından bakıldığında devir sözü vermenin de özel hüküm niteliğinde olduğu söylenebilecektir. Devir sözü vermeye ilişkin hükümde devir amacı açısından herhangi bir ayırım yapılmaksızın devir sözü vermenin herhangi bir şekle bağlı olmadığı belirtilmiştir. İvazsız devir sözü vermenin TBK.m.288, f. 1 hükmündeki şekle tabi kılınmasının, ivazsız olarak devir sözü verme ile taşınır malı verme vaadi arasında bir uyum sağlayacağı gerekçesine hak vermekle birlikte, bunun da ivazsız devir sözü vermenin yazılı şekle tabi kılınması için yeter gerekçe olarak görülemeyeceğini düşünüyorum. Sonuç itibarıyla, devir sözü verme ile amaçlananın ne olduğuna bakılmaksızın devir sözü vermenin herhangi bir şekle tabi olmayacağı görüşündeyim.

Sözleşmenin alacağın devrini mi yoksa devir sözü vermeyi mi içerdiği taraf iradelerinin yorumu ile tespit edilir. Bu yorum neticesinde tarafların, özellikle devredenin, bu sözleşme ile alacağın başkaca herhangi

⁴⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 537. Aynı yönde bkz. BK-BECKER, Art. 165, N. 7; SPREETZ/BURRI, Art. 165, N. 10; EREN, s. 1222.

⁴⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 537. "Devrin hukuki sebebini genellikle ya alacağın satılması ya da bağışlama sözü verilmesi oluşturur. Alacağın satılması halinde alacaklı başka bir kişideki alacağını alıcıya satış yoluyla devreder. Bağışlamada ise alacak karşılıksız devredilir. Alacağın satılması geçerlik için şekil şartına tabi değildir. Çünkü Kanun sadece taşınmaz malların satışını şekil şartına bağlamıştır. Buna karşılık alacak, bağışlama sözü vermenin konusunu oluşturuyorsa bunun geçerli olması TBK.m.288/1'e göre yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır" (EREN, s. 1234).

bir işleme gerek kalmaksızın devredilmesini istediği sonucuna varıldığı takdirde, tasarruf işleminin varlığı söz konusudur⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ ENGİN, Garanti, s. 19; UZUN KAZMACI, s. 76.

§ 3 ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜMLERİ

I.ALACAKLI YANIN DEĞİŞMESİ VE ALACAĞIN GEÇİŞ ANI

Alacağın devri ile alacak devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçer⁴⁴⁶. Borçlu karşısında devralan yeni alacaklı konumuna geçer. Alacağı devreden ise devirle birlikte borçlu karşısında alacaklı sıfatını yitirir.

Alacağın devri ile devreden alacaklı sıfatını yitirdiğinden, o bundan sonra alacak üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamaz⁴⁴⁷. Artık alacak üzerinde tasarruf hakkı bulunmayan devreden, devredilen alacağı tekrar bir başkasına devretmesi durumunda alacak ikinci devralanın malvarlığına geçmez. İkinci devralanın iyiniyetli olup olmamasının da bu konuda bir önemi bulunmamaktadır⁴⁴⁸. Devreden artık alacağı kendi adına ileri süremeyeceği gibi, takas definde de bulunamaz⁴⁴⁹. Soyutluk ilkesinin benimsenmesi halinde, temel işlem geçersiz olsa bile hukuki durum böyledir⁴⁵⁰. Devreden devri ortadan kaldırarak alacağın devralanın malvarlığına geçmesini engelleme şansına sahip değildir. Alacak devralanın malvarlığına geçmiştir ve tekrar devreden malvarlığına dönmesi için tarafların yazılı şekil kuralına uyarak geriye devir yapmaları gerekir⁴⁵¹. Devreden devir işleminden sonra dahi alacağı kendi adına ileri sürme hakkını saklı tutmuş ise, tereddüt halinde gerçek anlamda bir devir bulunmadığı, devralana alacağın tahsil yetkisi verildiğinden⁴⁵² ya da saklı tutma belirli bir zaman dilimi için söz konusu ise süreli ya da şartlı devrin varlığından hareket edilmelidir⁴⁵³.

⁴⁴⁶ SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 9; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 OR, N. 46; SCHWENZER, N. 90.33.

⁴⁴⁷ SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 9; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 46; VON TUHR/ESCHER, s. 338.

⁴⁴⁸ ENGİN, Garanti, s. 32; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 548; BUCHER, OR AT, s. 548; VON TUHR/ESCHER, s. 338; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 46; BGE 56 II 363, 367 E. 2.

⁴⁴⁹ VON TUHR/ESCHER, s. 338.

⁴⁵⁰ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 46.

⁴⁵¹ VON TUHR/ESCHER, s. 338. Geriye devrin yazılı olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. ZK-SPIRIG, Art. 165, N. 11; BGE 71 II 170.

⁴⁵² BGE 48 II 347, 358 E. 6; BGE 78 II 265, 273, E. 3a.

⁴⁵³ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 46.

Alacağın devri ile alacaklı yanın değişmesi, sadece alacağın devri sözleşmesinin tarafları bakımından değil, objektif olarak herkese karşı bağlayıcıdır. Borçlu ile alacaklı arasındaki iç ilişki ne olursa olsun, devredilen alacak bakımından borçlunun muhatabı artık alacağı devralan kişidir. Alacağın devri borçlu üçüncü kişiler hakkında da etkilidir. Şöyle ki alacağı devreden alacaklıları, artık onun üçüncü kişide alacağı olduğu gerekçesiyle devredilen alacağı haczettirme imkânına sahip değildirler.

Devir sözleşmesi yapıldığı anda var olan bir alacak, yazılı devir sözleşmesi ile devralanın malvarlığına geçer. Ancak alacağın devri geciktirici şarta bağlanmış ise, bu halde sözleşmenin kurulmasıyla alacak hemen devralanın malvarlığına intikal etmez, geçiş şartın doğumu anında gerçekleşir⁴⁵⁴.

İleride doğacak olan bir alacak devredilmiş ise, henüz ortada mevcut bir alacak bulunmadığından yazılı sözleşme ile devir olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilemez. Burada alacağın devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin yapıldığı an ile etkilerini doğurduğu an farklılık göstermektedir. Alacağın devri sözleşmesi ile devredilen henüz var olmayan alacak, ileride doğduğu anda ayrıca başka bir işleme gerek olmaksızın devralana geçecektir. İleride doğacak bir alacağı devreden alacaklı da, var olan alacağı devreden alacaklı gibi alacak üzerindeki tasarruf hakkını yitirir. Daha sonra bir başkasına da devir yaptığı takdirde, devralan iyiniyetli olsa dahi alacak doğduğunda kendisine intikal etmez. Alacak ilk devralanın malvarlığına geçer⁴⁵⁵⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ ENGİN, Garanti, s. 33, dn. 4.

⁴⁵⁵ SPR-REETZ/BURRI, Art. 164, N. 10.

⁴⁵⁶ İleride doğacak alacağın devrinde alacak hakkı doğduğunda hakkın doğrudan devralanın malvarlığında mı doğacağı yoksa mantiken kabul edilebilecek bir an için dahi olsa devreden malvarlığında olup, daha sonra devralanın malvarlığına mı geçeceği konusundaki görüşler için bkz. ENGİN, Garanti, s. 33-34.

II.ALACAĞIN DEVRİ İLE İNTİKAL EDEN HAKLAR

1.Devredilen Alacak

Devredilen alacağın devralanın malvarlığına geçmesi devir işlemi- nin ana amacını oluşturur. Alacağın devri ile alacak doğrudan devralanın malvarlığına geçer.

Devredilen alacak bütünüyle devredileceği gibi –bölünebilir olmak kaydıyla- kısmen devredilmesi de mümkündür (kısmi devir)⁴⁵⁷. Kısmi devir hallerinde alacak, sadece bu oranda bağlı haklarıyla birlikte devra- lana geçer⁴⁵⁸.

Daha önce de ifade edildiği üzere devir bir edim karşılığı olabileceği gibi herhangi bir karşı edim olmaksızın da gerçekleşebilir. Alacak bir edim karşılığı devrediliyorsa, burada karşı edimin miktarı önemli değil- dir. Gerçek değerinin altında bir edim karşılığı devir gerçekleşmiş olsa bile, alacak gerçek değeri ile devredilmiş olur ve devralan gerçek değer üzerinden alacağı talep edebilir⁴⁵⁹.

2.Alacakla Birlikte İntikal Eden Diğer Haklar

a.Genel Olarak

“Öncelik Hakları ve Bağlı Hakların Geçişi” başlıklı TBK.m.188, f.1 hükmüne göre, alacağın devri ile devredenın kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. TBK.m.188, f. 2 hükmü ise, asıl alacakla birlikte işlemiş faizlerin de devralana geçeceğini düzenlemiştir.

Bir öncelik hakkı veya bağlı hakkın devredenın kişiliğine özgü olup olmadığı, bu hakkı düzenleyen kanun hükmünün yorumundan anlaşılacaktır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ ENGİN, Garanti, s. 35; BUCHER, Kreditsicherung, s. 10.

⁴⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 796.

⁴⁵⁹ ENGİN, Garanti, s. 35.

⁴⁶⁰ BK-BECKER, Art. 170, N. 1.

Bir bağı hak sadece devredilen alacağı değil, devredenin başka haklarını da güvence altına alıyor ise, tereddüt halinde bağı hak-kın devreden hakları da etkilenmeyecek şekilde devralana geçtiği kabul edilmelidir⁴⁶¹.

Öncelik hakları ve bağı hakların devralana geçişi kanun gereği kendiliğinden gerçekleşir. Bu hakların devralanın malvarlığına geç-mesi için taraflarca ayrı bir devir işleminin gerçekleştirilmesine ge-rek bulunmamaktadır⁴⁶².

TBK.m.188 emredici bir hüküm değildir. Taraflar alacağın sade-ce bir kısmını devredebilecekleri gibi; kefalet, rehin gibi alacağa ilişkin güvence ve bağı hakların devir işlemi dışında tutulmasını kararlaştırmaları da mümkündür⁴⁶³. Devir işleminin etkilerini geniş-lettiği ölçüde bu yöndeki aksine anlaşmaların yazılı olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶⁴.

b.Öncelik Hakları (Rüçhan Hakları)

Alacağın devri ile öncelik hakları devralana geçer. Ancak öncelik hakkı alacaklının kişiliğine özgü bir hak ise öncelik hakları devrala-na geçmeyecektir⁴⁶⁵. Alacaklının kişiliğine özgü öncelik haklarının

⁴⁶¹ BK-BECKER, Art. 170, N. 9. Genel olarak verilmiş bir rehin hakkı öncelikle devredende kalan hakları güvence altına alacaktır (BK-BECKER, Art. 170, N. 9).

⁴⁶² BK-BECKER, Art. 170, N. 10. Bağı ve yan hakların geçişi devir tasarruf işleminin yasal sonucu olduğundan, bu geçiş bir yasa hükmü gereği geçiş (devir) olarak görünür (BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 170, N. 7).

⁴⁶³ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 170, N. 1; WEHRLI, s. 6; BUCHER, OR AT, s. 570; VON TUHR/ESCHER, s. 354.

⁴⁶⁴ BUCHER, OR AT, s. 570.

⁴⁶⁵ Örneğin İİK.m.101'e göre, " Borçlunun eşi ve çocukları ve vasi veya kayyımı olduğu şahıslar evlenme, velâyet veya vesayetten mütevellid alacaklar için önce icrası lâzım gelen takip merasimine lüzum olmaksızın ilk haciz üzerine satılan malın tutarı vezneye girinceye kadar aynı derecede hacze iştirak edebilirler. Şu kadar ki bu hak ancak haciz, vesayetin veya velâyetin veya evliliğin devamı esnasında veya zevalini takip eden sene içinde yapıldığı takdirde istimal olunabilir. Bir dava veya takibin devam ettiği müddet hesaba katılmaz. Borçlunun reşid çocukları Kanunu Medenin 321 inci maddesine müstenid alacaklarından dolayı önce icrası lazım gelen takip merasimine hacet kalmaksızın her zaman aynı derecede hacze iştirak edebilirler. Sulh mahkemesi dahi küçükler, vesayet altında bulunanlar veya kendilerine kayyım tayin edilmiş olanlar namına aynı suretle hacze iştirak edebilirler". Burada belirtilen

Yasakoyucu tarafından düzenlenmesinin sebebi kendisine öncelik hakları tanınan kişinin korunması ihtiyacıdır. Alacaklı tarafından bir alaçağı devralan kişinin asıl amacı ise alacak hakkının sahibi olmaktır.

Yasakoyucu bu esası benimserken bir yandan da diğer alacaklıların durumunu zorlaştırmamayı amaçlamıştır. Alaçağını takip eden diğer bir alacaklı karşısında kişiliği sebebiyle öncelik hakkı bulunan kişinin alaçağını bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, ondan alaçağı devralan kişinin diğer alacaklılar karşısında öne geçmesi ya da eşit konuma getirilmesi ve bu suretle diğer alacaklının durumunun güçleştirilmesi adil olmazdı.

Devredilen alacakla birlikte devralana geçen öncelik hakları, alacaklının şahsına tanınmış olmayan imtiyazlardır⁴⁶⁶.

Öncelik hakları İİK.m.206'da sıra ve tertipleriyle birlikte sayma suretiyle açıklanmıştır: Bunlar işçilerin ücret alacakları, çeşitli serbest meslek mensuplarının ücretleri, nafaka alacakları, mal birliği rejiminde karının elde edemediği kişisel mallarının yarısı⁴⁶⁷ vs.

Tapuya şerh verilmiş bir kişisel hakkın devri üzerine yeni alacaklının şerhin etkisinden yararlanması da bir başka örnek olarak gösterilmektedir⁴⁶⁸. Bu bağlamda alaçağın tapuya şerh edildiği ve bu şekilde nisbi alacak hakkının kuvvetlendirildiği durumlarda, tapuda şerhli bulunan alaçağı devralan kişi şerhin sağladığı bu etkiden yararlanacaktır. Burada hakkın şerh edilmesi ile sağlanan etki alacaklının kişiliğine özgü değil, aksine bizzat alaçağa ilişkindir.

öncelik alacaklının kişiliğine tanınmıştır. Nafaka alaçağını devralan kişinin de bu öncelik hakkından yararlanması mümkün değildir.

⁴⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 548.

⁴⁶⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda mal birliği rejimine yer verilmemiştir.

⁴⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 548; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 2; VON TUHR/ESCHER, s. 357.

c.Bağlı Haklar (Fer'i Haklar-Yan Haklar)

Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı haklar da alacakla birlikte devralana geçer (TBK.m.188, f.1). Burada devralana geçen bağlı haklar alacağa bağlı olan haklardır. Alacağı doğuran sözleşme ilişkisine bağlı olan (sözleşmeden dönme gibi) haklar alacağın devrinden etkilenmezler. Bu hakkı sözleşmenin tarafı olan kişi kullanabilir⁴⁶⁹.

Devredenin kişiliğine özgü olan haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak anlaşılmamalıdır⁴⁷⁰. Devredenin kişiliğine özgü olmayı daha ziyade alacaklının doğal veya mesleki özellikleri ya da işlem hayatında böylesi bir anlaşma olarak anlamak gerekir⁴⁷¹.

Bu haklar güvence altına alan, değiştiren ya da sınırlayan haklar olabilir. Tüm bu haklar aynı biçimde ele alınmalıdır⁴⁷².

Bağlı haklar rehin⁴⁷³ veya kefalet⁴⁷⁴ gibi alacağı güvence altına alan haklar ile faiz gibi alacağın kapsamını genişleten yenilik doğu-

⁴⁶⁹ ENGİN, Garanti, s. 35.

⁴⁷⁰ ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 62. Bu hakları büyük ölçüde aile hukukundan kaynaklanan haklarla sınırlayan BECKER'in aksi görüşte olduğu söylenebilecektir (BK-BECKER, Art. 170, N. 5).

⁴⁷¹ ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 62. Böylesi bir bağlantı taraf iradesinden de çıkarılabilir (BGE 103 II 80). Hangi mahkemenin yetkili olduğuna ilişkin yetki şartının alacağın nesnel karakterinden değil de, bir kişiye ilişkin ise, bu halde yetki şartı alacakla birlikte intikal etmez (ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 67).

⁴⁷² ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 30.

⁴⁷³ "Somut olayda, A...bank S... T... Şubesi lehine 25.08.2006 tarihinde tesis edilen rehinle teminatlandırılmış alacak, davalı tarafından düzenleme şeklinde noter senediyle temlik alınmış olup, davacının hacizlerinin rehinden sonraki tarihlerde konulduğu ihtilafsızdır. Söz konusu 07.06.2007 tarihli temliknamede, davalı Seyit'in rehinli alacağı, temlik bedelini nakden ve tamamen ödeyerek temlik aldığı yazılı olup, Borçlar Kanunu'nun 168/1 hükmü uyarınca, rehin hakkının da temlik alana geçtiğinin kabulü gerekir. Bu şekilde davalı alacağını ispat etmiş olduğu halde usule aykırı şekilde İsticvap davetiyesi çıkarılmak suretiyle ve davalının söz konusu davetiyeye icabet etmediği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir" (Yarg. 19. H.D., 14.10.2009 T., 2009/7311 E.-2009/9301 K. s.lı ilamı). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yarg. 11. HD., 05.02.2007 T., 2007/553 E.-2007/1364 K. s.lı ilamı.

⁴⁷⁴ "Davacının, dava dışı Şekerbank'ın davalıların kefil olduğu alacağını ödediği ve banka ile aralarında düzenlenen yazılı sözleşme ile banka alacağını davacının

ran haklardır⁴⁷⁵. Alacağı teminat altına almak için verilmiş olan rehin hakları ve kefile karşı olan alacak hakkı kendiliğinden devralana geçmektedir⁴⁷⁶. Alacağı güvence altına almak maksadıyla bir ipotek verilmiş ise, alacağın devri üzerine tapuda başkaca bir işlem yapmaya gerek bulunmaksızın ipotek yeni alacaklı olan devralana geçer⁴⁷⁷. Gene, taşınır rehninin ancak teslimle kurulması hükmünden farklı olarak (TMK.m.939) rehne konu taşınır mal, devralana teslim edilmeksizin, yeni alacaklı devir işlemiyle birlikte rehin hakkını kazanır. Fakat bu haktan devralanın yararlanabilmesi için rehnin kendisine teslim edilmesi gerekir ve devralan bu hakkını kullanabilmek için devredeni teslim zorlayabilir⁴⁷⁸. Meğer ki devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olsun⁴⁷⁹. Taşınır rehninin devredende kalması şartıyla devir yapılması durumunda, bu rehin hakkından feragat anlamına gelir. Alacak olmaksızın rehin de olmayacaktır. Bu halde alacak devralana geçerken, rehin hakkı sona ermiş olur⁴⁸⁰. Bir alacağı güvence altına alan taşınmaz rehninin devredende kalması kay-

temlikten aldığı hususu taraflar arasında çekişmesizdir. B.K. 163. maddesi hükmüne göre alacağın temlik sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması gerekir. Davacının dayandığı sözleşme Borçlar Kanununun öngördüğü şekle uygun yapılmış, yazılı bir temlik sözleşmesi olup, geçerlidir. Davacının temlikten aldığı banka alacağına, asıl borçlunun yanında davalının da müteselsil kefil olduğu anlaşıldığına göre; davalı borçtan dolayı davacıya karşı sorumludur. Mahkemece davalının sorumlu olduğu miktar belirlenerek tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir" (Yar. 13. H.D., 14.09.2005, 2005/7252 E.-2005/13176 K. s.lı ilamı).

⁴⁷⁵ SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 6; BGE 105 II 183 E 4; BGE 78 II 57 vd.; ENGİN, Garanti, s. 35.

⁴⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 549; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251; EREN, s. 1239.

⁴⁷⁷ İpotek hakkı kendiliğinden devralana geçmekle birlikte, devralan Tapu Sicil Müdürlüğüne başvurarak kendi adını sicile işlettirebilir. Tapu Sicili Tüzüğü m.84 hükmüne göre "Rehinli alacağın temlik halinde; kütük sayfasının ilgili kısmında eski alacaklının adı, soyadı ve baba adı kırmızı mürekkepli kalemle çizilir ve üzerine düşüncelere bakınız anlamına gelen "D.B." harfleri, düşünceler sütununda da rehinle ilgili harfle yeni alacaklının adı, soyadı, baba adı, işleme ait tarih ve yevmiye numarası yazılır".

⁴⁷⁸ Alacağın devri anından itibaren devreden artık devralan için zilyet olmaya devam eder (BK-BECKER, Art. 170, N. 10).

⁴⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251.

⁴⁸⁰ SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 25.

dıyla yapılan devir Art. 20 OR (TBK.m.27) anlamında batıl olarak görülmektedir⁴⁸¹. Bu sonuca iki farklı gerekçe ile ulaşılmaktadır. İlk olarak, taşınmaz rehni hakkı bunun temelinde olan alacaktan koparılamaz. İkinci olarak ise, taşınmaz rehni hakkından feragat ancak tapu sicil müdürlüğünde terkin beyanında bulunulmakla sona erdirilebilir. Taşınır rehninden farklı olarak şekil kuralına uyulmaksızın feragat mümkün değildir⁴⁸².

Devredilen alacak sayesinde doğmuş olan hapis hakkı (TMK.m.950) da alacağın devredilmesi üzerine kendiliğinden devralana geçecektir⁴⁸³. Tacirlere ilişkin hapis hakkının varlığına ilişkin karine (Art. 895, Abs. 2 ZGB-TMK.m.950, f. 2) ve alacağa ticari faiz yürütülmesi kişiye özgü olarak görülmektedir. Buna göre bu haklar henüz gerçekleşmemiş iseler devralana geçmez. Örneğin ticari faizin işlemeye başlamış olması gibi, hak ortaya çıkmış ise bu halde kişiye özgü olmayan bağlı ve yan haklar gibi o da devralana kendiliğinden geçerler⁴⁸⁴.

Devreden devir anından sonra devralanın durumunu güçleştirecek şekilde rehin hakkı üzerinde tasarrufta bulunmamalıdır. Aksi halde alacağını tahsil edemeyen devralana karşı devredenın tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ VON TUHR/ESCHER, s. 354.

⁴⁸² SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 25.

⁴⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 549.

⁴⁸⁴ BK-BECKER, Art. 170, N. 5.

⁴⁸⁵ “Alacağı temin eden ipoteğin yarısının davadan önce bankaca kaldırıldığı anlaşılmışsa da, Borçlar Kanununun hükümlerine göre temlik eden, alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamin olduğu gibi, feri mahiyette olan teminatın kaldırılması temin edilen alacağın varlığına ve onun temlikine etkili olamaz. İpoteğin kısmen kaldırılmış olmasından davacıların zarar görüp görmedikleri de, temlik edilen alacak borçlularından tahsil edilmemesi ve mevcut ipoteğin alacağı karşılamaması halinde anlaşılabacaktır. Dairemizin ilk kararında dört sayılı bent konusu bozma, mahkemenin kabul şekline göre yapıldığından, davacıların aynen ifayı istemek hakkı olduğundan tazminat davasını reddeden mahkemenin, davacıların zarar ve ziyanlarının tespitine girişmemesi de kanuna uygundur. Bu itibarla, davalının düzeltme istekleri yerinde ve kanuna uygun olduğundan, karar düzeltme isteğinin kabulü gereklidir” (Yarg. 11. HD., 26.6.1973 T., 1973/2781 E.-1973/2986 K.-UYGUR, C. IV, s. 4439).

İpotek kurulmasına dair yasal talep hakları (ZGB 837 vd.-TMK.m.893) rehin hakları gibi işlem görür⁴⁸⁶. İnşaatçı ipoteği bu kapsamda görülmektedir.

Alacak kısmen devredilmiş ise, bağlı haklar da aynı oranda devralana geçecektir⁴⁸⁷.

Alacağının tahsil edemediği takdirde, devralan bu ipotek veya taşınır rehninin paraya çevrilmesini talep edebilecek veya kefile başvurabilecektir. Ancak teminatlar fiilen kurulmamış ve sadece teminatların kurulacağına dair bir söz verilmiş ise, bu halde alacağın devri ile herhangi bir teminat devralana geçmiş olmayacaktır. Devralınan, taraf olmadığı bu taahhüde dayanarak söz konusu hakların kurulmasını isteyemeyeceği ifade edilmektedir⁴⁸⁸. Kanaatimce kendisine teminat verilmesi taahhüt edilen kişi, taahhüt eden kişiye karşı güvence verilmesine dair bir alacak hakkına sahiptir. Bu alacak hakkı da devredilebilir ve bu halde alacağı devralan, kendisine devredilen alacak için taahhüt edilen güvencelerin verilmesini isteyebilir.

Bir kişisel hak şerh ile kuvvetlendirilmiş ise, devir halinde bu hakkın sırası da korunur⁴⁸⁹.

Alacaklıya tanınan seçim hakkı, muacceliyet ihbarında bulunma hakkı⁴⁹⁰, borçlu temerrüdü halinde ifadan vazgeçip tazminat isteme hakkı alacağa bağlı sayıldığı için devralana geçen yenilik doğuran haklara örnek olarak gösterilmektedir⁴⁹¹.

İfayı talep etme⁴⁹², devir sonrası ortaya çıkan kusurlu imkânsızlık, kötü ifa durumunda TBK.m.112 gereğince tazminat isteme⁴⁹³, temerrüt nedeniyle gecikme zararını isteme ve ek süre vererek süre

⁴⁸⁶ GUHL/KOLLER, § 34 N. 30.

⁴⁸⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 252.

⁴⁸⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 549.

⁴⁸⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 362.

⁴⁹⁰ BUZ, s. 280.

⁴⁹¹ ENGİN, Garanti, s. 35; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 550.

⁴⁹² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 362.

⁴⁹³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 364.

süre sonunda vazgeçtiğini bildirip ifa etmemeden doğan zararın tazminini isteme (TBK.m.125), sonradan şartları gerçekleşen sözleşme cezasını isteme, ayıba karşı garanti hükümlerine başvurulabilen durumlarda ayıp sebebiyle ayıplı şeyin onarımını (TBK.m.475) veya ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme (TBK.m.227, b.4), mahkemeye veya icraya başvurma hak ve yetkilerinin devralana ait olduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁴.

Asıl edimle istenebilen ceza koşulu, alacağın devrinden önce muaccel olmuş ise, alacakla birlikte devredilmiş sayılmayacak ve ayrıca devredilmemiş ise sadece devralan tarafından istenebilecektir⁴⁹⁵.

HATEMİ/GÖKYAYLA, herhangi bir ayırım yapmaksızın ceza koşulunu isteme hakkının eski alacaklıya (devredene) ait olacağını ifade etmektedirler⁴⁹⁶. EREN, devir ile birlikte devredene ait tazminat ve ceza koşulu alacağının da devralana geçeceğini belirtmektedir⁴⁹⁷.

TBK.m.153'te belirtilen zamanaşımının durması sebepleri kişiye bağlıdır. Devreden açısından geçerli olan zamanaşımını durduran sebepler alacağın devri halinde artık söz konusu olmayacaktır. Devirle birlikte zamanaşımı işlemeye başlar. Çünkü zamanaşımını durduran olgu alacakla değil, alacaklının şahsıyla bağlantılıdır⁴⁹⁸. Eşlerden birinin diğerine karşı sahip olduğu alacak hakkı için zamanaşımı işlemezken, alacağın devri üzerine zamanaşımının işlemeye başlaması böyledir⁴⁹⁹⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 550; VON TUHR/ESCHER, s. 356-357.

⁴⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ; C. II, s. 550; VON TUHR/ESCHER, s. 356.

⁴⁹⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 362.

⁴⁹⁷ EREN, s. 1240.

⁴⁹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251-254; UZUN KAZMACI, s. 127; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 551.

⁴⁹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 551; UZUN KAZMACI, s. 127.

⁵⁰⁰ Alacağın devri zamanaşımı sürelerinin işlemesini etkilemez (VON TUHR/ESCHER, s. 221; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3606; BUCHER, OR AT, s. 568; EREN, s. 1241).

Alacağın yasal yollardan takibine ilişkin bir ayrıcalık söz konusu ise bu da bağlı hak kapsamında görülmelidir. Örnek vermek gerekirse, hamiline yazılı bir çekin karşılıksız çıkması sonrası yapılan ciro alacağın devri hükmündedir (TTK.m.793-eTTK.m.705)⁵⁰¹. Çek kambiyo senetlerine mahsus takip yolu ile icraya konu edilebilir. Karşılıksız çıkan çekin sonradan ciro edilmesi alacağın devri hükmünde olduğundan, devralan devreden meşru hamil gibi adi takibe kıyasla daha avantajlı olan kambiyo senetlerine mahsus takip yolu-na başvurulabilir⁵⁰².

⁵⁰¹ Hukuksal açıdan bu sonucun doğması için devredilen senedin kıymetli evrak vasfını haiz olması gerekir. Geçerlilik koşullarını taşımayan bir senette TTK.m.793 kapsamında alacağın devri sonucu doğmayacaktır. "Alacaklı C.D. tarafından borçlu M.A. hakkında 400 milyon liralık asıl alacağın tahsili için genel haciz yolu ile icra takibine geçilmiş ve 49 örnek ödeme emri 6.2.1997 tarihinde tebliğ edilmiştir. Borçlu vekili tarafından süresinde İcra Dairesine başvurularak borca ve alacaklının takip yetkisinin bulunmadığına değinilerek takibe itiraz edildiği görülmektedir. Takip dayanağı belgede tanzim tarihi bulunmadığı için TTK.'nın 688/6. maddesinde yazılı unsurun eksikliği sebebi ile bu belge kambiyo senedi vasfında değildir. Bu itibarla belge içeriğinde yazılı hakkın TTK. 593 ve müteakip maddelerinde yazılı kurallara göre ciro ve teslim ile intikal edeceğinden söz edilemez. B.K. 162. ve müteakip maddelerinde öngörülen ve yönteminde yapılmış bir alacağın temlik de bulunmadığına göre alacaklının takip hakkı yoktur. Yargılama ve takip sırasında sunulmayıp temyize cevap dilekçesine eklenen ve temlikname olduğu ileri sürülen belge temyiz aşamasında nazara alınamaz. Bu nedenlerle itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir" (Yarg. 12. H.D., 10.07.1997 T., 1997/7828 E.-1997/8297 K. s.lı ilamı). Aynı yönde bkz. Yarg. 13. H.D., 08.11.2010 T., 2010/5964 E.-2010/14681 K. s.lı ilamı.

⁵⁰² "Mahkemece ibrazdan sonra yapılan ciro ile çekleri devir alan alacaklının ihtiyati haciz isteyemeyeceği sonucuna herhangi bir gerekçe gösterilmeden varılmıştır. Oysa ibrazdan sonra yapılan ciro TTK'nun 705 nci maddesi uyarınca alacağın temlikinin hukuki sonuçlarını doğurur ise de, çekin kıymetli evrak niteliği devam eder. Alacağın temlik yolu ile çeki temellük eden kişi, lehdarın tüm haklarına sahip olur ve kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurabileceği gibi, ihtiyati haciz de isteyebilir. Cironun temlik hükmü doğurması, alacaklının yetkili hamil olmasını engellemez, sadece borçlunun lehdara karşı ileri sürebileceği def ileri hamile karşıda ileri sürebilmesini sağlar.

Hamiline yazılı bir çekin ibraz süresinin geçmesinden sonra teslim ile değil, ancak alacağın temlik veya ciro ile devir edilebileceğinin kabulü gerekir. TTK'nun 705 nci maddesinde yer alan hüküm, çekin tabi olduğu kambiyo hukuku devir şekline göre tedavül kabiliyetinin ibraz süresinin sonuna veya ödememe hususunun tespitine kadar mevcut olabileceğine işaret etmektedir. Teslim ile el değiştirme bu tür çeklerde ibraza kadar olup, ibrazdan sonra teslim alan meşru hamil değildir. İhtiyati

İlama bağlanmış bir alacağın devri halinde, devralanın ilamlı icra yoluna başvurup başvuramayacağı değerlendirilmelidir.

Öğretide ilama dayalı bir alacağın devri halinde, devralanın ilamı icra ettirip ettiremeyeceği konusuna olumlu yaklaşılmaktadır⁵⁰³. Buna göre, ilama dayalı bir alacağı devralan yeni alacaklı, borçluya karşı ilamların icrası yoluna başvurabilecektir⁵⁰⁴.

Alacağın icra takibine konu edilmesi ve takibe konu alacağın devri halinde, takipten kaynaklanan haklar devralana geçer⁵⁰⁵. Devralan takip alacaklısının yerine geçer ve takip alacaklısı ile takip hukukundan kaynaklanan aynı haklara sahip olur⁵⁰⁶⁵⁰⁷. Alacağı devralanın aynı borç ilişkisinde müteselsilen sorumlu olan biri olması da buna engel teşkil etmemektedir⁵⁰⁸. İsviçre Federal Mahkemesi alaca-

haciz isteyen alacaklı teslim ile değil, ciro ile çeki devir almış olup, yetkili hamildir. İİK'nun 257 nci maddesine göre, vadesi gelmiş alacaklar için ihtiyati haciz istenebilmesinin koşulları alacağın muaccel olması ve rehinle temin edilmemiş bulunmasıdır. Mahkemece alacaklının yetkili hamil olduğu kabul edilip, talebinin sadece anılan koşullar bakımından değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, hukuki dayanağı bulunmayan yazılı gerekçe ile alacaklının ihtiyati haciz talebinin reddi doğru olmamıştır" (Yarg. 11. HD., 25.01.2010 T., 2010/273 E.-2010/659 K. s.lı ilamı).

⁵⁰³ DEMİR, s. 197; KURU, C. III, s. 2163; ÜSTÜNDAĞ, s. 359; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 781.

⁵⁰⁴ Avukatlık Kanunu m.35/A kapsamında uzlaşma tutanağına dayalı alacağın devri halinde, devralanın ilamların icrası yolundan yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin olumlu değerlendirme için bkz. DEMİR, s. 196 vd.

⁵⁰⁵ BGE 91 II 7, 10; BGE 96 I, 2 E. 2.

⁵⁰⁶ KURU, Alacağın Temliki, s. 216.

⁵⁰⁷ "Somut olayda, takip alacaklısı Ziraat Bankasına halef olarak alacağın bir kısmını temlik alan temlik alacaklısı, fazla hacizlerin kaldırılması talebinde bulunmuş, kendisinden Harçlar Kanununun 23. maddesine göre vazgeçme harcı istenilmiştir. Yukarıda belirtilen yasa maddeleri nazara alındığında Ziraat Bankasına halef olan alacaklıdan vazgeçme harcının istenilmesi mümkün değildir" (Yarg. 12. H.D. 08.03.2011 T., 2010/22664 E.-2011/2832 K. s.lı ilamı).

⁵⁰⁸ "Somut olayda, takip dayanağı çekte; ... Paz. Ltd. Şti. keşideci olup, çek Mehmet K. emrine düzenlenmiş, onun beyaz cirosu ile Kemal K.'ya geçmiş, daha sonra takip alacaklısı hamil İbrahim B. tarafından bankaya ibraz edilmiştir. Açıklanan bu durum karşısında; çek yasal sürede bankaya ibraz edildiğine ve ciro silsilesinde bir kopukluk bulunmadığına göre yetkili hamil olan alacaklı İbrahim B.'nın, kendisinden önceki ciranta Kemal K.'ya dosya borcunu temlik etmesinden sonra, Kemal K., hamilin tüm haklarına sahip olup, kendisinden önce çekte yer alan diğer

ğı devreden takip alacaklısının sadece daha sonra tahsile yetkili ve-
kil olarak devralan ile mahsuplaşmak üzere takibe devam etme
hakkını saklı tutmuş ise devam edebileceği görüşündedir⁵⁰⁹. Federal
Mahkemeye göre tahsil amacıyla haciz işlemi uygulanmış bir alaca-
ğın kısmen devri halinde, paraya çevirme talebini devreden ve dev-
ralanın birlikte yapmaları gerekir⁵¹⁰.

Takibe konu alacağı devralan devir işlemi ile birlikte takip dos-
yasında işlemler yapmaya başlayabilir. Takip dosyasında işlem yapı-
labilmesi devrin borçluya bildirilmesine bağlı değildir⁵¹¹.

İcra takibine konu edilmiş bir alacağın kısmen devredilmiş ol-
ması halinde, devralan devredenle birlikte takibe devam ederler.
Burada alacağı kısmen devralan ile takip alacaklısı devreden arasın-
da ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur⁵¹².

Aksine bir anlaşma olmadığı sürece alacağa bağlı hakların dev-
redilen alacakla birlikte devralana geçtiği varsayılır. Yasa koyucu
burada bağlı hakların alacakla birlikte devralana geçeceğine dair bir
karine getirmiştir. Tarafların bu konuda ayrıca bir anlaşma yapma-
larına gerek yoktur. Bu sonuç devirle birlikte kendiliğinden gerçek-
leşir. Taraflar bunun aksini kararlaştırma imkanına sahiptirler⁵¹³.

cirantalar ve keşideci, temlik alana karşı müteselsilen sorumludurlar. Bir başka
anlatımla hamil İbrahim B.'nın, dosya alacağını son ciranta Kemal K.'ya temlik
etmesi, çekteki diğer borçluları "müteselsil sorumluluk" esası gereği borçtan
kurtarmaz ve bu borçlular yönünden alacaklılık ve borçluluk sıfatının birleştiğinden
sözedilemez" (Yarg.12. H.D., 17.3.2011 T., 2011/3486 E.-2011/3783 K. s.lı ilamı).

⁵⁰⁹ BGE 96 I, 2 E. 2.

⁵¹⁰ BGE 49 III 24, 26.

⁵¹¹ "Somut olayda zamanaşımı itirazında bulunan borçlu Ö... İnşaat Tesisat San.ve Tic.
Ltd. Şti. hakkında 8.6.2009 tarihinde haciz isteminde bulunulduktan sonra, bu borçlu
için 23.12.2009 tarihine kadar yapılmış bir takip işlemi bulunmamaktadır. Alacağın
temlik edilmiş olması halinde temlik bildirimi takibin devamı için zorunlu bir işlem
olmadığından, bir başka anlatımla temlik alan alacaklı, temlik bildirimini yapmamış
olsa da takibe devam edebileceğinden 11.9.2009 tarihli temlik bildirimi işlemi
zamanaşımını kesmez. Borçlu Ö... İnşaat Tesisat San.ve Tic. Ltd. Şti. hakkında
zamanaşımı itirazının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin
reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir" (Yarg. 12. H.D., 02.03.2011 T.,
2010/21990 E.-2011/2356 K. s.lı ilamı).

⁵¹² KURU, Alacağın Temliki, s. 220.

⁵¹³ ENGİN, Garanti, s. 36.

Örneğin kefaletin alacağı güvence altında tutmaya devam edeceği ancak işlemiş ve işleyecek faiz bakımından devreden hak sahibi olarak kalacağının kararlaştırılmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır.

TBK.m.189, f.2 devir anına kadar işlemiş olan faizin devralana geçeceğini belirtmiştir. Kanunda bu düzenlemeye yer verilmemiş olsa idi dahi sonucun değişmeyecek olduğu, faizin bağlı hak olmasının doğal sonucu devir anına kadar işlemiş olman faizin devralana geçtiğini kabul etmek gerektiği kanaatindeyim.

TBK.m.189, f. 2 hükmünün önemi devir anına kadar işlemiş temerrüt faizi açısından bir karine getirmiş olmasıdır. Alacağın devrinden sonra işleyecek olan gecikme faizlerinin devralana geçeceği açıktır. Yasakoyucu devredilen alacağa ilişkin işlemiş olan gecikme faizinin kime ait olduğu hususunda bir karine getirmiştir⁵¹⁴. Devreden bu karinenin aksini ispat ederek, devir öncesi işlemiş olan faizin kendisinde kalmasının kararlaştırılmış olduğunu ispat edebilir. Böyle bir ispat getirilemediği takdirde, devir öncesi işlemiş olan temerrüt faizinin de asıl alacakla birlikte devralana geçtiği kabul edilmek gerekir⁵¹⁵. Devir öncesi işlemiş faizin devredende kalacağının kararlaştırıldığı hususu hukuki işlemlere ilişkin genel ispat hükümleri çerçevesinde gerçekleşir⁵¹⁶.

Devirden önce gerçekleşen temerrüt faizinin devralana geçmeyeceği, devirden sonra geçen temerrüt faizinin ise devralana geçeceği de savunulmaktadır⁵¹⁷.

Devirle birlikte devralana geçecek olan faizler hem yasal faiz, hem de sözleşmesel faizdir⁵¹⁸. Kanun bunlar arasında herhangi bir

⁵¹⁴ SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 22; BGE 77 II 366.

⁵¹⁵ Aynı yönde bkz. BK-BECKER, Art. 170, N. 6.

⁵¹⁶ Bkz. HMK.m. 200 vd. İsviçre Hukukunda da işlemiş faizlerin devralana geçmesini engelleyen anlaşmanın –geçerlilik bakımından- yazılı şekle tabi olmadığı belirtilmektedir (BUCHER, OR AT, s. 570).

⁵¹⁷ VON TUHR/ESCHER, s. 356, 571; BUCHER, OR AT, s. 571; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3589; EREN, s. 1240.

⁵¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251; VON TUHR/ESCHER, s. 355; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 7; EREN, s. 1240; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s.

ayırım yapmamıştır. Ancak sadece kanuni faizin alacakla devralana geçeceği, sözleşmesel faizin bu kapsamda olmadığı yönünde görüş de bulunmaktadır⁵¹⁹.

Henüz işlememiş faizler yeni alacaklının malvarlığında doğacaktır. Bu bağlı hakların devir işlemi ile birlikte devralana geçmesinin doğal sonucudur.

Gene daha önce belirtildiği gibi, işlemiş faizlerin devir kapsamı dışında tutulması mümkündür⁵²⁰.

İşlemiş faizle sınırlı olmaksızın, henüz işlememiş faizlere ilişkin hakların da devredende kalması yönünde bir devir mümkün müdür? Faiz bağlı bir haktır. İşlemiş olan faiz asıl alacaktan bağımsız olarak talep edilebilir. Henüz doğmamış faizin dayanağı olan alacak üzerinde tasarruf hakkı kalmayan devreden devirle birlikte faizi talep hakkını yitirir. Bundan sonra faiz alacağı devralan tarafından talep edilebilir. İşleyecek olan faizin de kendi uhdesinde kalmasını isteyen devreden devralanla bu yönde bir anlaşma yapabilir. Bu halde devre rağmen devreden faiz alacağını talep edebilir. Bu TBK.m.189/Art. 170 OR hükmünün yedek hukuk kuralı olmasının sonucudur⁵²¹. Tarafların böyle bir anlaşma yapmaları durumunda devir sonrası doğacak faiz alacağı devralanda değil, devredenin uhdesinde doğacaktır⁵²². Tasarruf işleminin kapsamını genişleten, bu konuda yasal düzenlemenin aksine hüküm içeren anlaşmanın yazılı şekilde yapılması gerekir⁵²³.

Faiz için ayrı bir kupon düzenlenmiş ise bu Art. 170 OR-TBK.m.188 anlamında bağlı hak olarak görülmez ve alacakla birlikte devralana geçmez⁵²⁴.

549, dn. 74; ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 95; BUCHER, OR AT, s. 571; BGE 77 II 366.

⁵¹⁹ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 10.

⁵²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s.549.

⁵²¹ HUGUENIN, AT, N. 1337; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 25.

⁵²² VON TUHR/ESCHER, s. 350, dn. 27.

⁵²³ BUCHER, OR AT, s. 570; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 25.

⁵²⁴ BK-BECKER, Art. 170, N. 6; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 10; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 8, 22.

Tacirin devrettiği alacağa ticari faiz uygulanabilmesi için –borçlu gibi- devralanın da tacir olması gerektiği ifade edilmektedir⁵²⁵. Buna karşın bu görüşün sadece devreden tacir olması durumunda kabul edilebileceği; tacir olmayan birine borçlu olan tacirin alacaklısının alacağı bir başka tacire devretmesi halinde alacağa ticari faiz uygulanmasının kabul edilebilir olmadığı, borçluyu koruyan hükümler ışığında bunun adil olmayacağı belirtilmektedir. Alacak devredilmemiş olsaydı adi faiz ödeyecek olan tacir borçlunun sırf alacağın bir başka tacire devredilmesi sebebiyle daha yüksek faiz ödemek zorunda kalması adil değildir⁵²⁶. Kanaatimce tacirin devrettiği ticari alacağa devralanın tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari işlere uygulanacak faiz oranı uygulanmalıdır. Aynı alacağa devralanın sıfatına bakılarak kişiden kişiye değişecek şekilde farklı faiz oranlarının uygulanması doğru görülemeyecektir.

Alacağın devrinden önce TBK.m.122-Art 104 OR kapsamında oluşan aşkın zarar, yani temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar devirle birlikte kendiliğinden devralana geçmez. Aşkın zararı talep hakkı devredendir. Alacağın devrinden sonra oluşacak aşkın zarar ise devralana geçektir⁵²⁷.

Beklenen ürünleri (müstakbel semereleri) talep hakkı⁵²⁸, devredilen alacağa veya onun teminatına ilişkin tazminat hakları devirle intikal eden haklardandır⁵²⁹.

Mülkiyetin saklı tutulması kaydıyla satışta mülkiyeti saklı tutma kaydının da geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi konuya olumlu yaklaşmaktadır⁵³⁰. Hem devreden, hem de devralanın devrin özel sicile kaydedilmesini isteyebilecekleri ifade edilmektedir⁵³¹. Öğretide bu konuya olumsuz yaklaşan görüş de mevcuttur⁵³².

⁵²⁵ VON TUHR/ESCHER, s. 355 vd.

⁵²⁶ SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 8.

⁵²⁷ BUCHER, OR AT, s. 571; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 9.

⁵²⁸ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 4.

⁵²⁹ BK-BECKER, Art. 170, N. 2.

⁵³⁰ BGE 46 II 45, 47= Pra 1920, 68; BGE 77 II 127, 133 E. II.

⁵³¹ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 170, N. 8; GUHL/KOLLER, § 34 N. 30.

⁵³² VON TUHR/ESCHER, s. 355. Yazarlar mülkiyeti saklı tutma kaydının geçip geçmeyeceğini tarafların iradelerine bağlamaktadır (s. 335). Tartışmalar için bkz. ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 45; BUCHER, OR AT, s. 571.

Mülkiyeti saklı tutma kaydı ile satışta, mülkiyet hakkının saklı tutulmasının, bedel alacağının teminatını değil; bedelin ödenmemesi halinde sözleşmeden dönüldüğü takdirde, malın iadesini kolaylaştıran bir yol olduğu, bu nedenle alacağın devri ile birlikte TBK.m.189, f. 1 gereği, saklı tutulan mülkiyet hakkının devralana geçmeyeceği isabetli olarak ifade edilmektedir⁵³³.

Özellikle devredenin kişiliği dikkate alınarak konulmuş olmadığı takdirde, alacağa ilişkin tahkim ve yetki klozu da devirle birlikte intikal eden bağlı haklardan görülmektedir⁵³⁴.

III.ALACAĞIN DEVRİNDEKİ ÜÇLÜ İLİŞKİ

1.Alacağı Devreden ile Borçlu Arasındaki İlişki

Alacağı devreden ile borçlu arasında farklı hukuksal nedenlerden kaynaklanabilen bir alacaklı-borçlu ilişkisi mevcuttur. Ancak alacağın devri ile alacaklı artık alacağı talep etme hakkını yitirir. Bunun doğal sonucu olarak borçlunun –alacağını devretmek suretiyle alacak hakkını yitiren- alacaklısına ifa etme borcu ortadan kalkar. Bu durum borçlunun borcunu ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Alacağın devri sadece ifayı farklı bir kişiye –yani yeni alacaklı olan devralana- yapma zorunluluğu getirir. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde borçlunun devirden haberdar olmaması ve alacaklısına ifada bulunması durumunda onun iyiniyetinin korunacağı ve geçerli bir ifanın sonuçlarının doğacağı esası benimsenmiştir.

Alacağın devrinde borçlunun rızası aranmaz. O, kural olarak alacaklısının sahip olduğu alacağını devretmesine itiraz edemez. Borçlunun alacaklının alacağını devretmesine engel olamamasından dolayı onun da mağdur edilmemesi, korumasız bırakılmaması gerekir. İşte bundan dolayı Yasakoyucu borçlunun devreden kendi alacaklısına karşı sahip olduğu hakları yeni alacaklı olan alacağı devralana karşı da ileri sürebilmesi prensibini benimsemiştir.

⁵³³ ÖZAKMAN, s. 76-77.

⁵³⁴ ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 24; BGE 103 II 75, 77 E. 3; BGE 128 III 50, 62 E. 3b; BGE 117 II 94, 100 E. 5c/cc.

2.Devralan İle Borçlu Arasındaki İlişki

Alacağın devri işleminden önce devredilen alacağın borçlusu ile devralan arasında hiç bir hukuksal ilişki olmayabileceği gibi, bunlar arasında devredilen alacakla bir ilgisi bulunmayan farklı hukuksal ilişki ve ilişkiler bulunması da mümkündür.

Alacağın devri ile devredilen alacağın alacaklısı değişir. Buna karşın borçlu tarafta herhangi bir değişiklik olmaz⁵³⁵. Eski alacaklı olan devredenin yerine devirle birlikte artık yeni alacaklı olarak devralan geçer. Bunun doğal sonucu olarak devralan devredenin sahip olduğu haklara sahip olur⁵³⁶. Yukarıda da ifade edildiği üzere, devralan devredene karşı sahip olduğu tüm savunma imkânlarını yeni alacaklısı olarak karşısına çıkan devralana karşı da ileri sürebilir (TBK.m.188, f.1). Yasakoyucu borçlunun, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebileceğini belirtmek suretiyle borçluya devralan ile arasındaki ilişkileri de ileri sürme imkânı tanımıştır.

Devralan ile borçlu arasındaki hukuki ilişki, alacaklı ile borçlu arasındaki borcun doğumuna yol açan borç ilişkisine dayanır. Devralan, devredenden sözleşmeye dayalı bir alacağı devralmış ise, borçlu ile aralarındaki ilişkiye o sözleşmeye ilişkin hükümler; haksız fiilden doğan bir alacak devralınmış ise, haksız fiillere ilişkin hükümler ve son olarak devre konu alacağın kaynağı sebepsiz zenginleşme ise, bu halde borçlu ile

⁵³⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3601.

⁵³⁶“(…) Dava, makine kırılması sigorta poliçesine dayalı rücu tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davacı sigorta şirketinin sigortalısına teminat kapsamı dışında ödeme yaptığı, buna göre makine kırılması sigorta sözleşmesine dayalı halefiyet hakkının doğmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmiş ise de, davacı sigorta şirketi ile sigortalısı dava dışı Ekiciler İnşaat A.Ş. arasında düzenlenen 3.10.2007 tarihli ibraname belgesiyle davacı sigorta şirketi, hasar ile ilgili olarak sigortalının üçüncü şahıslara karşı olan talep ve dava haklarını temlikle devralmıştır. Başka bir deyişle, dava dışı mal sahibi şirket dava konusu hasar ile ilgili olarak davalıdan talep edebileceği alacağını B.K.’nın 162 ve devamı maddeleri uyarınca davacı sigorta şirketine temlik etmiştir. Bu durumda davacının sigorta ilişkisi dışında alacağın temlik hükümlerine göre talep hakkı bulunmaktadır” (Yarg. 11. HD. 15.02.2011 T., 2009/8767 E.-2011/1699 K. s.lı ilamı). Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD. 15.03.2011 T., 2009/10375 E.-2011/2757 K. s.lı ilam.

aralarındaki ilişkiye sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵³⁷.

Borçluya yapılan bildirimin şekli olarak ve çekince ileri sürülmeksinin kabulü, borcun tanınması, özellikle devredende bulunan alacağın takasından feragat olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³⁸. Bu görüşü savunan yazara göre, borçlunun devrin geçerliliğini kontrol edebilecek durumda olmadığı hallerde bu durum bir tanıma olarak görülmemelidir. Gene kendisine yapılan bildirim üzerine borçlunun sessiz kalması dürüstlük kuralına aykırı görüldüğü hallerde de onun bu sessizliği borcun tanınması olarak görülmelidir⁵³⁹.

Gerçekten de uygulamada alacağı devralan kişiler devri bildirirken aynı zamanda, alacağın var olduğuna ve üzerinde bir takyidat, kısıtlama olmadığına dair teyit yazısı talep etmektedirler. Borçlunun alacağın varlığını teyit etmek zorunda olmadığı ifade edilmektedir⁵⁴⁰. Borçlunun bu bildirimce cevap vermesi gerektiği savunulabilir ise de⁵⁴¹, kanaatimce borçlunun alacağın varlığını teyit etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Borçlunun yapılan bildirim karşısında sessiz kalmasından borcun varlığını kabul ettiği, savunma haklarından feragat ettiği sonucu çıkarılamaz⁵⁴². Meğer ki borçlunun buna dayanması dürüstlük kuralına aykırılık oluştursun. Bu halde bildirimce rağmen sessiz kalan borçlunun korunmaması gerekir. Borçlunun yapılan bildirimce cevap vermesi ve alacağın varlığını teyit etmesi halinde de bunun borcun tanındığı ve savunma haklarından feragat edildiği şeklinde yorumlanması mümkün olmamak gerekir⁵⁴³. Bir an için ani edimli borç ilişkilerinde borçlunun teyidi borcun tanınması ve savunma haklarından feragat olarak kabul edilse dahi, kanaatimce en azından sürekli borç ilişkileri bakımından bu sonuç hiçbir şekilde mümkün görülmemek gerekir. Örneğin bir kira sözleşmesinden kaynaklanan kira paralarının devredildiği ve kira sözleşmesinin ve kira bedelinin borçlu tarafından yazılı olarak teyit edildiği hallerde, kira söz-

⁵³⁷ KILIÇOĞLU, s. 801; BK-BECKER, Vorbem. Zu Art. 164-174, N. 4.

⁵³⁸ BK-BECKER, Art. 164, N. 53.

⁵³⁹ BK-BECKER, Art. 164, N. 53.

⁵⁴⁰ BUCHER, OR AT, s. 565 dn. 110.

⁵⁴¹ VON TUHR/ESCHER, s. 369.

⁵⁴² BUCHER, OR AT, s. 565, dn. 110.

⁵⁴³ BUCHER, OR AT, s. 565, dn. 110.

leşmesi devam ederken kiracı lehine bir alacak hakkı doğduğunda kiracının bunu devralana karşı ileri sürmesine bir engel bulunmamalıdır.

Gene belirtmek gerekir ki, alacağın devri Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir kurum olup, ticari olup olmadıklarına bakılmaksızın tüm borç ilişkilerinde başvurulabilecek bir kurumdur. Ticari yaşamın yazılı olmayan kuralları, yerleşik uygulama dikkate alındığında borçlu tacirin kendisine yapılan bildirim üzerine teyit yazısını cevaplaması gerektiği savunulabilir ise de, tacirin teyit yazısı vermemesine TTK.m.23, f. 3'te belirtilen hukuki sonuç bağlanamayacaktır.

Kamu kurumlarının satın alma işlemlerinde de, kamu kurumunda olan alacağa güvenilerek alacakları devralan ticari şirketlerin (özellikler faktoring şirketleri) kamu kurumlarından verilen teyit yazılarına güvenleri de aynı şekilde korunmak gerekecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, teyit yazısına kamu kurumlarının cevap vermek gibi bir zorunluluğundan da bahsedilememek gerekir.

Borçlunun bildirim üzerine yapacağı teyidin borcun tanınması olarak görülmesi şeklinde genel bir kabul mümkün olmamakla birlikte, borçlunun davranışının borcun tanınması ve takas hakkından feragat anlamına gelip gelmediğinin değerlendirilmesinde her defasında somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir karara varılmalıdır⁵⁴⁴.

3.Devreden ile Devralan Arasındaki İlişki

a.Genel Olarak

Alacağın devrinin en önemli sonucu alacağın devreden malvarlığından çıkıp, devralanın malvarlığına geçmesidir. Devredilen alacak alacağın devrine yönelik tasarruf işlemi ile kendiliğinden devralana geçtiği için devreden yükümlü olduğu anda edimi ifa etmiş olur.

Ancak bununla birlikte alacağın devrinde devredene yasal bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Bunlar alacağa ilişkin belge ve bilgileri verme yükümlülüğü (TBK.m.190), devrin amacına ulaşmasını engellememe yükümlülüğü ve garanti yükümlülüğüdür (TBK.m.191-193).

⁵⁴⁴ ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 21.

b.Devredenin Yükümlülükleri

aa.Alacağa İlişkin Belge ve Bilgileri Verme Yükümlülüğü

“Senet ve Belgelerin Teslimi ve Bilgi Verilmesi” başlıklı TBK.m.190 hükmüne göre devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür.

Senet ve belgelerin teslimi ve bilgi verilmesi yükümlülüğü devredene yüklenmiştir. Devredenın gerçek kişi ya da özel veya kamu hukuku tüzel kişisi olması fark etmez. Bir alacağı devreden iflas idaresi ya da icra dairesi de hakkını arayabilmesi için gerekli senet, belge ve bilgileri devralana teslim etmekle yükümlüdür.

Devredenın bu yükümlülüğünün kapsamının ne olduğu piyasa teatmüllerine göre belirlenir⁵⁴⁵.

Kanun devralanın haklarını ileri sürebilmesini kolaylaştırmak için bu düzenlemeyi getirmiştir. Bu nedenle devralanın işini kolaylaştırabilecek olan her türlü borca ilişkin her türlü belge ve ispat araçları devralana teslim edilmelidir. Alacağa ilişkin çıkarımlar denilebilecek hususlar da bu kapsamdadır⁵⁴⁶. Dürüstlük kuralı ve örf ve âdete göre alacağın ileri sürülebilmesi için önemli olduğu söylenebilecek olan bilgiler devralana aktarılması gereken bilgilerdir⁵⁴⁷.

Borcun kaynağı olan yazılı sözleşme ya da (devreden-borçlu ilişkisinde) yazılı borç tanınması Kanunun devralana verilmesi gerektiğini belirttiği belgelerdir⁵⁴⁸.

İspat araçları olarak kullanılabilecek belgeler de devralana teslim edilmesi gereken belgelerdendir. Bunlar somut olayın niteliğine bakılarak alacağın varlığını veya talep edilebilirliğini etkileyebilecek, taraflar arasında bir ihtilaf çıkması durumunda yargılamanın seyrini etkileyebilecek olan belgelerdir.

⁵⁴⁵ BK-BECKER, Art. 170, N. 11.

⁵⁴⁶ SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 17.

⁵⁴⁷ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 170, N. 13; Bu bilgilerin içeriğine ilişkin olarak bkz. OGer AG SJZ 1947, 93 Nr. 30; VON BUEREN, OR AT, s. 335, Anm. 91.

⁵⁴⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 170 OR, N. 12; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 18.

Belgelerin teslimi yükümlülüğünden söz edilebilmesi için bunların mevcut olması gerekir⁵⁴⁹. Çünkü var olmayan bir şeyin tesliminden bahsedilemesi mümkün değildir⁵⁵⁰.

Alacaklı ispat araçlarına zilyet değil ise o bu belgeleri oluşturmalıdır⁵⁵¹.

Devralana ticari defterlerden kayıt sureti verilmeli, mümkünse ona inceleme imkânı tanınmalıdır. Alacaklı ticari defterlerini devralana teslim etmekle yükümlü değildir⁵⁵².

Alacak bir senede bağlanmış ise bu senedin devralana verilmesi gerekir. Ancak senet devreden açısından başka hakları ispatı için önemli ise, bu halde onu teslim etmeyip bir kopya ya da suretini verebilir⁵⁵³⁵⁵⁴. Örneğin alıcıdan olan bedel alacağını devreden satıcı, devir sırasında satış sözleşmesinin yazılı olduğu senedi devralana vermek zorunda değildir. Çünkü bu senette taraflar arasındaki sözleşmenin koşulları da bulunabilir. Devredilen alacağın o sözleşmede sadece bir parça olduğu düşünüldüğünde, satıcının daha sonra da o senede ihtiyacı olacağı açıktır. Bu durumda sadece sözleşmenin bir nüshasının alıcıya verilmesi devralanın alacağını ispatlaması için yeterli olacaktır⁵⁵⁵. Alacağın kısmen devredildiği hallerde de aynı şekilde bir kopya düzenlenerek devralana verilmelidir⁵⁵⁶⁵⁵⁷. Herhalde senedin sınırlı bir süre için de olsa devralana

⁵⁴⁹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 18.

⁵⁵⁰ BUCHER, örf ve adet gereği devralanın talep edebileceği ispat araçlarını oluşturmak zorunda olduğunu belirtmektedir (BUCHER, OR AT, s. 573).

⁵⁵¹ BK-BECKER, Art. 170 OR, N. 11; ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 82; VON BUEREN, OR AT, s. 335; BGE 51 III 73.

⁵⁵² ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 13; ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 84.

⁵⁵³ BK-BECKER, Art. 170, N. 11; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 259; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 362; UZUN KAZMACI, s. 129; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 551.

⁵⁵⁴ Devralana teslim edilen senet ve belgelerin mülkiyeti doğrudan devralana geçecektir (ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 74).

⁵⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 551.

⁵⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 551; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 27; VON TUHR/ESCHER, s. 333; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 13; ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 83.

⁵⁵⁷ Alacağın kısmen devredilmiş olması halinde, devralan alacağın varlığını gösterir belgelerin kendisine verilmesini isteme hakkına sahip değildir. Çünkü bu belgeler

bırakılması söz konusu olabilir⁵⁵⁸. Ancak devralan ile borçlu arasında davaya konu bir çekişme ortaya çıktığı takdirde, devreden kendisinde alıkoyduğu bu tür belgeleri –özellikle ticari defterleri- HUMK.m.221 (HUMK.m.334) gereğince mahkemeye ibraz etmekle yükümlü tutulabilir⁵⁵⁹.

Devredilen alacak bir güvenceye bağlanmış ise, bu halde güvenceye ilişkin belgelerin de alacağı devralana verilmesi gerekir. İpotek belgesi, kefalet vb. bağlı haklara ilişkin belgeler devirle birlikte devralana verilmelidir ki, yeni alacaklı yasanın kendisine tanıdığı bu güvenceden kaynaklanan hakları ispat edebilsin.

Kefalet ve rehin gibi güvenceler alacağın devri ile kendiliğinden devralana geçer. Banka teminat mektupları açısından durum değerlendirilecek olursa, öncelikle belirtmek gerekir ki, banka teminat mektupları bağlı haklardan olan kefalet sözleşmesi olarak görülemez. Banka teminat mektubu TBK.m.128 anlamında bir üçüncü kişinin fiilini üstlenme bir garanti sözleşmesidir⁵⁶⁰ ve bağlı bir hak olmayıp bağımsız bir borç ilişkisidir. Yargıtay bir kararında “Müflis (A) Bankası A.Ş. tarafından (C) A.Ş. lehine 1.000.000 dolarlık teminat mektubu verilmiştir. Muhatap (B) A.Ş. (C)’den olan alacağını 3.7.1993 tarihli alacağın temlik sözleşmesi ile davacı (D) Ltd. firmasına temlik etmiştir. Teminat mektubunun paraya çevrilmesi koşulları oluşuktan sonra doğan alacağın temlik geçerli olup, bankanın muvafakatı aranmaz. Bu durumda alacağı temellük eden davacı, alacakla tahsil yetkisini de elde ettiğinden alacağını teminat mektubu veren müflis bankanın iflas masasına kaydettirebilir. Mahkemece bu yönler gözetilerek davanın kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır” şeklinde görüş bildirmiştir⁵⁶¹. Öğretide bu karar eleştirilmektedir. Öncelikle teminat mektubunun bir kefalet oluşturmaması sebebiyle, garanti edilen alacağın devriyle –yani muhatap (B)’nin lehtar (C)’den olan alacağını devralan (D)’ye devretmesiyle- teminat mektubunun yeni alacaklıya (devralana) geçmeyeceği, bankaya karşı bir talepte bulunula-

alacağın devredilmemiş kısmı için de ispat aracı işlevi görecektir. Alacağı kısmen devralan kişiye onaylı bir suret verilmesi yeterli olacaktır.

⁵⁵⁸ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 170, N. 15; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 27; VON TUHR/ESCHER, s. 333.

⁵⁵⁹ TEKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 260.

⁵⁶⁰ YİBK, 11.6.1969 T., 69/4-6 K.

⁵⁶¹ Yarg. 19. HD., 18.6.1998 T., 1998/4504 E.-1998/5230 K. s.lı ilamı.

bilmesi için teminat mektubu ile garanti edilen alacağın değil, teminat mektubundan dolayı muhatabın –somut olayda (B)’nin- bankaya karşı alacağının devredilmesi gerektiği; ancak teminat mektubundan doğan veya doğacak olan alacağın devrinin de, mektubu veren bankaya başvuru için yeterli olmayacağı belirtilmektedir⁵⁶². Gene mektubun tazmini muhatap tarafından istenmedikçe alacağın devri sözleşmesinin bankaya karşı ileri sürülemeyeceği, muhatap değişikliğinin ancak bankanın kabulü ile gerçekleşeceği, ancak muhatabın teminat mektubunun paraya çevrilmesini istemesinden sonra –paraya çevirme talebinden önce veya daha sonra yaptığı teminat mektubundan doğmuş alacağın devrinin bankaya karşı ileri sürülebileceği ifade edilmektedir⁵⁶³. Yargıtay kararında çok açık olmamakla birlikte, muhatabın (B) lehtardan (C) olan alacağını devretmesinden bahsedildiği gibi, alacakla birlikte teminat mektubu meblağını da tahsil yetkisi elde ettiğinin kabul edildiği, bu görüşlere katılmanın mümkün olmadığı görüşü de ifade edilmektedir⁵⁶⁴. Yargıtay kararında bir yandan “*Muhatap (B), (C) A.Ş.’den olan alacağını (...) (D) firmasına temlik etmiştir*” denmekte, öte yandan devamında “*Teminat mektubunun paraya çevrilmesi koşulları oluştuktan sonra doğan alacağın devri geçerli olup, borçlunun muvafakati aranmaz*” ifadesine yer verilmektedir. Açıkçası Yargıtay’ın tam olarak neyi kastettiği net olarak anlaşılamamaktadır.

Alacağın devri halinde alacağı devralan kişinin alacakla birlikte onu tahsil yetkisini de doğal olarak elde ettiğinden, artık bankadan ödeme yapmasını talep hakkının alacağı devralana geçtiği görüşü de savunulmaktadır⁵⁶⁵⁵⁶⁶.

⁵⁶² REİSOĞLU, Banka Teminat Mektubu, s. 204-205.

⁵⁶³ REİSOĞLU, Banka Teminat Mektubu, s. 205.

⁵⁶⁴ REİSOĞLU, Banka Teminat Mektubu, s. 205.

⁵⁶⁵ BARLAS, Banka Teminat Mektupları, s. 85. BARLAS, REİSOĞLU’nun alacağın devri halinde ödemeyi talep yetkisinin hala devredende olduğunu ileri sürerek, bu durumun banka teminat mektuplarında alacağın devrinin önemini azalttığını ileri sürmesinin yerinde olmadığını, yazarın sözleşmeye bağlı haklar ile alacağa bağlı hakları karıştırdığını ve bu nedenle yanlış sonuca vardığını belirtmektedir (BARLAS, Banka Teminat Mektubu, s. 85, dn. 263).

⁵⁶⁶ BARLAS, banka teminat mektuplarının yasa ile düzenlenmediğini, doğal olarak bundan doğan alacakların devrini engelleyen bir yasa hükmü bulunmadığını, söz konusu alacağın niteliği gereği devredilemeyen alacaklardan da olmadığını, bu nedenle muhatabın rizikonun gerçekleşmesiyle doğan bu alacağını banka ödeyene kadar devredebileceğinin genel kabul gördüğünü, buna göre muhatabın riziko

Kanaatimce, banka teminat mektubunda muhatabın bankanın muvafakati olmaksızın değişmesi mümkün değildir. Muhatap ile lehtar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan alacağın devri ile banka teminat mektubunun tazminini talep hakkı devralana geçmez. Tazmini talep hakkı muhatapta kalmaya devam eder. Bundan dolayı devralanın bankadan alacağı talep edebilmesi için, muhatabın bankadan olan teminat mektubu alacağını devretmesi ve teminat mektubunun paraya çevrilmesi koşullarının oluşmasıyla muhatabın bankadan usulüne uygun tazmin talebinde bulunması koşullarının gerçekleşmesi gerektiği görüşüne⁵⁶⁷ katılıyorum. Banka teminat mektubu bağlı bir hak olarak değerlendirilemeyeceğinden, bir borç ilişkisindeki tüm alacaklar devredilmiş olsa dahi, banka teminat mektubunun devralana verilmesi yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Banka teminat mektubundan kaynaklanan alacak devredildiği takdirde, teminat mektubu devralana teslim edilebilir. Ancak gene de devralan kendi adına tazmin talebinde bulunamaz. Devralanın tazmin talebini temsilci sıfatıyla yapması mümkündür. Bu amaçla devralana bankadan devreden nam ve hesabına tazmin talebinde bulunmaya ve teminat bedelini kabza yetkili olduğunu gösterir temsil belgesi verilmelidir.

Kanun senet ve bilgilerin devralana verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Düzenlemede hangi senet ve bilgilerin verilmesi gerektiği konusunda somutlaştırma mevcut değildir. Bu nedenle hangi senet ve bilgilerin verilmesi gerektiği hususunda objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Burada her türlü senet ve bilgi değil, devir sözleşmesi kapsamında devredilen alacağı ilgilendiren ve devredilen alacağın devralana ifa edilmesi hususunda hukuken etkili olabilecek belgelerin teslimi ve bilgilerin verilmesi devredenin yükümlülüğü kapsamında görülmelidir⁵⁶⁸. Esasa etkili olmayan bilgilerin verilmesine gerek yoktur.

Kanunun burada amaçladığı şey alacağın ispata yarayan delil ve belgelerin devralana verilmesidir⁵⁶⁹.

gerçekleşmeden önce de (alacak doğmadan) devredilebileceğini belirtmektedir (BARLAS, Banka Teminat Mektupları, s. 85).

⁵⁶⁷ REİSOĞLU, Banka Teminat Mektubu, s. 205. DOĞAN, henüz tazmin talebinde bulunulmaksızın banka teminat mektubundan doğacak alacağın devredilmesi halinde bankanın muvafakati olmadığı sürece paraya çevirme hakkının alacaklıda olduğunu belirtmekle aynı görüşü benimsemiştir (DOĞAN, s. 159-160).

⁵⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 552.

⁵⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 552.

Kanunun alacağı devredene getirdiği bu yükümlülük bir aydınlatma yükümlülüğüdür⁵⁷⁰. Kanunda bu yönde bir hüküm bulunmasaydı dahi devreden dürüstlük kuralı gereği belge ve bilgileri teslimle yükümlü olacağı söylenebilirdi. Zira bu yükümlülük asli edim yükümlülüğünün (alacağın devrinin) yerine getirilmesine hizmet eden bir yan edim yükümlülüğüdür. Yan edim yükümlülüklerinin temelinde ise dürüstlük kuralı mevcuttur (TMK.m.2)⁵⁷¹.

Alacağın vadesi belli kayıt ve şartlara bağlanmış ise, bunların ne olduğu, ifa yeri, borçlunun adresi gibi konularda alacağı devreden devralanı aydınlatmakla yükümlüdür⁵⁷².

Devredenin bu yükümlülüğüne aykırı davranması devrin geçersizliğine yol açmaz. Senet ve belgelerin teslim edilmemesi nedeniyle devralanın bir zarara uğraması halinde, devreden bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır⁵⁷³. Devredenin bu yükümlülüğü yan edim yükümlülüğü olduğundan dolayı bunun asıl edimden bağımsız olarak dava edilmesi mümkündür⁵⁷⁴.

TBK.m.189/Art. 170 OR hükmünün uygulanma alanı sadece iradi devirlerle sınırlı değildir. Alacağın mahkeme kararı ile devrinin sağlandığı haller ile, alacağın kanun gereği geçtiği hallerde de bu hüküm uygulanma alanı bulacaktır⁵⁷⁵.

bb.Devrin Amacına Ulaşmasını Engellememe Yükümlülüğü

Alacağın devri ile amaçlanan şey alacağın alacaklının malvarlığından çıkıp, yeni alacaklı olan devralanın malvarlığına geçmesi ve devralanın bu alacağına kavuşmasıdır.

“Devrin amacına ulaşmasını engellememe yükümlülüğü” adı altında açıkça düzenlenmiş bir yükümlülüğe kanunda rastlanmamaktadır. Dev-

⁵⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 552.

⁵⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 484, dn. 462; UZUN KAZMACI, s. 85.

⁵⁷² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 552.

⁵⁷³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3676; KILIÇOĞLU, s. 797.

⁵⁷⁴ ENGİN, Garanti, s. 43; UZUN KAZMACI, s. 85.

⁵⁷⁵ ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 7; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 28.

redenin bu yükümlülüğü dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır⁵⁷⁶. Bu yükümlülük niteliği itibariyle bir sürekli kaçınma yükümlülüğüdür. Çünkü, devreden alacakların devrinin amacına ulaşmasına engel olma davranışından sözleşme süresince kaçınmak zorundadır⁵⁷⁷.

Alacağı devreden devir sonrasında bazı fiil ve davranışları sebebiyle, alacak ortadan kalkar, azalır ya da tahsil edilemez ise, devreden bundan sorumlu olur⁵⁷⁸. Örneğin bir satış sözleşmesinden kaynaklanan satış bedelini ivaz karşılığı devreden satıcı, satılanı alıcıya teslim etmekle yükümlüdür. Alacağı devreden satıcı, alıcıya (devir borçlusu) satılanı teslim etmedikçe borçlu devralana ifada bulunmama hakkına sahiptir. Alacağını devreden satıcının teslimden kaçınması devrin amacını engelleme olarak görülecektir. Bundan dolayı devralana karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır⁵⁷⁹.

Alacağın devri tasarruf işlemi ile devreden alacağı üzerindeki tasarruf hakkını yitirmekle birlikte, yetkisiz olarak alacağı ikinci kez devretmesi söz konusu olabilir. Borçlunun iyiniyetli olarak ikinci kez devralana ifada bulunması durumunda ilk devralan ve gerçek hak sahibi olan kişi devredilen alacağa kavuşamamış olur. Sözleşmeye aykırı davranışıyla devralanın alacağını elde edememesine neden olan devreden, sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle ilk devralana karşı TBK.m.112 çerçevesinde sorumlu olur.

⁵⁷⁶ ENGİN, Garanti, s. 43-44.

⁵⁷⁷ SELİÇİ, s. 98; UZUN KAZMACI, s. 86.

⁵⁷⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 260.

⁵⁷⁹ Bu durum aynı zamanda devredenin garanti yükümlülüğünü ihlal olarak da görülmektedir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 260). İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında Art. 169, Abs. 1 OR hükmünün geniş yorumlanması gerektiğini; edim karşılığı devirlerde devreden sadece alacağın sadece devir sırasındaki varlığını değil, devralan tarafından elde edilmesini mümkün kılacak işleri yapmayı da garanti etmiş sayıldığını belirtmiştir. Somut olayda devir tarihinden sonra, fakat borçluya bildirim yapılmadan önce, devreden eski alacaklının borçludan bir miktar ödünç para almış ve borçluya takas ileri sürmesi imkanı sunmuştu. Federal Mahkeme bunu garanti yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmişti (BGE 82 II 522). Kanaatimce burada kanun hükmünün geniş yorumlanarak bunun garanti yükümlülüğü altında görülmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanun açıkça devir sırasında alacağın varlığının garanti edilmesini düzenlemiştir. Elbette devir ile amaçlanan devralanın alacağa kavuşmasıdır. Yeni alacaklı olan devralanın devir işlemi ile amaçlanan alacağa kavuşmasını engellemek hem dürüstlük kuralına aykırıdır; hem de sözleşmeye aykırılık olarak görülmelidir.

cc.Garanti Yükümlülüğü

aaa.Genel Olarak

Alacağın devrinde devredenin alacağın varlığına ya da borçlunun ödeme gücüne⁵⁸⁰ ilişkin olarak hangi koşullarda sorumlu olacağı onun garanti yükümlülüğünün var olup olmadığı ya da garanti yükümlülüğünün⁵⁸¹ kapsamını belirler.

Öğretide TBK.m.191’de “Garanti” ifadesinin kullanılması eleştirilmekte, bu terimin Türkçe olmadığı, ancak Türk Hukuk diline garanti sözleşmesi adı altında girdiği, terim kargaşasına yol açmamak için TBK’da “tekeffül” denen sözleşme yükümlülüğünün karşılığı olarak garanti terimi kullanılmak yerine tekeffül terimi alıkonmayacak idiyse, “sağlama yükümlülüğü” denmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir⁵⁸².

Devredenin garanti yükümlülüğünün konusu devir anında ya da alacağın muacceliyeti veya iptal edilebilirliği anında alacağın mevcut olup olmadığı ya da borçlunun ödeme kabiliyetinin bulunup bulunmadığıdır⁵⁸³. Devreden dilerse bunların dışında başkaca hususları garanti edebilir. Örneğin devredenin borçlunun ifa konusunda istekliğini de garanti etmesi de mümkün görülmektedir⁵⁸⁴.

Alacağın devrinde garanti yükümlülüğü devreden-devralan ilişkisinde söz konusudur⁵⁸⁵. Prensip olarak devralan sadece kendi karşı sözleşmesine –yani devredene- karşı sorumluluk iddiasında bulunabilir⁵⁸⁶. Alacağın ardarda devredilmiş olduğu durumlarda kural olarak devredenin son-

⁵⁸⁰ Borçlunun ödeme gücüne ilişkin garantiye ilişkin olarak “alacağın sağlamlığı” terimi de kullanılmaktadır (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 561).

⁵⁸¹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 365.

⁵⁸² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 365.

⁵⁸³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3736; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 2; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 171, N. 16; BGE 63 II 17; BGE 61 II 102, 104 E. 2.

⁵⁸⁴ BK-BECKER, Art. 171, N. 12; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 2.

⁵⁸⁵ BSK OR I-GIRSBERGER, Vorbem. zu Art.171-173, N. 1; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 1.

⁵⁸⁶ BK-BECKER, Art. 171, N. 1.

raki devralanlara karşı garanti sorumluluğu bulunmamaktadır. İlk devreden sadece ilk devralanın ilk devredene karşı sahip olduğu garanti talep haklarını da devretmiş olması⁵⁸⁷ ya da ilk devredeninin sonradan devralana karşı bizzat garanti sorumluluğunu üstlenmiş olması durumunda sorumlu tutulabilecektir⁵⁸⁸.

Türk Borçlar Kanununda devredenin garanti yükümlülüğü 191 ila 193 üncü maddeler arasında düzenlenmiştir.

Garanti yükümlülüğü devir sebebine dayanmakta olup, öğretide bu konunun edim karşılığı olmayan devirlerde bağışlama sözleşmesine, edim karşılığı olan devirlerde ise ilgili sözleşmeye, örneğin satış sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinde düzenlenmesi gerektiği de savunulmaktadır⁵⁸⁹. Kanaatimce alacağın devrinde devredenin garanti yükümlülüğünün genel hükümler kapsamında düzenlenmiş olması daha isabetli olmuştur. Aynı yönde hukuksal sonuçlar içerecek şekilde her bir sözleşme ilişkisi için ayrı ayrı düzenleme yapılması pek de pratik sayılamayacak bir hareket tarzı olurdu.

Alacağın devrinde garanti yükümlülüğüne ilişkin hükümler uygulanma sırası bakımından satış ve bağışlamaya ilişkin genel garanti yükümlülüğü hükümlerinden önce gelir⁵⁹¹.

Alacağın varlığına ilişkin garanti, alacağın devir sırasında var olduğunun garanti edilmesidir. Alacağın devir sırasında var olması, alacağın belirtilen anda muaccel olduğu anlamına gelmemektedir. Alacak bir yıl vadeli olsa dahi mevcuttur. Vadenin devralanın tahmin etmediği kadar uzun olduğu ortaya çıktığı takdirde, devralan devir sözleşmesini esaslı

⁵⁸⁷ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 7; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 6; BGE 53 II 111 E. 3.

⁵⁸⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 171 OR, N. 2; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171 OR, N. 6; BGE 63 II 317 E. 5.

⁵⁸⁹ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 171, N. 2; VON TUHR/ESCHER, s. 332; UZUN KAZMACI, s. 152; AYBAY, s. 191; ENGİN, Garanti, s. 63.

⁵⁹⁰ Alman Hukukunda devredenin garanti sorumluluğu alacağın devrine ilişkin hükümler arasında düzenlenmemiştir. Önceleri bu sorumluluk satış ve trampa sözleşmelerine ilişkin ortak hükümler arasında yer almakta iken (BGB § 437-440), 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren tadil yasası ile bu düzenlemeler kaldırılmış ve hakların satışı için genel hükümlere atıf yapılmıştır (UZUN KAZMACI, s. 152, dn. 613).

⁵⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3734; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 1; BGE 90 II 490 E. 5; BGE 79 II 156 E. 3; BGE 82 II 522 E. 4b; 47 II 186.

hataya dayanarak ortadan kaldırabilir ve sözleşme ilişkisinin tasfiyesi bağlamında, ifa ettiği edimin kendisine geri verilmesini isteyebilir⁵⁹².

Alacak devir sözleşmesinde belirtildiği şekilde ve kapsamda var olmalıdır⁵⁹³. Alacağın devir sözleşmesinde borçlu olduğu bildirilen kişiye karşı kısmen dahi geçersiz olmaması⁵⁹⁴ da bu kapsamdadır⁵⁹⁵.

İleride doğacak bir alacağın devri halinde alacağın varlığına ilişkin garanti, alacağın devredenın şahsında doğacağına ilişkin olarak görülmektedir⁵⁹⁶.

Devredilen alacak şarta bağlı ise ve bu şart devir sırasında henüz gerçekleşmiş değil ise, bundan haberdar olmadan alacağı devralan kimsenin devir sırasında alacağın bulunmadığını ileri sürmesinin mümkün olduğu, ancak bu hususta dürüstlük kuralı denetimine önem vermek gerektiği; şayet şartın kısa bir süre sonra gerçekleşeceği anlaşılıyor ise, devralanı biraz bekletmenin doğru olacağı ifade edilmektedir⁵⁹⁷.

Kanun garanti yükümlülüğünde devir anını esas almaktadır. Alacak devir anında mevcut olmalıdır ya da borçlu devir anında ödeme gücüne sahip olmalıdır. Alacak daha sonra muaccel olaksa muaccel olduğu an, alacak fesih ile doğaksa feshin gerçekleştiği an esas alınır⁵⁹⁸. Bu andan sonra alacağın ortadan kalkmasından dolayı riski devralanın taşıyacağı ifade edilmektedir⁵⁹⁹.

Yasakoyucu alacağın varlığına ve borçlunun ödeme gücüne ilişkin olarak devredenın garanti yükümlülüğünü devrin bir edim karşılığı olması şartına bağlamıştır (TBK.m.191, f.1, 2). Bu koşul mevcut ise, yani alacağın devri bir edim karşılığında gerçekleşmiş ise, devreden alacaklı hem borcun varlığını, hem de borçlunun ödeme gücü bulunduğunu devralana karşı garanti etmiş olur (TBK.m.191, f. 1).

⁵⁹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 260.

⁵⁹³ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 14; BK-BECKER, Art. 171, N. 7.

⁵⁹⁴ BGE 26 II 731.

⁵⁹⁵ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 14.

⁵⁹⁶ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 20.

⁵⁹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 260.

⁵⁹⁸ SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 14.

⁵⁹⁹ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 171, N. 9.

Alacak herhangi bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ise, devreden ne alacağın varlığından ne de borçlunun ödeme gücünden sorumludur (TBK.m.191, f.2). Alacağın sözleşmeye dayalı olmaksızın, kanun gereği yeni alacaklıya geçtiği hallerde de herhangi bir edim karşılığı olmayan devirlerde olduğu gibi devredenin herhangi bir garanti yükümlülüğü bulunmamaktadır (TBK.m.192, f.2).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu devredenin garanti yükümlülüğü bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun sisteminden edim karşılığı olan devirler bakımından ayrılmıştır. BK.m.169 edim karşılığı olmayan devirde hiç bir garanti yükümlülüğü getirmezken, edim karşılığı olan devirde ise prensip olarak sadece alacağın varlığından devredeni sorumlu tutmuş; borçlunun ödeme gücüne ilişkin olarak ise, ancak devredenin bunu ayrıca taahhüt etmiş olması koşuluyla sorumlu olması esasını benimsemiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise, edim karşılığı olmayan devir bakımından aynı esası düzenlemekle birlikte, edim karşılığı gerçekleşen devir halinde ise alacaklının hem alacağın varlığını, hem de borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olduğu varsayımından hareket etmiştir⁶⁰⁰. Belirtilen nedenlerle alacağı edim karşılığı devreden, borçlunun ifa gücünü de garanti etmektedir. Devreden borçlunun borcunu ifa edememesinin sonuçlarına katlanmak zorundadır.

Edim karşılığı alacağın devredildiği hallerde garanti yükümlülüğüne ilişkin yasada yapılan değişiklik menfaatler dengesini bozduğu gerekçeyle eleştirilmektedir⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ “Alacağın temlik i vaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamindir.

Ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun aczinden mesul değildir.

Temlik meccanen vaki olmuş ise temlik eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zamin olmaz” (BK.m.169).

⁶⁰¹ ENGİN, Alacağın Temlik i ve Borcun Nakli, s. 161-162. AKSOY, iktisadi açıdan bakıldığında TBK.m.191 hükmü ile getirilen ve alacağı ivaz karşılığı devreden tarafın borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti ettiğini öngören düzenlemenin verimlilik sağlamadığını, kıt kaynakların israfına yol açtığı için son derece isabetsiz olduğunu ifade etmektedir (s. 159). Yazar, alacak borçlusunun ödeme güçsüzlüğünden devredenin sorumlu tutulması halinde alacağı devreden tarafa önleyemeyeceği, azaltamayacağı ve hatta kimi zaman haberdar dahi olamayacağı risk yüklendiğini, bu düzenlemenin alacağın devri kurumunun işlevi ve varlık amacına da tamamen aykırı olduğu kanaatindedir. Yazar çoğu kez alacağın devri işleminin gerçekleştirilmesinin amacının alacağın elde edilememesi riskinin alacağı devralana yüklemek olduğunu ifade etmektedir. Yazar Yasakoyucunun bu

Alacağı devredenin garanti sorumluluğuna ilişkin yasal normlar emredici hükümler değildir⁶⁰². Taraflarca aksi kararlaştırılabilir ve devreden alacaklının alacağın varlığına ve borçlunun ödeme gücüne ilişkin olarak hiç bir şekilde sorumlu tutulmayacağı kararlaştırılabilir⁶⁰³. Devredenin garanti yükümlülüğü tamamen kaldırılabileceği gibi, sadece daraltılması da mümkündür⁶⁰⁴. Gene aynı şekilde tam tersine taraflar garanti yükümlülüğünü genişletilebilirler⁶⁰⁵. Taraflar devredenin sadece belirli bir süre için garanti yükümlülüğü bulunacağını da kararlaştırabilirler. Bu halde devralan bu süre içerisinde alacağın tahsili için gerekli adımları atmak zorundadır. Devredenin garanti sorumluluğuna en erken alacağın tahsil edilemeyeceği sabit olduğunda gidilebilecektir⁶⁰⁶.

Devralanın devredenin garanti sorumluluğu bakımından sınırsız bekleme hakkı yoktur. Devredenin garanti sorumluluğu süresinin üst sınırı alacağın zamanaşımı süresidir⁶⁰⁷. Alacak zamanaşımına uğradığı takdirde artık devredenin garanti sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Alacak zamanaşımına uğrayana kadar gerekli adımları atmayan devralan kendi ihmalinin sonuçlarına katlanmalıdır.

Devredenin garanti yükümlülüğü bulunmadığı edim karşılığı olmayan devirde, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Yani edim karşılığı olmayan devirde de devreden alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü iradi olarak garanti edebilir⁶⁰⁸.

hususları gözardı ederek düzenleme yapmış olduğunu, bu durumda ya tarafların tamamlayıcı hukuk kurallarının aksine düzenlemeler yaparak gereksiz işlem maliyeti gerçekleştireceklerini ya da bunun yapılmadığı hallerde taraflar arasındaki menfaat dengesine aykırı hukuki sonuçlar ortaya çıkacağını belirtmekte ve iktisadi gerçeklerden uzak ve alacağın devri kurumunun işlevlerine yabancı olan TBK.m.191 hükmünün kanunun yürürlüğü süresince ciddi hukuki ihtilaflar yaratmaya gebe olduğunu savunmaktadır (s. 159).

⁶⁰² SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 1.

⁶⁰³ Aynı yönde bkz. ENGİN, Garanti, s.70; BK-BECKER, Art. 171, N. 4.

⁶⁰⁴ ENGİN, Garanti, s.70. Sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu sınırlamalar burada da geçerlidir (BGE 90 II 490 E. 5).

⁶⁰⁵ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 2; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 171, N. 7; BK-BECKER, Art. 171, N. 4.; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 1.

⁶⁰⁶ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 171, N. 13; ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 36.

⁶⁰⁷ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 38.

⁶⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 798.

Alacağı devredenin garanti sorumluluğu ayıba ve zapta karşı garanti sorumluluğunda olduğu gibi bir kusursuz sorumluluk halidir. Devreden devredilen alacağın var olmadığını veya borçlunun savunmalarına maruz kalacağını bilmede, bu konuda iyiniyetli olsa dahi devralana karşı sorumludur⁶⁰⁹.

Şüpheli olarak nitelenen bir alacağın satımı halinde garanti sorumluluğu bulunmamaktadır⁶¹⁰. Zira işin niteliği gereği alacak zaten şüpheli olarak nitelendirilmiştir ve sözleşmenin her iki tarafı da alacağın şüpheli olduğunu bilerek devir işlemini gerçekleştirmişlerdir.

Zaten tahsil etmiş olduğu bir alacağı garanti olmaksızın satan devreden garanti sorumluluğu bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulamayacağını ileri süremez⁶¹¹. Devreden alacaklının miras yolu ile iktisap etmiş olduğu alacağı devretmesi ve alacağın miras bırakan tarafından hali hazırda zaten tahsil edilmiş olduğunun ortaya çıkması durumunda da hukuksal durum aynıdır⁶¹². BECKER mirasçının mirasbırakanın daha önceden alacağı tahsil etmiş olmasından dolayı garanti sorumluluğunu reddedebileceğini, ancak sorumsuzluk şartına rağmen sebepsiz zenginleşmeden dolayı devralana karşı sorumlu olacağını ifade etmektedir⁶¹³.

Devredenin hileli hareket etmesi halinde, devrin edim karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın devredenin sorumlu olması hukukun genel prensiplerinden çıkarılabilecek bir sonuçtur⁶¹⁴. Devredenin sessiz kalması tereddüt etmesinden, emin olmamasından kaynaklanıyor ise bu halde hileden bahsedilemez⁶¹⁵. Sadece zararlarının tazmini ile yetinmek istemeyen devralanın devrin temeli olan borçlandırıcı işlemi (pactum de cendo) irade fesadı nedeniyle iptal edebileceği ifade edilmektedir⁶¹⁶. Edim karşılığı olmayan devirde devre konu alacağın hiçbir şekilde mevcut ol-

⁶⁰⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3738; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 7; ENGİN, Garanti, s. 69.

⁶¹⁰ OSER/SCHOENENBERGER, Art. 171, N. 7; BK-BECKER, Art. 171, N. 4; ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 3.

⁶¹¹ BGE 38 II 141 Erw. 3; ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 4.

⁶¹² ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 4.

⁶¹³ BK-BECKER, Art. 171, N. 4.

⁶¹⁴ BGE 90 II 499; WEHRLI, s. 19; BK-BECKER, Art. 171, N. 3; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 7.

⁶¹⁵ BK-BECKER, Art. 171, N. 3; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 7.

⁶¹⁶ SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 7.

madığı konusunda susması ya da daha sonradan kötünietli biçimde alacağın ortadan kalkmasına yol açması durumunda devreden en azından devralanın masraflarını telafi etmekle yükümlü tutulabilir⁶¹⁷.

Alacağın kanun gereği bir başkasına geçmiş olması halinde, alacaklı ne alacağın varlığından, ne de borçlunun ödeme gücünden sorumludur. Yasakoyucu alacağın kanun gereği geçişi ile alacağın edim karşılığı olmaksızın devrini garanti yükümlülüğü bakımından aynı kefeye koymuştur (TBK.m.191, f. 2)⁶¹⁸.

Bir alacak (örneğin her biri % 50 olmak üzere) kısmen (A)'ya, kısmen de (B)'ye devredildiği ve daha sonra alacağın devredilen kapsamda bulunmadığı ortaya çıktığı takdirde, ilgili kısmi alacakların oransal olarak indirileceği ifade edilmektedir⁶¹⁹. Yani buna göre, önce ilk kısmi devir, sonraki kısmi devirden önce gelmeyecektir. Burada her iki devralana karşı garanti yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna karşın değişken bir alacağın birbiri ardına kısmi tutarlarda devredilmesi halinde, önceki devir işleminin sonrakinin önüne geçeceği, çünkü burada önce devredilen kısmi alacağın çok yüksek rakamlandırıldığına söylenemeyeceği belirtilmektedir⁶²⁰.

bbb.Edim Karşılığı Olmayan Devir ve Alacağın Kanun Gereği Geçişinde Garanti Yükümlülüğü

Yukarıda da belirtildiği üzere alacağın kanun gereği geçtiği durumlarda ve herhangi bir karşı edim alınmaksızın alacağın devredildiği hallerde devredenin garanti yükümlülüğü yoktur. Bu hallerde alacağın varlığı da, borçlunun ödeme gücü de garanti edilmemektedir. Devralanın ya da alacak kendisine kanun gereği geçen kimsenin eski alacaklıya karşı herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir.

Alacağın edim karşılığı olmaksızın devrinde⁶²¹ alacaklı alacağın varlığını ya da borçlunun ödeme gücü bulunduğunu ayrıca taahhüt etmiş

⁶¹⁷ WEHRLI, s. 19.

⁶¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 798.

⁶¹⁹ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 19; BK-BECKER, Art. 171, N. 8.

⁶²⁰ BK-BECKER, Art. 171, N. 8; SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 12.

⁶²¹ Edim karşılığı olmama bağışlamaya ya da vasiyete dayanır (ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 40).

ise⁶²², devralana karşı sorumlu olabilecektir. Alacağı devredenin garanti yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olmaması nedeniyle, devredenin devralana bu konuda taahhütte bulunmasına engel bulunmamaktadır.

TBK.m.191, f. 2'deki bu düzenlemenin sebebi, hiçbir karşılık almaksızın alacağını devretmiş olan kişinin, ayrıca bir garanti taahhüdü bulunmadıkça ("Alacak geçersiz çıkarsa ve/veya tahsil edilemezse ben karşılarım" gibi), sorumlu tutulmamasının hakkaniyet gereği olmasıdır. Zaten hiçbir şey vermeden bir alacağı tahsil etme şansı elde eden kişinin (devralan), bu alacağın varlığı ve tahsil edilebilirlik risklerini de üstlenmiş sayılması adil görülmüştür. Gene, önceki alacaklının devir iradesi hatta niyeti olmadan bir kanun hükmüyle alacağının başkasına geçtiği durumlarda da, eski alacaklısının kendisinin yapmadığı bir işlem sebebiyle sorumlu tutulması da adil görülmemiştir⁶²³.

Edim karşılığı olmayan iradi devirde devredenin belirtilen şekilde sorumlu olmaması asıl ise de, devredenin ağır kusuruna dayalı sorumluluğuna ilişkin Art. 248 OR (TBK.m.294-BK.m.243) hükmünün burada da uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir⁶²⁴. Ancak Art. 171 (TBK.m.191) hükmünün Art. 248 OR (TBK.m.294) hükmüne kıyasla özel hüküm teşkil ettiği ve öncelikli olarak uygulanması gerektiği de öğretilde savunulmaktadır⁶²⁵.

TBK.m.191 hükmünün devredeni diğer zararlardan da sorumlu tutmasından dolayı sorumluluğunun genişlediği gerekçesiyle, örneğin devralanın üçüncü kişilere karşı taahhütlerini yerine getirememesi nedeniyle uğradığı zararları da talep edebileceği belirtilmektedir⁶²⁶.

⁶²² Böylesi bir taahhüdün Art. 243, Abs. 1 (TBK.m.288, f. 1) gereği yazılı olarak gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir (ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 33). Daha önce ilgili bölümde belirttiğim üzere, devir sözü vermenin ivazsız olması halinde dahi şekle bağlı olmadığı kanaatindeyim.

⁶²³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 562.

⁶²⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 262; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3737.

⁶²⁵ SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 16.

⁶²⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 364.

ccc.Edim Karşılığı Devirde Garanti Yükümlülüğü

Edim karşılığı devirde alacağı devreden hem alacağın varlığını⁶²⁷, hem de borçlunun ödeme gücünü garanti eder.

TBK.m.191, f. 1 hükmüne göre, “Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur”.

Devredenin bu garanti yükümlülüğü kanunun devrin edim karşılığında yapılmış olmasına bağladığı sonuçtur. Tarafların aralarında ayrıca bu yönde anlaşma yapmalarına ya da devredenin tek yanlı bir taahhütte bulunmasına gerek yoktur⁶²⁸.

Bir devrin edim karşılığı yapıldığını ispat yükü bundan yarar sağlayacak olan devralana aittir. Devralan devrin edim karşılığı gerçekleştiğini, devredilen alacağın hiç ya da devir sözü vermede olduğu gibi bulunmadığını ispat etmelidir⁶²⁹.

TBK.m.191, f. 1 kapsamında borcun sağlamlığından dolayı devreden sorumlu tutulabilmesi için yeni alacaklının devredilen alacağı tahsil edememesi, borçlunun ödeme gücüne sahip olmamasından kaynaklanmalıdır⁶³⁰.

Devreden ile devralan devre esas olan anlaşmada veya devir sebebinde, devir için bir karşı bedel belirtmişler ise edim karşılığı devir söz konusudur⁶³¹.

Karşı edim mutlaka para cinsinden olmak zorunda değildir. Paradan başka şeyler de edim olarak kararlaştırılabilir. Bir yapma veya yapmama borcu da edim olarak kararlaştırılabilir⁶³².

⁶²⁷ “Alacağın varlığı” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda bkz. ENGİN, Garanti, s. 106 vd.

⁶²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564.

⁶²⁹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 171, N. 13; BK-BECKER, Art. 171, N. 10; BGE 63 II 321 E. 4.

⁶³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564.

⁶³¹ DAYINLARLI, s. 124.

⁶³² Alacak hakkının devrine karşılık devredenin evinin boyanması örnek olarak gösterilebilir (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 565). Şirkete sermaye koyma borcu kapsamında bir devir gerçekleşmiş olması da mümkündür. Devir bir borcun ifası kapsamında da gerçekleşmiş olabilir. Devrin ifa yerine mi yoksa ifaya yönelik edim

Alacağın devrinde edim olarak para kararlaştırılmış ise, bu halde alacak satışı söz konusudur. Ancak burada satış sözleşmesindeki ayıba karşı garanti (TBK.m.218) değil, devir sözleşmesinden dolayı garanti sorumluluğu söz konusudur⁶³³.

Garanti yükümlülüğü için alacağın devrinin edim karşılığı olması şarttır. Ancak bu edimin mutlaka sözleşme metninde yer alması gerekmez⁶³⁴. Karşı edimin bir başka belgede yer alması ya da sözlü olarak kararlaştırılmış olması da mümkündür⁶³⁵. Taraflar arasında şekil şartına bağlı bulunmayan devir sözü vermenin edim karşılığı olması yeterlidir. Önceden söz verilmeksizin yapılan devirlerde söz verme ve ifa (devir) aynı anda gerçekleşir⁶³⁷.

Alacağın devri ile devreden, devre konu alacağın doğmuş olduğunu veya ileride doğma olasılığı bulunduğunu ve alacağın sona ermediğini garanti etmiş olur. Bu hususlar garanti yükümlülüğünün kapsamına dâhildir. Bir kişiye devredilmiş olan bir alacağın sonradan başka birine devredilmiş olması da bu kapsamda görülmelidir⁶³⁸.

Mevcut olmayan bir alacağı devreden kişi, bundan dolayı kanun gereği sorumludur⁶³⁹.

kapsamında mı gerçekleşmiş olduğunun bir önemi yoktur. Her iki halde de alacağın devri edim karşılığı gerçekleşmiş olur.

⁶³³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 565.

⁶³⁴ SPR-REETZ/BURRI, Art. 165, N. 4; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 565; BGE 102 II 420 E 4.

⁶³⁵ “Temlik edenle tememellük eden, temlike esas olan anlaşmada veya temlik sebebinde, temlik için mukabil bir bedel belirtmişler ise, o takdirde “cession a titre onereux” (ivazlı temlik) söz konusu olur” (DAYINLARLI, s. 124).

⁶³⁶ Karşı edimin sözlü olarak kararlaştırıldığı durumlarda, devrin edim karşılığı olduğunu iddia eden taraf bunu genel ispat kurallarına göre ispatlamak zorundadır. HMK.m.200’de belirtilen işlem tutarı sınırını aşan işlemlerde senetle ispat zorunludur. Devredilen alacağın bahse konu tutarı aşması halinde devrin edim karşılığı olduğu ve edimin tutarı senetle ispat edilmelidir. Diğer tarafın muvafakat etmesi durumunda tanıkla ispat mümkün olacaktır (HMK.m.200, f. 2). Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları alacağın devri bakımından da uygulanabilecektir (HMK.m.203). Tanık dinlenmesine muvafakat edilmeyen hallerde yemin deliline dayanmak mümkündür.

⁶³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 565.

⁶³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 563.

⁶³⁹ Mevcut olmayan bir alacağın devri geçersiz olup, devredenin garanti yükümlülüğü kanundan doğmaktadır. Bundan dolayı var olmayan bir alacağın devri işleminden

Alacağın varlığına ilişkin olmayıp, onun başkaca nedenlerle geçersiz olduğuna dair hususlar devredenin garanti yükümlülüğü kapsamına dâhil değildir. Alacağı doğuran sebebin iradeyi sakatlayan nedenlerle geçersiz olması, taraflardan birinin işlem ehliyetine sahip olmaması ya da kanuna, ahlaka aykırılık sebebiyle işlemin geçersizliği halleri, kanun, işin niteliği ya da devretmeme anlaşması sebebiyle devredilmeyecek olan bir alacağın devredilmiş olması TBK.m.191 kapsamına girmez. Sözleşmesel devir yasağına rağmen bunu gizleyerek alacağı devreden, devrin geçersizliğinden dolayı genel hükümler çerçevesinde devralana karşı sorumlu olacaktır⁶⁴⁰.

Alacağı devredenin garanti yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için devri caiz olan bir alacak söz konusu olmalıdır. Sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağına rağmen bir alacak devredilmiş ise, bu halde devir sözleşmesel devir yasağına aykırılık nedeniyle geçersiz olup, devralan devrin geçersiz olması nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilmesini tasaruf yetkisi olmadığı halde alacağı devreden kişiden talep edebilir⁶⁴¹.

Kanunun korumak istediği şey alacağı devralanın güvenidir. Yani alacağı devredenin garanti yükümlülüğü çerçevesinde garanti kapsamına giren hususların varlığına ilişkin devralanın güveni boşa çıkarılmaması gerekir. Dolayısıyla somut olayda, garanti sorumluluğunu doğuracak olguların mevcut olmadığını devralan biliyor ve buna rağmen alacağı devralıyorsa artık onun korunmaya değer olduğundan bahsedilemez. Bu halde devredenin devralana karşı garanti sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁴².

Devredenin alacağı devrettikten sonra, bu alacağın ortadan kalkmasına ya da azalmasına neden olması hali⁶⁴³ garanti yükümlülüğü kapsamı-

dolayı devredenin sorumluluğu kanun gereği sorumluluktur (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 563).

⁶⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 563.

⁶⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s.563.

⁶⁴² Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 563.

⁶⁴³ Devredenin devirden sonra fakat borçlunun alacağın devredildiğini öğrenmesinden önce ifayı kabul etmesi ya da onu borçluyu ibra etmesi nedeniyle TBK.m.186 borçlunun iyiniyetinin korunması sonucu borcun sona ermesi ile devralanın hakkını kaybetmesi böyledir. Gene karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmede alacağını devreden tarafın daha sonra kusurlu bir davranışıyla kendi borcunu ihlal ettiği için devrettiği alacağın borçlusunun yeni alacaklıya karşı bir savunma yapmasına imkan verdiği haller de böyle görülmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564, dn. 122).

na dahil değildir⁶⁴⁴. Bu halde devreden sözleşmeye aykırılık nedeniyle TBK.m.112 çerçevesinde devralana karşı sorumludur⁶⁴⁵. Edim karşılığı olmayan devirde ayrıca taahhüt nedeniyle devredenin garanti sorumluluğu bulunan haller bakımından da aynı sonuç geçerlidir⁶⁴⁶.

Devredilen alacağın kaynaklandığı sözleşmenin irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmesi veya borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönülmesi gibi hallerde, iptal veya dönme beyanı devirden sonra gerçekleşse dahi, sözleşme ve bunun doğal sonucu olarak alacak hakkı doğduğu andan itibaren ortadan kalkmış olacağından, burada da mevcut olmayan bir alacak devredilmiş gibi TBK.m.191, f. 1 hükmüne giren bir durum olduğunun söylenebileceği belirtilmektedir⁶⁴⁷.

TBK.m.191, f.1 gereğince devredenin sorumlu tutulmasını isteyen devralan alacağın mevcut olmadığını ispatla yükümlüdür⁶⁴⁸. Salt borçlu tarafından alacağın mevcut olmadığının kendisine bildirilmiş olmasını ileri sürerek devredenin sorumluluğuna gidilemez⁶⁴⁹. Genel ispat hükümleri çerçevesinde ispat yükü devralana aittir⁶⁵⁰.

Borçlunun borcun geçersiz olduğunu beyan etmesi halinde, devralanın doğrudan devredene başvurmaması, aksine öncelikle borçluya karşı dava açması veya takibe geçmesi gerektiği, bu dava sonunda alacağın geçersiz olduğunun ortaya çıkması halinde devredene başvurabileceği öğretide savunulmakta ise de⁶⁵¹, kanaatimce bu halde dava veya icra takibi yoluyla borçluya karşı yasal takibe geçmenin zorunlu olmaması gerekir⁶⁵². Devralan riski üzerine alarak devredene karşı dava veya takibe geç-

⁶⁴⁴ BGE 82 II 522.

⁶⁴⁵ Bu halde devreden devralana karşı sebepsiz zenginleşmeden dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

⁶⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564.

⁶⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564, dn 124.

⁶⁴⁸ BK-BECKER, Art. 171, N. 14.

⁶⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564.

⁶⁵⁰ BGE 82 II 522; BGE 90 II 490.

⁶⁵¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 261; SUNGURBEY, Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, s. 420 vd.

⁶⁵² Yargıtay önüne gelen bir olayda devreden devrettiği alacağın çekişmeli olduğu durumda, devralanın doğrudan devredene başvurabileceğine karar vermiştir: “Temlik konusu alacağın varlığı konusunda, temlik eden davalı ile İstanbul Belediyesi arasında çekişme bulunduğu ve aralarındaki davaların henüz

tiği takdirde, davaya bakan hâkim ön mesele olarak alacağın var olup olmadığını belirleyecek ve buna göre karar verecektir. Yapılacak yargılamada alacağın mevcut olduğu sonucuna varıldığı takdirde, devralan zaman kaybetmiş olacak, bu defa borçluya karşı yasal yollara başvurmak zorunda kalacaktır⁶⁵³⁶⁵⁴.

Devredenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için onun kusurlu olması gerekmez. Devreden gerçekten var olduğunu düşündüğü bir alacağı edim karşılığı devrettiği takdirde, bu alacağın gerçekte mevcut olmadığı ortaya çıktığında sorumlu tutulabilecektir. Onun iyiniyetli olması bu sonucu değiştirmeyecektir⁶⁵⁵.

Alacağı devredenin borçlunun ödeme gücü bulunduğunu düşünmekte haklı görülebileceği koşullar bulunsa dahi, borçlunun ödeme gücünün bulunmadığı ortaya çıktığı takdirde devreden bundan sorumlu tutulabilecektir⁶⁵⁶.

Alacak ister herhangi bir menfaat elde edilmeksizin karşılıksız olarak, ister bir edim karşılığı devredilsin borçlunun ödeme gücü bulunmamasından dolayı devredenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kural olarak borçlu hakkında yasal takibe geçilmiş olması ve bu takibin borçlunun yeterince malvarlığı bulunmadığından dolayı sonuçsuz kalmış ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünün belgeye bağlanmış olması gerekir⁶⁵⁷. Yani devredenin sorumluluğuna gidebilmek için, devralanın salt borçlunun ödeme gücünün bulunmadığını beyan etmesi yeterli görülmemektedir.

sonuçlanmadığı anlaşılmına göre, yukarıda belirtildiği gibi temlik bedelinden sorumludur. Davacı, temlik edilen sıfatıyla söz konusu davanın sonucunu beklemek zorunda değildir. Nitekim bunu kabul eden davalı, borcun (3000.000) liralık bölümünü çekle ödediğini savunmaktadır. Bu itibarla, davacının değinilen konuya yönelik temyiz itirazlarının kabulü gerekmiştir” (Yarg. 11.HD., 3.5.1983 T., 1983/2174 E.-1983/2335 K.-UYGUR, C. IV, s. 4443).

⁶⁵³ Öncelikle borçluyu takip etmeyen devralan, devredene karşı yasal yollara başvurduğundan dolayı zaman kaybetmesi sebebiyle alacağın zamanaşımına uğraması tehlikesi söz konusu olabilecektir.

⁶⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ de devralanın alacağın geçersizliğini ispat etmesi halinde dava veya takip şartlarını yerine getirmeksizin devredene başvurabileceğini ifade etmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 565, dn. 126).

⁶⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 565.

⁶⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 565.

⁶⁵⁷ ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 23; GAUCH/SCHLUEPP. N. 3659; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564.

Yeni alacaklının, borçlunun bulunamaması⁶⁵⁸ veya kendisinden kaynaklanan başkaca nedenlerle takip ve tahsilatta bulunamaması halinde devredenin garanti yükümlülüğüne ilişkin sorumluluğuna gitmesi mümkün değildir⁶⁵⁹.

Borçlunun ödeme gücünün bulunup bulunmadığının anlaşılabilmesi için kural olarak icra takibine geçilmesi ve takibin sonuçsuz kalması gerektiği, ancak bunun mutlak bir kural olmadığı, borçlunun ödeme güçsüzlüğünün her türlü delille ispatlanabileceği de savunulmaktadır⁶⁶⁰.

ddd.Garanti Yükümlülüğüne Bağlanan Sonuçlar

Garanti sorumluluğunun kapsamı TBK.m.193'de düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre, devralan garanti ile yükümlü olan devredenden ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, devrin sebep olduğu giderleri, borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri ve devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını talep edebilir.

Türk Borçlar Kanunundan önce BK.m.171 hükmünde anapara ve faizin yanı sıra devir ve borçluya karşı sonuçsuz kalan takip masraflarının istenebileceği düzenlenmişti⁶⁶¹. TBK.m.193 hükmü ile devreden devralanın uğradığı her türlü zararının tazmin edilmesi esasını getirmiştir. Yeni düzenleme gereği devralan devreden kusurunu ispatla yükümlü değildir. Aksine devreden kendi kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır.

⁶⁵⁸ Borçlunun bulunamaması halinde dahi hakkında yasal takibe geçilmeli ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılması sağlanarak takip kesinleştirilmelidir. Salt borçlunun bulunamaması devralana alacağın ödenmesi için başvuru hakkı vermez. Ancak borçlunun bulunmadığı ya da borca batık olduğunun apaçık ortada olduğu hallerde yapılacak takip masrafları devreden ödemekle yükümlü olduğu tutarı etkileyeceğinden bu hallerde borçlunun doğrudan devredene başvurması devreden lehine sonuç doğurabilecektir. Ancak gene de bu halde devreden yasal yollara başvurmadan doğrudan kendisine başvuran devralana karşı sorumluluğu bulunmamalıdır.

⁶⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 564.

⁶⁶⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 262; VON BUEREN, OR AT, s. 336; BUCHER, OR AT, s. 574; ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 25; GUHL/KOLLER, s. 256; BGE 68 II 177.

⁶⁶¹ "Temlik eden zaman ile mükellef ise; temellük edene karşı ancak re'sülmal ve faiz olarak almış olduğu miktar nisbetinde mes'uldür. Bundan başka temlikin mucip olduğu ve alacaklının borçluya karşı semeresiz takibi dolayısıyla ihtiyar ettiği masrafları da zamin olur" (BK.m.171).

BK.m.171 düzenlemesinde devredenin sorumluluğunun sadece ifa edilen edimin faiziyle birlikte geri verilmesi, devrin sebep olduğu giderler ve sonuçsuz kalan takip masrafları ile sınırlanması sözleşmeden doğan sorumlulukla ilgili genel kuraldan sapma olarak görülürken⁶⁶², TBK.m.193 hükmünde devredenin kusursuzluğunu ispat etmediği sürece devralanın uğradığı diğer zararlarını da talep edebileceğine yer verilmesi ile TBK.m.112 (BK.m.96) ile paralellik sağlanmıştır. Buna göre devralan artık uğradığı tüm zararlarını genel hükümlere göre devreden alacaklıdan talep edebilecektir⁶⁶³.

Devredenin garanti sorumluluğuna gidilmesi koşulları oluştuğunda onun tazmin etmesi gereken şey devredilen alacak değildir. Devredenin tazmin etmekle yükümlü olduğu miktar, kural olarak devre karşılık olarak kendisine verilen karşı edim ve bunun faizidir⁶⁶⁴.

Devredilen alacak ile karşı edimin birebir aynı miktarda olması zorunlu değildir. Devredilen alacağın daha düşük bir değerde edim karşılığı devredilmesi mümkündür. Örnek vermek gerekirse 500 TL'lik bir edim karşılığında 1.000 TL'lik bir alacağın devredildiği durumda, devredenin tazmin etmek zorunda olduğu miktar devredilen alacak tutarı olan 1.000 TL değil, aksine devir karşılığında edim olarak aldığı 500 TL'dir. Bunun dışında devralan 500 TL'nin faizi, devir masrafları ve alacağı elde etmek için yaptığı sonuçsuz kalan girişimlerden kaynaklanan masrafları ve varsa başkaca zararlarını talep edebilir.

Devralanın talep edebileceği bu faiz kanundan doğan faize bir örnektir⁶⁶⁵. Yani faiz için ayrıca bir temerrüt ihtarına gerek yoktur. Kanun faiz ödenmesini doğal bir sonuç olarak düzenlemektedir. Devralana faiz ödenmesi yükümlülüğünde, devralanın edim olarak verdiği tutardan mahrum kalması nedeniyle bir zararı olup olmadığına, devredenin aldığı parayla bir yarar elde edip etmediğine bakılmaz. Tüm bunlardan bağımsız olarak devredenin faiz ödeme yükümlülüğü söz konusudur⁶⁶⁶.

⁶⁶² KILIÇOĞLU, s. 799.

⁶⁶³ KILIÇOĞLU, s. 799.

⁶⁶⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 263.

⁶⁶⁵ ENGİN, Garanti, s. 151.

⁶⁶⁶ ZK-SPIRIG, Art. 173, N. 29.

Devredenin ödemekle yükümlü olduğu faizin miktarı konusunda bir anlaşma mevcut değil ise, yasal temerrüt faizi uygulanır⁶⁶⁷⁶⁶⁸. Alacağın devrinin ticari iş olduğu hallerde uygulanacak faiz oranı avans faizi oranıdır.

Devredilen alacak kısmen tahsil edilmiş ise, tahsil edilen bu tutarın ifa edilen karşı edimden düşülmesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir⁶⁶⁹. Öğretide savunulan bu görüşün alacağın kısmen tahsil edilebildiği ihtimallerde akla gelebilecek çözümlerden sadece biri olduğu, İsviçre-Türk hukuk sisteminde garanti sorumluluğunun devredenin aldığı edimle sınırlandırıldığı, buna göre devredenin alacağı kısmen tahsil edebildiği durumlarda, devredenden ona ödemiş olduğu karşı edim miktarını aşmamak kaydıyla borçludan kısmen tahsil edemediği kısmı başka bir sınırlamaya tabi olmaksızın isteyebileceği şeklinde bir görüşün de ileri sürülebileceği ifade edilmektedir⁶⁷⁰. Görüşleri somutlaştırmak gerekirse; örneğimizde 500 TL'lik edim karşılığı 1.000 TL'lik alacağı devralan kişinin borçludan 200 TL tutarında kısmi tahsilat yaptığını farz edelim. İlk ihtimalde 200 TL karşı edim tutarından düşülecek ve devralan 300 TL'yi faiziyle birlikte talep edebilecektir. İkinci görüşe göre ise tahsil edilemeyen 800 TL'nin tamamının talep edilmesine engel yoktur. Ancak herhalde devredenin sorumluluğu 500 TL ile sınırlıdır. Devredenden 500 TL tahsil eden devralan, borçludan elde ettiği 200 TL ile birlikte toplamda 700 TL tahsilat yapmış olacaktır. Kanaatimce kanunun metni bu ikinci görüşün kabulüne engel teşkil etmemekle birlikte, ilk görüş daha adildir. Devralan karşı edim olarak ifa ettiği tutarı faiziyle geri aldığı gibi, devirden kaynaklanan masrafları, tahsil girişimlerine ilişkin masrafları da almakta, hatta devredenin kusurunu ispat etmesi koşuluyla başkaca bir zararı var ise bunu da talep edebilmektedir. Bunun da ötesinde ifa ettiği karşı edimin üstünde para talep etmesini haklı kılan bir sebep yoktur. Aksinin kabulü halinde devreden aldığı karşı edimin üstünde ödeme ya-

⁶⁶⁷ ZK-SPIRIG, Art. 173, N. 29; SPR-REETZ/BURRI, Art. 173, N. 2.

⁶⁶⁸ TBK.m.88, f. 1 hükmüne göre, faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

⁶⁶⁹ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 173, N. 4; GAUCH/SCHLUEPP/REY, N. 3660; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 566; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 263; ZK-SPIRIG, Art. 173, N. 7.

⁶⁷⁰ ENGİN, Garanti, s. 150.

pacak ve üstelik borçluya karşı da, devralana yapılan ödeme nispetinde eksik talepte bulunacaktır⁶⁷¹.

Daha önce de belirtildiği üzere, karşı edimin mutlaka para cinsinden olması zorunlu değildir. Karşı edimin para dışında edim olarak kararlaştırıldığı durumlarda, edimin objektif değeri üzerinden bir faiz mi yürütülecektir yoksa bu halde işin niteliği icabı gecikme faizi istenemeyecek midir? Kanunun bu düzenlemede karşı edim olarak sadece bir miktar paranın ödendiği ihtimalini dikkate aldığı, devredene para dışında bir malvarlığı kazandırılmış ise, bunun aynen iadesinin mümkün olması durumunda bu yola başvurulacağı, aynen ifanın mümkün olmaması halinde ise bunun, devredene kazandırıldığı andaki değerinin faiziyle birlikte talep edilmesinin söz konusu olacağı şeklindeki isabetli görüş öğretide ifade edilmektedir⁶⁷².

Devreden garanti yükümlülüğü kapsamında devrin neden olduğu giderleri karşılamakla yükümlüdür (TBK.m.193, b. 2). Devredenin karşılamakla yükümlü olduğu giderler devir sözleşmesi hazırlanması, devrin borçluya bildirilmesi gibi zorunlu olan giderlerdir⁶⁷³.

TBK.m.193, b. 3 hükmüne göre devreden, devralanın borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri karşılamakla yükümlüdür. Burada da talep edilebilecek giderler zorunlu giderlerdir. Dava ve/veya takip harçları ve sair yargılama giderleri, yasal avukatlık ücretleri devredenden talep edilebilecek giderlere örnek olarak gösterilebilir.

Alacağın edim karşılığı devrinde devralanın uğradığı tüm zararları devredenden talep edebileceğini ifade etmiştik. Burada devralanın devredenden bir talepte bulunabilmesi için öncelikle bir zarara uğradığını ispat etmesi gerekir. Devralanın ispat yükümlülüğü sadece zararının varlığına yönelik olup, bununla sınırlıdır. O, devreden kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir. Aksine devralan kendi kusurunun bulunmadığını ispat

⁶⁷¹ “Ancak, BK 171 I’nin ifadesi karşısında savunulmasına bir engel bulunulmayan bu çözüm tarzı, devredenden istenebilecek tazminat miktarını dolaysız zararların bir bölümü ile sınırlamış olan hükmün amacına aykırı olacaktır” demek suretiyle ENGİN de, bu çözüm tarzının doğru olmadığı kanaatini benimsemiştir (ENGİN, Garanti, s. 151).

⁶⁷² ENGİN, Garanti, s. 151.

⁶⁷³ ZK-SPIRIG, Art. 173, N. 30 vd.

edecektir. Bu ispat yükümünü yerine getiremeyen devreden, devralanın ispat ettiği zararlarını gidermekle yükümlü olacaktır.

eee.İfaya Yönelik (İfa Uğruna) Devirlere İlişkin Olarak Garanti Sorumluluğu

TBK.m.192 hükmüne göre, “Alacaklı, alacağını borcu ifaya yönelik olarak devretmekle birlikte borca mahsup edilecek miktarı belirlememişse devralan, ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterseydi alabileceği miktarı, kendi alacağına mahsup etmek zorundadır”.

Burada alacağı devralan, devredilen alacağı borçludan tahsil etmekte ve devredenin kendisine olan borcu tahsil edilen veya gereken özen gösterilseydi tahsil edilebilecek olan tutarda düşmektedir.

Örnek vermek gerekirse (A), (Ü)’ye olan 20.000 TL’lik borcunu ödemek amacıyla, (B)’den olan 25.000 TL tutarındaki alacağını devretmiştir. (A) ve (Ü) arasında bu alacağın ne kadarlık bir tutar için (A)’nın (Ü)’ye olan borcuna mahsup edileceği konusunda ayrıca bir anlaşma yapılmamış ise; (Ü) devraldığı 25.000 TL tutarındaki alacağı (B)’den tahsil ettiğinde, 20.000 TL’lik kısmı kendisinde tutacak ve 5.000 TL’yi (A)’ya iade edecektir. Şayet (Ü), (B)’den sadece 10.000 TL tahsil edebilmiş ise, bakıye 10.000 TL’yi (A)’dan talep edebilecektir. Ancak (Ü)’nün gerekli özeni gösterseydi 18.000 TL tahsil edebileceği söylenebiliyor ise, bu halde, (A)’nın (Ü)’ye olan borcunun 18.000 TL’lik kısmı ifa edilmiş sayılacak ve (A)’nın (B)’ye 2.000 TL borcu kalacaktır⁶⁷⁴.

İfaya yönelik olarak kendisine alacak devredilen devralan, tahsil ettiği tutardan kendi alacağını tahsil ettikten sonra artan bir bakıye söz konusu ise, bunu devredene teslim etmelidir⁶⁷⁵.

Borcun ifasına yönelik devirde, ifa yerine devirden farklı olarak, alacağı devredenin borcu devir anında sona ermemektedir. Devredenin borcu, devralanın devredilen alacağı borçludan tahsil ettiği anda son bul-

⁶⁷⁴ Somut örnekte (Ü) gerekli özeni göstermiş olsaydı 23.000 TL tahsil edebilecekti denebiliyor ise, bu halde (A)’nın 20.000 TL tutarındaki borcu sona ermiş olacağı gibi, ayrıca 3.000 TL için de (Ü)’ye karşı tazminat davası açabileceği, (Ü)’nün (A)’ya karşı vekil gibi sorumlu olacağı belirtilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 567, dn. 130).

⁶⁷⁵ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 172, N. 2.

maktadır⁶⁷⁶. İfa yerine devirde devralana borçlu olan devreden ve devredenin alacaklısı olan devralan devir ile birlikte kendi aralarında mevcut olan asıl alacağın doğrudan ifa edilmiş sayılacağı hususunda anlaşmışlardır⁶⁷⁷. Yani daha devir anında doğan etki ile devreden borcu – devralanın borçludan fiilen tahsil edip etmediğine bakılmaksızın- kendiliğinden tamamen ya da kısmen sona erecektir⁶⁷⁸. Devralanın ifa yerine devir öncesinde devredene karşı sahip olduğu alacak hakkı devirle birlikte kendiliğinden sona erdiğinden, bu alacağı güvence altına alan haklar da –bağlı hak olmaları gereği kendiliğinden sona erer⁶⁷⁹.

İfaya yönelik devir halinde, devredilen alacak mevcut olmadığı ya da borçlunun ödeme gücü bulunmadığı için tahsil edilemediği takdirde, alacağı devreden borcuna hiçbir şey mahsup edilmeyecek ve borç varlığını sürdürecektir. Bu durum TBK.m.192 hükmünün doğal sonucu olarak görülmelidir⁶⁸⁰.

Somut olayda devrin borcun ifasına yönelik mi yoksa ifa yerine mi olduğunu belirlemek devreden borcunun sona erip etmediği konusunda önem arz etmektedir. Bu nedenle ifa yerine devir olduğu kararlaştırılmadığı sürece, devrin borcun ifasına yönelik devir olduğu varsayılmalıdır⁶⁸¹. İfa yerine devrin kabulü halinde, alacağın devriyle birlikte devreden borcu sona ereceğinden⁶⁸³, devralanın alacağı tahsil edip edemedi-

⁶⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 567.

⁶⁷⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 2304; SPR-REETZ/BURRI, Art. 172, N. 12.

⁶⁷⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 172, N. 1.

⁶⁷⁹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 173, N. 14.

⁶⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 264; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 567; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 173, N. 4.

⁶⁸¹ BK-BECKER, Art. 172, N. 1; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 568. Yazarlar TBK.m.192 hükmünün böyle bir yorumu desteklediğini ifade etmektedirler (s. 568). Aynı yönde bkz. SPR-REETZ/BURRI, Art. 172, N. 3; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. Art. 172, N. 1; BGE 119 II 227 E. 2 a; BGE 118 II 142 E. 2 b. Devrin ifaya yönelik mi yoksa ifa yerine mi olduğuna ilişkin olarak verilen Bern İstinaf Mahkemesinin bir kararı ve eleştirisi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 264, dn. 29.

⁶⁸² “Ve şayet bir temlikname metninden, o temlikin ifa yerine temlik mi yoksa ifa uğruna temlik mi olduğu kesinlikle saptanmıyorsa, o temlikin (edimin bir ifa uğruna temlik) olduğunun kabul edilmesi gerekir.” (Yarg. 11. HD., 4.7.1986 T., 1986/3842 E.-1986/4212 K.-UYGUR, C. IV, s. 4442).

⁶⁸³ İfa yerine devir ifa yerini tutan eda anlamına gelir. İfa yerini tutan eda ile ifaya yönelik eda birbirlerinden tamamen farklıdır. İfa yerini tutan eda ile borç derhal

ğine bakılmayacaktır. Bu devralan açısından ağır sonuçlar doğuracağından dolayı, böylesi bir sonucun tarafların açık iradeleri ile kararlaştırılmış olmasını aramak daha adil olacaktır. Bu bakış açısı, taraflar arasındaki anlaşmanın “ifa yerini tutan” eda mı yoksa “ifaya yönelik eda” mı olduğunun yeter derecede açık olarak saptanamadığı hallerde “ifaya yönelik eda” olduğu yönündeki öğreti⁶⁸⁴ ve İsviçre Federal Mahkemesi görüşlerine uygundur⁶⁸⁵. Bir alacağın ifaya yönelik mi yoksa ifa yerine mi devredildiği konusunda ihtilaf mevcut ise, alacağın ifa yerine devredilmiş olduğuna iddia eden devreden bu iddiasını ispatla yükümlüdür⁶⁸⁶. Alacağın ifa yerine devredilmiş olması halinde, devreden devralana olan borcu kendiliğinden sona ermiş olduğundan, bu hususta yarar sağlayacak olan devredendir. Bu sebeple ispat yükünün onun üzerinde bırakılması adil bir sonuçtur.

İfaya yönelik devirde, işin niteliği gereği, devreden alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü garanti etmektedir⁶⁸⁷. Bu devrin edim karşılığı olmasının doğal sonucudur.

Alacağın ifaya yönelik olarak devredildiği hallerde devralanın alacağı tahsil ettiği veya gereken özeni göstermiş olsaydı alabilecek olduğu miktarda devreden borcu sona erecektir. Burada gösterilmesi gereken özen objektif özen yükümlülüğüdür. Yani günlük yaşamda gösterilmesi gereken olağan özen yükümlüdür⁶⁸⁸. Burada vekâlet benzeri bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir⁶⁸⁹. Buna göre vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin hükümler devralan hakkında da uygulama alanı bulacaktır.

Borcun ifasına yönelik devir halinde, devralan alacağın tahsili için borçluya başvurmak zorundadır. Borçlunun rızaen ifada bulunmaması

sona erdiği halde, ifaya yönelik eda halinde borcun sona ermesi, verilen şeyin paraya çevrilmesi suretiyle alacaklının elde edilen paradan tatmin edilmesiyle gerçekleşir. İfa yerini tutan eda asıl edimden daha düşük değerde de olsa alacaklı değer farkını borçludan isteyemez. Gene ifa yerini tutan eda asıl edimden daha yüksek değerde olduğu takdirde, borçlu da aradaki farkın kendisine verilmesini isteyemez (OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 280-281).

⁶⁸⁴ VON TUHR/ESCHER, s. 14.ENGİN, İfa Uğruna Edim, s. 843-844.

⁶⁸⁵ JdT 1964 I 244.

⁶⁸⁶ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 172, N. 3; ZK-SPIRIG, Art. 171, N. 25; BK-BECKER, Art. 171, N. 2.

⁶⁸⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 567.

⁶⁸⁸ ZK-SPIRIG, Art. 172, N. 38; SPR-REETZ/BURRI, Art. 172, N. 6.

⁶⁸⁹ ZK-SPIRIG, Art. 173, N. 38; BUCHER OR AT, s. 575.

durumunda devralan cebri icra işlemlerine girişmelidir. Takip sonucunda tahsil edilen tutarı devredene karşı sahip olduğu alacağından mahsup etmelidir. Yasal takibe geçmeyen devralan devredene başvurup alacağın tahsil edilemediğini ileri sürerek kendisine ifada bulunmasını isteyemez. Borcun ifasına yönelik de olsa devir işlemi ile artık devreden devredilen alacak üzerindeki tasarruf yetkisi sona ermiş, alacak devralanın malvarlığına geçmiştir. Borçlunun ifada bulunmaması nedeniyle yasal yollara başvurmak istemeyen devralan, devredenle anlaşarak tersine temlik işlemi yapabilir. Bu devreden ve devralanın karşılıklı olarak anlaşmasına bağlıdır. Böylesine bir işlem devreden tarafından kabul edilmediği takdirde, devralan devredene karşı sırf borçlu tarafından rızaen ifada bulunulmamasından dolayı alacağın tahsil edilemediği gerekçesiyle rücu talebinde bulunamaz⁶⁹⁰. BECKER, ifaya yönelik olarak bir alacağı devralanın borçluya karşı dava açmak zorunda olmadığını, alacağın tahsili için rücu hakkı bulunmayan özenli bir alacaklının ihmal edemeyeceği adımları atması gerektiğinin ondan beklenebileceğini savunmaktadır⁶⁹¹. Bu kapsamda borçluya ifa konusunda ihtarda bulunmasının zorunlu olduğu söylenebilecektir. Borçluya karşı dava açması durumunda devralan, davayı devredene ihbar etmelidir⁶⁹².

Özenli bir şekilde alacağın takibinden bahsedilebilmesi için, tüm yasal yolların tüketilmiş olması gerekir. Borçlu tarafından icra takibine itiraz edilmiş ise, yasal süresi içinde itirazın iptali davası açılmalıdır. İtirazın iptali için öngörülen yasal sürenin kaçırılmış olması halinde genel hükümlere göre alacağın dava edilmiş olması gerekir. Alacağın tahsili için dava açılmış ise, ilk derece mahkemesinin red kararı vermesi halinde kanun yollarına başvurulmalıdır. Kesinleşmiş bir yargı kararı elde edilmeye kadar devralan alacağın tahsili için gerekli tüm işlemleri yapmış olmalıdır.

Devralan özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı takdirde, bundan doğan olumsuzluklara katlanmak zorundadır⁶⁹³. Örneğin delillerin kaybedilmesi ya da mahkemeye sunulmaması hallerinde devralanın davayı özensiz takip ettiği söylenebilecektir.

⁶⁹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 644-647.

⁶⁹¹ BK-BECKER, Art. 172, N. 5. Aynı yönde SPR-REETZ/BURRI, Art. 172, N. 6.

⁶⁹² BK-BECKER, Art. 172, N. 5; SPR-REETZ/BURRI, Art. 172, N. 6; ZK-SPIRIG, Art. 172, N. 52; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 172, N. 9.

⁶⁹³ ZK-SPIRIG, Art. 172, N. 53.

Devreden alacağın yasal yollardan takibi için gerekli olan masrafları avans olarak devralana ödemek zorunda değildir⁶⁹⁴. Bu masraflar öncelikli devralan tarafından karşılanacaktır.

Yargıtay da devralanın borçluya karşı yasal yollara girişmeden devredene başvuramayacağı görüşündedir⁶⁹⁵. Yargıtay önüne gelen bir olayda, devralanın bazı yasal girişimlerde bulunmuş olmasına rağmen, tüm yolların tüketilmemiş olmasını gerekçe göstererek devralanın devredene başvuru hakkı olmadığı mütalaasında bulunmuştur⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ ZK-SPIRIG, Art. Art. 172, N. 48, 51.

⁶⁹⁵ "Dosyaya göre temlik ivazlı olup, Borçlar Kanununun 169. maddesi gereğince temlik eden alacağın mevcudiyetini zamin ise de, tahsile başvurmak temellük edene düşer. Temellük eden asıl borçlu Nuriye ve arkadaşları hakkında bütün kanun yollarına başvurmak ve alacağın varlığını ispat etmek mecburiyetindedir. Buna rağmen ispat edemez ise, o takdirde anılan madde gereğince temlik eden sorumludur. Olayda mahdud yetkili tetkik mercii uyuşmazlığın çözümünü mahkemeye bıraktığına göre, Mehmet Doğan'ın borçlular hakkında dava açması ve gerekirse alacağı temlik eden Halil'e bu davayı ihbar etmesi lazım iken, bu yola başvurmayıp işbu davayı açmış olması caiz değildir. Çünkü teminat altına alınmış alacaklarda olduğu gibi, henüz temlik eden kimse hakkında davanın açılma zamanı gelmemiştir. Bu itibarla doğru olan kararın onanması gerekir" (Yarg. 4. HD., 4.5.1965 T., 1965/2342 E.-1965/2383 K.-UYGUR, C. IV, s. 4438-4439). "(...) Ne var ki Borçlar Kanunu'nun 170 inci maddesinde açıklandığı üzere, dava konusu temlik tediye makamına kaim olmak üzere yapıldığından temellük eden davacının ancak borçludan bilfiil tahsil etmiş olduğu veya gerekli özeni gösterdiği halde tahsil edilebileceği miktarı kendi alacağından mahsup etmekle mükelleftir. Oysa davacı temellük ettiği alacağın tahsili için gerekli teşebbüste bulunmamış ve icra takibini sonuçlandırmamıştır. Öyleyse temlik eden davalıya bu aşamada rücu edemez. Mahkemece bu yönlerin gözardı edilerek yazılı biçimde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup hüküm bozulmalıdır" (Yarg. 13. HD.03.04.1986 T., 1986/1275 E.-1986/1998 K. s.11 ilamı).

⁶⁹⁶ "Dava konusu olaya gelince, (200.000) Liralık 11.7.1978 vade tarihli bono, son hamili davalı Nejat Aycan tarafından, vade tarihinden sonra 4.12.1978 gününde senet arkasına (işbu seneti Kemal Şanda'ya ciro ve temlik ettim) şerhi vermek suretiyle davacıya teslim ettiği ve bu şekilde senetteki alacağı TTK'nun 602/1 maddesine göre davacıya devir ve temlik ettiği anlaşılmaktadır. Davacı bundan sonra, daha önce senet hamili ve alacağı devreden davalı tarafından, senet borçluları aleyhine başlattığı icra takip dosyasındaki takip hakkının kendisine devri için icra memurluğuna müracaat etmiş ve daha sonra icra memurluğunca bu istemin kabul edilmemesi üzerine, bu defa şikayet yolu ile İcra Tetkik Merciiine başvurmuş, talebin mercice de kabul edilmemesi üzerine bu defa, davayı açmış bulunmaktadır. Görüldüğü gibi davacı bu karar aleyhine kanun yoluna başvurmadığı gibi, asıl senet borçluları aleyhine müstakil bir icra takibi yoluna dahi gitmemiştir. Yukarıdaki açıklamalara göre, davacı alacağı devralanın, alacağı devredene karşı, o

İfaya yönelik olarak alacağın devri halinde, devreden devralanı bir şekilde tatmin etmiş ise, o devralandan alacağı tersine devir işlemi ile kendisine devretmesini isteyebilir⁶⁹⁷.

Henüz muaccel olmayan bir alacak ifaya yönelik olarak devredilmiş ise, borcun taraflar arasında zımnen ötelendiğinden bahsedilebilecektir⁶⁹⁸. Muaccel olan bir borcun ifası kapsamında, muaccel olmayan bir alacağın ifaya yönelik olarak devredilmiş olması halinde bu doğal bir sonuç olarak görülmelidir.

da (temlikin ivazlı olması koşulu ile) henüz başvurma hakkı doğmamış bulunmaktadır. Bu itibarla davanın bu yönden reddi gerekirken açıklanan bu hususlar nazara alınmadan, davanın kabulü doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir” (Yarg. 11. HD., 3.1.1980 T., E. 80, K. 401-UYGUR, C. IV, s. 4440-4441).

⁶⁹⁷ SPR-REETZ/BURRI, Art. 172, N. 6.

⁶⁹⁸ ZK-SPIRIG, Art. 172, N. 12; SPR-REETZ/BURRI, Art. 172, N. 8.

İKİNCİ BÖLÜM

BORÇLUNUN HUKUKİ DURUMUNU ETKİLEYEN BAZI DURUMLAR VE BORÇLUNUN SAHİP OLDUĞU SAVUNMA İMKANLARI

§ 4 BORÇLUNUN HAK SAHİBİ OLMAYAN KİŞİYE İFADA BULUNMASI

I.Genel Olarak

TBK.m.186 hükmüne göre, borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.

Alacağın devri sözleşmesi ile devredilen alacak üzerinde devreden hak sahibi olmaktan çıktığı için, borçlu artık yeni alacaklıya ödeme yapmak zorundadır. Alacak birden fazla sayıda devredilmiş ise, her bir devir işlemi ile alacaklının şahsı değişmeye devam eder. Alacağı nihai olarak devralan kişi borçlu karşısında alacaklı konumuna geçer. Bu sebeple ifada bulunacağı kişinin kim olduğu onun hukuksal durumunu etkileyeceğinden borçlunun ödeme yapacağı kişi konusunda dikkatli olması gerekmektedir.

II. Devredilen Alacağı Hak Sahibi Olmayan Kişie Ödeyen Borçlunun Borçtan Kurtulmasının Koşulları

1.Genel Olarak

Alacağın devrinden haberdar olmayan borçlunun eski alacaklıya ifada bulunması halinde, borçlunun hukuki durumu ne olacaktır? Eski alacaklıya yaptığı ifa ile borcundan kurtulacak mıdır yoksa ikinci kez ifa ile mi yükümlü olacaktır?

Genel hükümlere göre ifa ancak alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine yapılmakla borç sona erer. Alacağın devri ile birlikte devreden alacaklı olmaktan çıkmıştır ve kural olarak ona yapılan ifa ile borçlu borcundan kurtulmayacaktır. Ancak bu durumda kendi muvafakatinin dahi

aranmadığı, yapıldığından haberdar dahi olmadığı devir işleminden dolayı her halde ikinci kez ifa ile borçluyu yükümlü tutmak adil olmazdı. İşte böylesi adil olmayan bir sonucun önüne geçmek için Yasakoyucu alacağın devri kendisine bildirilmeyen borçlunun iyiniyetini korumuş ve –en azından iyiniyetli borçlu açısından- eski alacaklıya yapılan ifayı geçerli saymıştır (TBK.m.186-BK.m.163). Bu hükümle borçlunun ancak gerçek alacaklıya ifada bulunarak borcundan kurtulacağına dair genel kuralla kanuni bir istisna getirilmiştir⁶⁹⁹. Bu düzenlemenin temel gerekçesi borçlunun devir işlemine katılmak zorunda olmaması ve bundan dolayı onun iyiniyetinin korunmaya değer görülmesidir⁷⁰⁰.

Kural olarak borçlu devralana, -birden fazla devir söz konusu ise nihai olarak devralana- ifada bulunmakla borcundan kurtulur. Eski alacaklı konumundaki devredene ya da birden fazla devir halinde son devralandan önceki devredenlerden birine ifada bulunması halinde borçlu yanlış kişiye ifa etmiş olur ve tekrar doğru kişiye ifa etmekle yükümlü olur.

Ancak belirli koşulların varlığı halinde borçlunun ifayı yanlış kişiye yapmasına rağmen borçtan kurtulması mümkündür. TBK.m.186 borçluya bildirimin yapılmamış olması ve borçlunun yanlış kişiye ifa yaparken iyiniyetli olması durumunda sorumluluktan kurtulabileceğini kabul etmiştir. Belirtmek gerekir ki bu düzenleme borçluyu korumak için getirilmiştir. Bu hükme sadece borçlu dayanabilir. Üçüncü kişiler bakımından böyle bir imkân bulunmamaktadır⁷⁰¹. TBK.m.186 devir işlemine taraf olmayan, devre engel olma hakkı ve şansı bulunmayan borçlunun korunmasına yönelik bir hüküm olduğundan, devralanın bu hükümden yararlanması mümkün değildir⁷⁰². Alacak devredildiği halde ikinci kez devir işlemi yapılmış ise, devralanın daha önceki devirden haberdar olmaması hukuki sonucu değiştirmeyecek ve bu halde devralanın iyiniyeti korunmayacaktır⁷⁰³.

⁶⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCMID/REY, N. 3695; VON TUHR/ESCHER, s. 358, Anm. 3; SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 2; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 1; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 3.

⁷⁰⁰ KELLER/SCHOEBI, IV, s. 62; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 3.

⁷⁰¹ BGE 56 II 364 vd.; BGE 117 II 463 E 3; SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 11.

⁷⁰² BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 4; BGE 56 II 363.

⁷⁰³ EMCH/RENN/ARPAGAU, N. 997.

2.Borçluya Bildirimin Yapılmamış Olması

Alacağın devredildiği hallerde devir olgusu kendisine bildirilmeyen borçlunun devredene –birden fazla devir yapılmış ise önceki devralana ifada bulunması mümkündür. Bundan dolayı bu tehlikenin önüne geçmek açısından alacağın devredildiği hususu ve devralanın kimliği borçluya bildirilmelidir⁷⁰⁴.

Devrin borçluya bildirilmemiş olmasının devrin geçerliliği üzerine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır⁷⁰⁵. Kendisine bildirim yapılmayan borçlunun eski alacaklısına ya da önceki devralana yapacağı ifa geçerli sayılır⁷⁰⁶. Borçluya tanınan koruma bildirim anına kadardır. Borçlu kendi-

⁷⁰⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 362.

⁷⁰⁵ İsviçre, Almanya ve diğer bir çok Avrupa Hukuk sistemlerinde bildirim sadece açıklayıcı mahiyette iken, Fransa ve onun etkisinde bulunan hukuk sistemlerinde bildirim geçerlilik koşuludur (1690 CC). İngiltere’de bildirimin geçerlilik şartı olan bildirim ve geçerlilik şartı olmayan bildirim ayırımı vardır. Amerika Birleşik Devletlerinde eyaletler arasında yeknesaklığı sağlamaya yönelik “Uniform Commercial Code” (UCC) güvenli işlemler (secured transactions) olarak adlandırılan bu işlemlerin üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için borçlunun yerleşim yerindeki aleni sicile tescil edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Diğer hususlar eyaletlerin kendi iç hukuklarına bırakılmıştır (BSK OR I-GIRSBERGER, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 3).

⁷⁰⁶ “Alacağın ipotekle temin edilmiş olması, Borçlar Kanununun 165 ve 167. maddelerinin uygulanmasını önlemez. İpotekli alacağın temlikinden borçlu haberdar edilmemiş ise, ilk alacaklıya yapılan ödeme dolayısıyla borcundan kurtulur. Bu itibarla, ipotek akit tablosu celp edilerek ipotekle temin edilen alacak için ayrıca senetle ödeme hususunda anlaşmanın var olup olmadığının, tevali eden ipotekli alacağın temlikinin borçlulara bildirilip bildirilmediğinin tespiti ve davacıların alacağın ödendiğine dair delillerinin toplanması ve varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve soruşturmaya dayanılarak hüküm tesisinde isabet görülmemiştir” (Yarg. 4. HD., 25.2.1974 T., 1974/378 E.-1974/359 K-UYGUR, C. IV, s. 4425). "Alacağın temlik niteliğinde olan bu hukuki işlemler borçlunun muvafakatına bağlı değildir. Borçlar Kanunun 165.maddesi gereğince alacağın temlik edildiği borçluya bildirilmezse, önceki alacaklıya iyi niyetle yapılan ödeme borçluyu borcundan kurtarır. Aynı Kanunun 167 maddesi hükmüne göre de borçlu, temlik öğrendiği zaman temlik edene karşı haciz olduğunu defileri temellük edene karşıda ileri sürebilir. Örneğin ifa, ibra, takas ve gibi nedenlerle borcun artık mevcut olmadığını öne sürerek ifadan kaçınabilir. Alacağı devralanın iyiniyetli olması, yani borçlunun temlik edene karşı ileri sürebileceği defî veya itirazlarının varlığını bilmemesi de kural olarak sonucu değiştirmez. Dava konusu olayda ipotekli alacağın temlikinin borçluya bildirip bildirilmediği belli değildir. Mahkemece 20.12.1994 tarihli belge gereğince ödemenin yapıldığı kabul edilmişse de, davalının belgeye ilişkin itirazları üzerinde durulmamıştır. Ödemenin gerçekten

sine bildirim yapılmadığı sürece iyiniyetle yapacağı ifa ile borcundan kurtulacaktır⁷⁰⁷.

TBK.m.186 borçluya bildirimin yapılmamış olması halinde onun iyiniyetinin korunacağını belirtmekle birlikte, bu bildirimin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenlemede bulunmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yasakoyucu alacağı devreden veya devralana bildirimde bulunma yükümlülüğü getirmemiştir. Sadece onun bildirimde bulunmamasına bazı sonuçlar bağlamıştır.

Alacağın devredildiğini borçluya bildirecek olan kişi devreden veya devralandır⁷⁰⁸. Alacak ard arda devredilmiş ise, önceki devralanın da bildirimde bulunması mümkündür⁷⁰⁹. Alacağın devredildiği hususu özellikle devralan açısından özel önem arz eder. Çünkü bildirimin yapılmaması durumunda devredene ifada bulunan borçlu borcundan kurtulacağı için, devralanın borçluya karşı bir talep hakkı kalmayacaktır. Bu nedenle devralanın derhal devirden borçluyu haberdar etmesi onun yararına olacaktır⁷¹⁰.

Bildirimin devreden veya devralan tarafından bizzat yapılması şart değildir. Devreden veya devralan adına temsile ilişkin hükümler (Art. 32 OR/TBK.m.40 vd.) çerçevesinde bir üçüncü kişi tarafından da bildirimde bulunulabilir⁷¹¹. Temsil yoluyla yapıldığında da bildirim gerçekleşmiş olur ve geçerli bir bildirimle bağlanan sonuçlar gerçekleşmiş olur. Öğreti-

yapılıp yapılmadığı araştırılmamıştır. O halde mahkemece tüm bu açıklanan hususlar üzerinde durulmamış sonucuna ve Borçlar Kanununda düzenlenen alacağın temliki hükümlerine göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir" Yarg. 13. HD., 27.9.2004 T., 2004/3785 E. -2004/12884 K.).

⁷⁰⁷ ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 7.

⁷⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 257; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 11. Açık faktoring sözleşmelerinde bildirim yükümlülüğü müşteriye (devreden) yüklenir (UZUN KAZMACI, s. 80).

⁷⁰⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 362.

⁷¹⁰ Uygulamada alacağın devredildiği hususu noterlik aracılığıyla borçluya bildirilmekte ve devredilen alacağın mevcut bulunduğu ve vadesi geldiğinde devralana ödeneceğine dair beyan talep edilmektedir. Borçlunun bu yönde beyanda bulunması yükümlülüğü doğuran bir hukuk normu bulunmamaktadır. Borçlu dilerse borcun vadesinde ödeneceğine dair beyanda bulunabilir.

⁷¹¹ LARDELLİ, s. 54; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 11; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 14; VON TUHR/ESCHER, s. 359; DAYINLARLI, s. 231.

de bazı yazarlar borçlunun üçüncü kişi tarafından haberdar edilmiş olmasının yeterli olmayacağını ifade etmektedirler⁷¹². Bildirim üçüncü kişi tarafından yapılıyor ise, bunun devreden veya devralan adına yapılması gerekir⁷¹³. Bildirim devreden veya devralan adına değil de, üçüncü kişi tarafından kendi adına yapıldığı takdirde, bu bildirimin eski alacaklıya ifade bulunulması durumunda borçluyu koruyup korumayacağı, borçlunun iyiniyetli olup olmadığına verilecek cevaba bağlıdır. Borçlunun iyiniyetli olmadığı söylenebiliyorsa, bu bildirim borçluya koruyucu etki sağlamaz⁷¹⁴. Kanaatimce TBK.m.186 hükmündeki “*devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse*” ibaresinden devre vakıf olan borçlunun sırf bildirimin devreden veya devralan tarafından yapılmamış olması gerekçesi ile korunacağı sonucuna varılamaz. Burada korunan borçlunun iyiniyetidir. Üçüncü kişi vasıtasıyla da olsa devirden haberdar olan ve devrin varlığına rağmen eski alacaklısına ya da öncedeki devredene ifade bulunan borçlunun iyiniyetinden bahsetmek mümkün değildir. Bundan dolayı üçüncü kişi vasıtasıyla da olsa devirden haberdar olan borçlunun korunmayacağı kanaatindeyim. İyiniyetin varlığı asıl olduğundan, borçlunun devre vakıf olduğunu ispat bu olguya dayanan devreden veya devralan tarafından genel ispat kuralları çerçevesinde ispatlanmalıdır.

Devir bildirimini bizzat borçluya ya da onun yetkili temsilcisine yapılabilir. Yetkisiz kişiye yapılan bildirim, bildirimle bağlanan hukuksal sonuçları doğurmaz⁷¹⁵.

⁷¹² ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 15; VON TUHR/ESCHER, s. 359; ALAI, s. 54. Aksi görüş için bkz. KOLLER, Guter Glaube und böser Glaube, N. 685.

⁷¹³ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 11; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 14. Üçüncü kişi tarafından yapılan bildirim Art. 167 hükmünün etkisini göstermesi için bildirimin devreden veya devralan namına yapılması gerektiğini ifade etmekle GIRSBERGER’in bu halde borçlunun iyiniyetinin kalkmayacağı görüşünde olduğu söylenebilecektir (N. 11).

⁷¹⁴ LARDELLI, s.54.

⁷¹⁵ “ (...) Davacı vekili dava dilekçesi ile müvekkilinin, davalı Fevzi’nin destekleme primi alacağını noter temliknamesi ile temellük ettiğini, bu hususta bankaya bilgi de verdiğini, buna rağmen destekleme primi ödemesinin davalı banka tarafından davalı Fevzi’ye yapıldığını beyanla 5.100 YTL alacağın ihtar tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı banka cevap dilekçesi ile sadece aracı kurum olarak ödemelerin yapıldığını, destekleme priminin tahakkuk merciinin İl Tarım Müdürlüğü olup, bilgilendirilmenin de bu kuruma yapılması gereğinden söz ederek davanın reddini savunmuştur.

Borçtan birden fazla borçlu müteselsilen sorumlu ise, bildirim tüm borçlulara yapılmalıdır. Aksi halde kendisine bildirim yapılmayan müteselsil borçlu diğer tüm borçlular açısından da geçerli olacak şekilde devredene ifade bulunabilir⁷¹⁶. Bu halde devralan artık tüm müteselsil borçlulara karşı ifayı talep hakkını yitirmiş olur.

Bildirimde bulunacak olan devreden veya devralan⁷¹⁷ olmakla birlikte, borçlu alacağın devrine ilişkin olarak bilgilendirilmeyi talep edebilme-

Mahkemece davanın her iki davalı yönünden de kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı (...) Bankası tarafından temyiz edilmiştir.

Alacağın temlikinde, borçlunun borcunu eski alacaklıya ifa etmesini önlemek için alacağın temlikinin borçluya temellük eden tarafından haber verilmesi gerekir.

Dava konusu olayda, davacı (temellük eden) borçlu konumunda bulunan İl Tarım Müdürlüğüne temlik işlemini ihbar etmemiştir. Davacının aracı kurum olan davalı bankaya yaptığı bildirim, borçlu nezdinde yapılan bir ihbar olarak nitelendirilemez. Banka, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin borçlusunu ve tarafı değildir. Aracı kurum olarak da, İl Tarım Müdürlüğüne bildirilen kişi hesabına havale veya ödeme yapmakta olup, bildirilen şahsın gerçek hak sahibi olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü bulunmamak gerekir” Yarg. 3. HD., 30.05.2007 T., 2007/17606 E.- 2007/19044 K. s.lı ilamı (yayımlanmamış karar). “(...) 11.12.2001 tarihli temliknamenin arka sayfasına, Kentbank A.Ş. kaşesi altına iki farklı imza atılmak sureti ile, temliknamenin 12.12.2001 tarihinde saat 09.00’da teslim alındığı şerhi düşülmüş olup, mahkemece, bu imzaların kime ait olduğu, anılan tarih itibarıyla davalı Bankayı bağlayıcı yönü olup olmadığı hususu araştırılmamıştır.

Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda anılan imzaların davalı Bankayı bağlayıcı yönü araştırılmak (...)ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmek gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır” (Yarg. 11. HD., 06.10.2005 T., 2004/11880 E.-2005/9327 K. s.lı ilamı).

⁷¹⁶ SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 6; BK-BECKER, Art. 167, N. 4; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 16; LARDELLI, s. 54.

⁷¹⁷ SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 5; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 14 vd. Alacağı devralanın yaptığı bildirim borçluyu devredene ifadan alıkoyarsa da salt bu bildirimle borçlu devralana sorgusuz sualsiz ifade bulunmak zorunda değildir. Borçlu devralandan alacağın devredildiğini ispat etmesini isteyebilir. Çünkü alacak devredilmek istenen kişiye geçmemiş ise, sırf bu bildirim üzerine iyiniyetli olarak ifade bulunmak borçluyu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Fakat alacak devredilmek istenene geçmemişse de, devreden tarafından yapılan bildirim devri sağlamasa da borçluya alacağın devredilmek istendiği kişiye (sözde alacaklıya) ifade bulunma hususunda yetki verme beyanı sayılabilecektir. Bu halde borçlu bildirimde gösterilen kişiye yapacağı ifa ile borcundan kurtulacaktır (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 554); “Alacaklı (A)’nın, alacağı önce (C)’ye devrettikten sonra (D)’ye ikinci bir devir yapması ve (C)’ye yapılan geçerli devri değil, (D)’ye yaptığı geçersiz devri bildirmesi üzerine (B)’nin (D)’ye yapacağı ödemede, (A) alacağın sahibi olmadığı

lidir. Borçlunun ifada bulunmak zorunda olduğu gerçek alacaklının kim olduğunu bilmeye hakkı vardır. Çünkü gerçek alacaklıya yapılmayan ifa onu borçtan kurtarmayacaktır⁷¹⁸. Borçlunun böyle bir talebi olmasına rağmen devreden veya devralan tarafından kendisine gerekli bilgi verilmemesi durumunda, borçlunun sorumluluğu sona erecek midir? Kanımca borçlunun artık yanlış kişiye ifadan sorumlu olmayacağı tarzında genel geçer bir kabul mümkün olmamak gerekir. Çünkü devreden veya devralana başvurarak devir hakkında bilgi talep eden borçlu, en azından kendi alacaklısına ödeme yapmamasını gerektiren bir durumun söz konusu olabileceğinin bilincindedir. Ancak kendisine başvuruda bulunulmasına rağmen bilgi vermeyen devreden veya devralanın da mutlak surette korunmasını haklı kılan bir gerekçe de yoktur. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır (TMK.m.2, f.1). Sorun dürüstlük kuralı çerçevesinde somut olayın özellikleri dikkate alınarak çözümlenmeli ve bu çerçevede bir sonuca varılmalıdır. Burada borçlunun takip edeceği en sağlıklı yol mahkemeye başvurarak tevdi yeri belirlenmesini istemek olacaktır.

Müteselsil alacaklılardan herhangi birinin alacağın devredildiğine dair borçluya yaptığı bildirimle rağmen, borçlunun borcunu devralana değil de, müteselsil alacaklılardan birine karşı ödemesi durumunda borçlu devralana karşı sorumlu olduğu gibi, devrin amacının gerçekleşmesine engel olan müteselsil alacaklı da bu eyleminden dolayı devralana karşı sorumlu olur. Ancak devralan iyiniyetle bağdaşmayan şekilde ödemeyi kabul eden müteselsil alacaklı dışındaki alacaklılara karşı bir talepte bulunamamalıdır.

Alacağın devrinin borçluya bildirilmesi bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiildir⁷¹⁹. Devrin borçluya bildirilmesi irade beyanı değil, sadece bir durumun (ihbarı) bildirilmesidir⁷²⁰. Bildirimin sadece

için (B)'ye tahsil yetkisi verdiği düşünülemez. Bu durumda, TBK.m.186'da düzenlenen arka arkaya devir hükmünün geniş yorumlanmasından yararlanılabilir" (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 544, dn. 91).

⁷¹⁸ DAYINLARLI, s.231.

⁷¹⁹ ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 8; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 167, N. 5; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 554; NOMER, s. 359; UZUN KAZMACI, s. 132. Hukuki işlemlere ilişkin esasların hukuki işlem benzeri fiiller hakkında da kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 555). Hukuki işlem benzeri fiil kavramı için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 179. Bildirimin yenilik doğuran fonksiyonu olduğuna dair görüş için bkz. BUCHER, OR AT, s. 561.

⁷²⁰ EREN, s. 1241.

devralan için bir güvence fonksiyonu anlamına geldiği ifade edilmekte ise de⁷²¹, daha ziyade üçlü borç ilişkisi olan alacağın devrinde borçlunun gerçek alacaklı* kişiye ifasının düzenlendiği belirtilerek, bunun isabetli olmadığı savunulmaktadır⁷²².

Bildirimin şekline ilişkin yasal bir düzenleme yoktur⁷²³. Bu nedenle belirli bir geçerlilik şekline tabi değildir⁷²⁴. Bildirim yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da gerçekleşebilir⁷²⁵. Devir belgesinin borçluya ibrazı da bildirim yerine geçer⁷²⁶. Bildirimin sözlü yapılması durumunda, borçluya bildirimin yapıldığını ispat yükü alacağı devreden veya devralana aittir⁷²⁷. Devir işlemi tacirler arasında yapılmış olsa dahi hukuki durum böy-

⁷²¹ BK-BECKER, Art. 167, N. 4.

⁷²² ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 8.

⁷²³ İsviçre’de kanun hazırlanırken 1879 tarihinde Federal Konsey kanun maddesinin görüş noktasının, devir yapıldığı hususunun borçlunun bilgisine ulaşması ne yolla gerçekleştiğinin önemi olduğu yönünde olduğu; bildirim ister tebligat yoluyla, ister şekle tabi bir bildirimle veya herhangi bir yolla gerçekleşsin bunlar arasında arasında fark olmadığı belirtilmiştir. Bu düşüncenin o tarihteki kanun tasarısı hakkında açıklanmış olmasına rağmen mevcut kanun (OR) hakkında da geçerli olduğunu kabul etmek gerektiği, bildirimin özel bir şekle tabi tutulmasını gerektirir bir zorunluluk olmadığı ifade edilmektedir (ZK-OSER/SCHOENENBERGER, s. 984; DAYINLARLI, 230-231; UYGUR, T., II, s. 833).

⁷²⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 362; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 555; EREN, s. 1241; SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 5; SCHWENZER, N. 90.43; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N.8; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 257; STREIFF/PELLEGRINI/VON KAENEL, s. 27; UZUN KAZMACI, s. 132; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 11; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 167, N. 4; BK-BECKER, Art. 167, N. 4.

⁷²⁵ BK-BECKER, Art. 167, N. 4; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 8. Faktoring sözleşmeleri kapsamında faktoring şirketine devredilen alacaklar ekseriya fatura üzerine konan kayıtlarla bildirilir (UZUN KAZMACI, s. 80).

⁷²⁶ KELLER/SCHOEBI, IV, s. 64; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 12; BUCHER, OR AT, s. 565.

⁷²⁷ Bildirim bir hukuksal işlem olmadığından kanımca yazılı olarak ispata ilişkin usul kuralı (HMK.m.200 vd.) burada uygulanmaz. Bildirim maddi bir vakıa olduğundan dolayı tanıkla da ispat edilebilmelidir. Alacağın devrine ilişkin bildirim ayıp ihbarı ile benzerdir. Ayıp ihbarında tanıkla ispat imkanı kabul edilmektedir: “Her ne kadar, ayıp ihbarı, 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde yapılmış ise de, üniversite raporu üzerine gizli ayıba vakıf olunduğu tarihten 13 gün sonra yapılan ihbar süresinde değildir. Ne var ki, davacı, üniversitenin raporu üzerine hemen telefon ettiğini ve bu hususu tanıkla kanıtlayacağını bildirmiştir. Ayıp ihbarı, hukuki işlem olmayıp, hukuki işlem benzeridir. Bu

ledir⁷²⁸. Uygulamada alacağın devrine ilişkin bildirimler noterlik aracılığıyla yapılmaktadır. Bu yönde bir zorunluluk bulunmamakla birlikte⁷²⁹, bildirimin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tartışmaların önüne geçmek açısından en emin yol budur.

Daha önce de belirtildiği üzere, borçluya devri bildirme veya haber verme bir durum beyanıdır⁷³⁰. Devir bildiriminin varması gerekli bir beyan olduğu⁷³¹ ve borçluya ulaşmakla hükümlerini doğurduğu, bildirimin borçluya ulaşması ile birlikte artık onun devredene ödeme yapmasının onu borcundan kurtarmayacağı, borçlunun bildirim vakıf olup olmadığı da bir öneminin olmadığı, bildirimin ona ulaşmış olmasının yeterli olduğu savunulmaktadır^{732 733}. Bildirim hukuksal işlem doğuran bir irade beyanı değildir^{734 735}. Böyle olmakla birlikte bir hukuksal işlemde tarafla-

nedenle sözlü yapılan ayıp ihbarlarının, tanıklarla kanıtlanması mümkündür” (Yarg. 15. HD. 09.10.2007, 5479/6213).

⁷²⁸ UZUN KAZMACI, s. 132. TTK.m.18 (3)’e göre, “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır”. Alacağın devrinin borçluya bildirilmesi maddede belirtilen diğer tarafı temerrüde düşürme ya da sözleşmenin feshi ya da ondan dönme ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

⁷²⁹ “ (...) Mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda anılan imzaların davalı Bankayı bağlayıcı yönü araştırılmak, temliknamenin tebliğinin noterce yapılmasının zorunlu bulunmadığı gözetilmek ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmek gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır” (Yarg. 11. HD., 06.10.2005 T., 2004/11880 E.-2005/9327 K. s.11 ilamı).

⁷³⁰ DAYINLARLI, s. 228; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 196; SPRREETZ/BURRI, Art. 167, N. 5; KOLLER, Guter Glaube und böser Glaube, N. 682; ALAI, s. 53; BUCHER, OR AT, s. 562.

⁷³¹ GAUCH/SCMID/REY, N. 3694; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 8.

⁷³² DEVELİOĞLU, s. 87; ZK-SPIRIG, Art. 167 N. 17; GAUCH/SCHLEUPP/REY, N. 3693; LARDELLI, s. 53; EREN, s. 1241; BUCHER, OR AT, s. 563, dn. 100; VON TUHR/ESCHER, s. 359, dn. 12. Yazarlar borçlunun bildirimden haberdar olmamasında kusuru olmasa da hukuki sonucun değişmeyeceği kanaatindediler (s. 359, dn. 14).

⁷³³ Borçluya yapılan bildirimin borçlunun hakimiyet alanına girmesi öğrenme olarak değerlendirilmediği takdirde, borçlunun ödemeyi geciktirerek yeni alacaklı karşısında haiz olduğu savunma imkanlarını arttırmayı tercih edebileceği ifade edilmektedir (DEVELİOĞLU, s. 87; BUCHER, OR AT, s. 569).

⁷³⁴ DAYINLARLI, s. 229.

rın davranışlarına bağlanan hukuksal sonucu değiştirecek önemde bir beyandır. Özellikle borçlunun korunması amacı dikkate alındığında, bildirimin borçluya ulaşmasından sonra hal ve şartlara göre göstermesi gereken özen kapsamında bilmesi gerektiği söylenebiliyor ise bildirimin etkisini gösterebileceği de savunulmaktadır⁷³⁶.

Devir işleminin geçerliliği bildirimle ilgili değildir. Bildirim yapılmamış dahi olsa devir gerçekleşmiş olur⁷³⁷. Kendisine bildirim yapılmamasına rağmen herhangi bir şekilde devirden haberdar olan borçlunun devralana yaptığı ifa geçerlidir ve devralana yapılan bu ifa ile borçlunun alacaklısına karşı (devredene) ifa yükümlülüğü sona erer.

Borçlunun iyiniyetini ortadan kaldırmak için şekli anlamda bir bildirim yapılmış olması yeterli değildir. Borçlunun iyiniyetinin ortadan kalktığından bahsedilebilmesi için bildirimin objektif olarak devre ilişkin gerekli asgari verileri içermesi gerekir.

Her şeyden önce alacağın devredildiği hususu şüpheye yer bırakmayacak derecede açık olmalıdır. Borçlu bildirimin içeriğinden, yanlış anlaşılmaya yer olmayacak şekilde -deyim yerinde ise- tabloyu görebilmelidir. Bildirim net ve anlaşılır olmalıdır⁷³⁸. Birden fazla anlama gelebilecek yanlış anlaşılabilir bildirimlerin devralanın aleyhine yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁷³⁹. Salt borçluyu ödemedi bulunmaya davet eden yazı borçlunun iyiniyetini ortadan kaldıran bildirim olarak görülmeyecektir⁷⁴⁰.

Net ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde yapılan bir bildirimden sonra devrin geçerliliği hakkında borçluda bir tereddüt olduğu takdirde, o artık kendisini sorumluluktan kurtaracak şekilde devreden veya

⁷³⁵ Bildirim geri alınıncaya kadar etkisini sürdürür (VON TUHR/ESCHER, s. 360). Borçluya ulaştıktan sonra bildirimin geri alınabilmesi borçlunun muvafakatına bağlıdır (BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 9).

⁷³⁶ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 8; KELLER/SCHOEBI, IV, 64.

⁷³⁷ Alacağın devrinin borçluya bildirilmesi bir geçerlilik şartı değildir. Bildirimin sadece borçlunun eski alacaklıya ifada bulunarak borçtan kurtulmasını engelleyen bir etkisi vardır (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 554).

⁷³⁸ LARDELLI, s. 54; ZK-SPIRIG, Art. 167 N. 13; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 10.

⁷³⁹ LARDELLI, s. 54.

⁷⁴⁰ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 10; BUCHER, OR AT, s. 565; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 14.

devralana ifade bulunamaz. Bu halde borçlu artık TBK.m.187 (Art. 168 OR) çerçevesinde hâkim tarafından belirlenecek yere tevdiye bulunarak sorumluluktan kurtulabilir⁷⁴¹.

Devralanın salt kendisine alacağın devredildiği yönündeki beyanını içeren bildirimle devir olgusu ispat edilmiş olmaz. Gerçekte bir devir söz konusu olmadığı halde, sözde devralan alacağın kendisine devredildiğini bildirerek, borçlunun kendisine ödeme yapmasını istemesi ihtimal dâhilindedir. Borçlunun güvenli şekilde ifade bulunması için alacağın devredildiğine dair kendisinde net bir kanaat oluşması gerekir. Ancak tam aksine salt alacağın devredildiğinin devralan tarafından borçluya bildirilmesinden farklı olarak devir belgesinin sunulmasıyla bildirim de gerçekleşmiş olur⁷⁴². Daha önce de ifade edildiği gibi alacağın devrinin geçerliliği kanun gereği yazılı olmasına bağlıdır. Adi yazılı şekil yeterli olduğundan, tarafların devir sözleşmesini noterlik marifetiyle yapması zorunlu değildir. Ancak imzaların sıhhati açısından resmi yazılı şekilde yapılan devir sözleşmesi borçlu bakımından güvence sağlar. Noterlikte yapılan sözleşmede imzaların sıhhatini ayrıca araştırmadan borçlu, bildirim yerine geçen devir sözleşmesine dayanarak ifade bulunabilir⁷⁴³. Kendisine adi yazılı devir sözleşmesi sunulan borçlu daha dikkatli davranmalı ve imzanın sıhhatini araştırmalıdır. Bu meyanda alacağı devrettiğine dair yazılı beyanda bulunmasını alacaklıdan isteyebilmelidir. Aksi halde borçlu imzanın sıhhati riskini üstlenmiş olacak ve sözde devredene tekrar ifade

⁷⁴¹ LARDELLI, s. 55. Devredenin bildirimi geri alması durumu buna örnek olarak gösterilebilir (LARDELLI, s. 55). Bu ihtimalde borçlunun deyim yerinde ise gönül rahatlığıyla devralana ödeme yapabileceğinden bahsedilemez. Tevdi yeri belirlenmesi için mahkemeye başvurmayan borçlu yanlış kişiye ifade bulunma riskini üzerine almış olur.

⁷⁴² VON TUHR/ESCHER, s. 359; LARDELLI, s. 54.

⁷⁴³ Gerçekleşme ihtimali çok düşük olmakla birlikte resmi belgedeki imzanın sahte olması durumunda, devir belgesine dayanarak ödeme yapan borçlunun borcundan kurtulamayacağı kanısındayım. Çünkü ortada bir tasarruf işlemine ilişkin olarak alacaklıyı bağlayan bir irade beyanı yoktur. Yasakoyucu borçluyu devir yapılmasına rağmen kendisine bildirilmemesi nedeniyle eski alacaklıya iyiniyetli ifade bulunması halinde onu korumaktadır. Ayrıca devreden veya devralan bildirimde bulunmadığı takdirde, kendi ihmallerinin sonucuna katlanmaktadırlar. Oysa somut örnekte böyle bir korumayı gerektirir bir durum yoktur. Resmi belgede imzanın sahte çıkması durumunda, mağdur olan borçlu noterin sorumluluğuna gidebilir ve uğradığı zararların tazminini talep edebilir.

bulunmak zorunda kalabilecektir. Yargıtay önüne gelen bir olayda bu yönde içtihat etmiştir⁷⁴⁴.

Devrin alacaklı tarafından borçluya bildirilmesi durumunda, devrin geçersiz olduğunun daha sonradan ortaya çıkması borçlunun iyiniyetle yaptığı ifayı geçersiz hale getirmez ve borçlu yaptığı ifa ile borcundan kurtulur. Bu halde en azından yanlış kişi olan devralana ifa konusunda borçlu yetkilendirilmiştir⁷⁴⁵. Buna karşın devrin gerçekte hak sahibi olmayan devralan tarafından gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması ya da sunduğu devir belgesinin doğru olmaması halinde, borçlunun iyiniyetli olsa da yapacağı ifa ile borcundan kurtulamayacağı, bu halde ifade bulunan borçlunun gerçekte hak sahibi olmayan –sözde- devralandan sebep-siz zenginleşme hükümlerine göre ifa ettiğini geri isteyebileceği isabetli olarak savunulmaktadır⁷⁴⁶. Bir görüşe göre, borçlunun devrin geçersiz olduğunu bilmesine rağmen, alacaklının –sözde- devralana ödeme yapılmasını arzu ettiğine güvenerek ifade bulunması halinde dahi iyiniyeti korunacak ve ifa ile borcundan kurtulacaktır⁷⁴⁷. Bu görüşün kanunla bağdaşmadığı, bunun ancak devreden devrin geçersizliğine dayanmasının

⁷⁴⁴ “Birleşen 2005/140 Esas sayılı dosyada davacı ... Tasarım İnşaat ve Yapı Malzemeleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin temyizine gelince; bu davacı iş sahibinin yüklenicisi olan ... İnşaat Malzemeleri Taahhüt A.Ş.'nin taşeronu olarak yüklenicinin üstlendiği işleri ve fazla imalatı yaptığını ileri sürmekle birlikte alacağının hukuki sebebinin sözleşmenin devri ya da borcun nakline dayandırmamış olup, yüklenici ile yaptığı 04.09.2004 tarihli iş kabul ve temlikname başlıklı yazılı temlik sözleşmesine dayandırmaktadır. BK'nun 162. maddesine göre temlikin geçerli olabilmesi için borçlunun rızasına gerek olmadığı gibi, 163/1. maddesine göre geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olması koşuluna bağlıdır. Temlikin borçluya bildirilmemiş olması geçerliliğine etkili değildir. Ancak resmi şekilde yapılmadığı, imza ve tarihi resmi makamlarca tasdik edilmediği ve temlik eden davada taraf olmadığından temlik olanın temlik belgesindeki imzanın temlik eden yükleniciye ait ve içeriğinin doğru olduğunu kanıtlaması gerekir. Bu durumda birleşen 2005/140 esas sayılı dosya davacısına bu hususu ispatı konusunda süre verilerek temliknamedeki imzanın dava dışı yükleniciye ait, içeriğinin doğru ve geçerli olduğunun saptanması halinde yüklenicinin iş sahibinden alacağı olup olmadığı konusunda deliller toplanıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekirken, bu hususlar üzerinde durulmadan yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile bu davanın reddi de usul ve yasaya aykırı olmuştur” (Yarg. 15. HD., 18.1.2010 T., 2009/203-E.-2010/94 K.).

⁷⁴⁵ GAUCH/SCLUEP/SCHMID/REY, N. 3703; SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 13.

⁷⁴⁶ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 167, N. 7; SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 13; VON TUHR/ESCHER, s. 360, dn. 20; KELLER/SCHOEBI, VI, 64.

⁷⁴⁷ BUCHER, OR AT, s. 564, Anm. 17.

hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde mümkün görülebileceği ifade edilmektedir⁷⁴⁸.

Alacağın devrine ilişkin olarak bildirimin yapıldığı ve borçluya ulaştığını ispat yükü genel hükümler gereğince devralandadır⁷⁴⁹. Borçlu bir olgunun gerçekleşmediğini ispatla yükümlü tutulamaz. Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (TMK.m.6). Borçlunun devralana ikinci kez ifade bulunma zorunluluğundan bahsedilebilmesi için bildirimin borçluya ulaşmış olması ve bu bildirimle rağmen borçlunun eski alacaklıya ifade bulunmuş olması gerekir. İspat yüküne ilişkin temel kural somut olaya uygulandığında, var olan bir ifaya rağmen devralana ikinci kez ifade bulunmayı zorunlu kılan bildirim olgusunu, bundan hak türeten gönderenin ispat etmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Madalyonun diğer tarafına bakıldığında ise, bildirimle rağmen eski alacaklıya ifade bulunan borçlu da, kendisini sorumluluktan kurtaracak olguyu, yani ifanın bildirimin kendisine ulaşmasından önce gerçekleştiğini ispatlamalıdır⁷⁵⁰. Borçlunun devreden tarafından düzenlenen bir makbuz sunması halinde, tarihin doğruluğunu ispatlamak zorunda olduğu ifade edilmektedir⁷⁵¹. Kanımca devreden tarihini koyarak imzaladığı belgede tarihin doğru olduğunu ispat yükünü borçluya yüklememek gerekir. Borçlunun borcu ifa ettiği kişinin kim olduğunda bir çıkarı yoktur. Onun için önemli olan borcu ifa etmek ve borcundan kurtulmaktır. Bu nedenle burada borçlunun devreden tarafından düzenlenmiş makbuzdaki tarihin doğruluğunu ispat etme yükümlülüğü olmaması gerektiği kanısındayım. Aksine makbuz üzerindeki tarihin gerçek olmadığını ileri sürerek kendisine bir hak türeten –ve bu yolla borçlunun sorumluluğuna gitmek isteyen- devralanın bunu ispat etmesi gerekir⁷⁵².

⁷⁴⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 17. Yazar tevdi yeri belirlenmesini talep hakkı bulunduğundan dolayı bu hallerde borçlunun ayrıca özel olarak korunmasını gerektirir bir durum olmadığı görüşündedir (N. 17).

⁷⁴⁹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 7; BK-BECKER, Art. 167, N. 5; LARDELLI, s. 54.

⁷⁵⁰ Aynı yönde bkz. Von TUHR/ESCHER, s. 359; LARDELLI, s. 55.

⁷⁵¹ BK-BECKER, Art. 167 N. 5; VON TUHR/ESCHER, s. 359; LARDELLI, s. 55.

⁷⁵² Herhalükarda devredilen alacağın para cinsinden olması halinde borçlunun ödemeyi banka veya posta yoluyla ödemesi gereksiz taleplerle karşı karşıya kalmamak açısından tercih edilebilecek bir yoldur.

Kendisine bildirim yapılmamasına rağmen devirden bir şekilde haberdar olunması halinde, artık onun iyiniyetinden bahsedilemez⁷⁵³. İyiniyetli olup olmadığının tespiti açısından önemli olan borçlunun devirden haberdar olup olmadığıdır. Onun devirden nasıl haberdar olduğunun bir önemi yoktur⁷⁵⁴. Kendisine bildirim yapılmayan borçlunun devirden haberdar olduğunu ispat yükü bunu iddia eden tarafa aittir.

Kendisine bildirim yapılmadıkça borçlunun temerrüde düşürüldüğünden bahsedilemeyecektir⁷⁵⁵.

Borçluya bildirim yapılması sadece onun iyiniyetle eski alacaklısına ödeme yapmasını engellemeye yönelik olduğundan, bildirimin yapılmış olmasının zamanaşımının işlemesi üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır⁷⁵⁶. Alacağın devredildiğine dair borçluya yapılan bildirim zamanaşımını kesen işlemlerden değildir⁷⁵⁷.

Kanun borçlunun korunması prensibinden hareket ettiğinden dolayı, kendisine yapılan bildirim karşısında borçlunun susması ya da bildirimi

⁷⁵³ EREN, s. 1241; UZUN KAZMACI, s. 134; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 569; BK-BECKER, Art. 167, N. 5.

⁷⁵⁴ BK-BECKER, Art. 167, N. 5.

⁷⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3615; EREN, s. 1241.

⁷⁵⁶ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 13.

⁷⁵⁷ "T.T.K.nun 730/18. maddesi göndermesi ile çekler hakkında de uygulanması gereken aynı kanunun 662. maddesine göre zamanaşımı, dava açılması, takip talebinde bulunulması davanın ihbar edilmesi ve alacağın iflas masasına bildirilmesi sebepleriyle kesilir. Başlatılan takipte zamanaşımı süresince, alacaklının, icra dosyasında takibin devamını sağlayıcı nitelikte taleplerde bulunması ve takibi işlemsiz bırakmaması gerekir.

Somut olayda zamanaşımı itirazında bulunan borçlu Ö... İnşaat Tesisat San.ve Tic. Ltd. Şti. hakkında 8.6.2009 tarihinde haciz isteminde bulunulduktan sonra, bu borçlu için 23.12.2009 tarihine kadar yapılmış bir takip işlemi bulunmamaktadır. Alacağın temlik edilmiş olması halinde temlik bildirimi takibin devamı için zorunlu bir işlem olmadığından, bir başka anlatımla temlik alan alacaklı, temlik bildirimini yapmamış olsa da takibe devam edebileceğinden 11.9.2009 tarihli temlik bildirimi işlemi zamanaşımını kesmez. Borçlu Ö... İnşaat Tesisat San.ve Tic. Ltd. Şti. hakkında zamanaşımı itirazının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir" (Yarg. 12. HD., 2.3.2011 T., 2010/21990 E.-2011/2356 K.).

teyit etmesinden, onun borcu kabul ettiği ya da savunma imkânlarından feragat ettiği sonucuna varılamayacağı ifade edilmektedir⁷⁵⁸.

3-Borçlunun İyiniyetli Olarak İfade Bulunmuş Olması

Devreden veya devralanın bildirimde bulunmasıyla borçlu artık eski alacaklısına ifade bulunmakla borcundan kurtulamaz⁷⁵⁹. Alacağın devredildiği hallerde borçlu ancak iyiniyetli olarak eski alacaklısına ödeme yaptığı takdirde onun iyiniyeti korunur. Borçluya bildirim yapılmamış olması alacağın devrinin geçersizliğini sonuçlamaz. Kendisine bildirim yapılmamış olan borçluya alacağın devrinin ileri sürülememesi nisbi etkisizlik olarak değerlendirilmektedir⁷⁶⁰.

Kanun borcun ifasından bahsetmektedir. İfa sadece parasal anlamda değildir. Borçlanılan edimin ifaya eşit tutulan başkaca eylemler de aynı

⁷⁵⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 12; BUCHER, OR AT, s. 563, Anm. 110.

Aksi görüş için bkz. VON TUHR/ESCHER, s. 369, Anm. 82.

⁷⁵⁹“(…) B.K’nun 162 vd. maddeleri uyarınca temlik akdi yapılır yapılmaz, alacak temlik alana geçer ve artık borçlu alacağın temlikinin kendisine bildirilmesinden önce iyi niyetle yaptığı ödemeler dışında temellük alana ödeme yapmaksızın borcundan kurtulamaz. B.K’nun 165.maddesi ile aynı Yasa’nın 166.maddesi birlikte değerlendirildiğinde, borçlunun temellük alana değil de, temlik edene yapmış olduğu ödeme nedeniyle borcundan kurtulamayacağı sonucuna varılmakla birlikte esasen, aynı sonuca, M.K’nun 2. maddesi uyarınca da ulaşılması mümkündür. Somut olayda, temlik eden dava dışı Adil İnşaat Ltd.Şti.’nin davalı şirketten 200.000,00 TL tutarındaki alacağını noterde tanzim olunan sözleşmeyle temellük alan davacı banka, bu temlik işlemini davalı firmaya bildirdiğini iddia etmiş olup, davalı da 08.02.2007 tarihi itibarıyla bunu tebellüğ ettiğini kabul etmiştir. Dosyada alınan bilirkişi raporuyla da davalının tebliğ tarihinden sonra dava dışı Adil İnşaat Ltd.Şti.’ne ödemeler yaptığı sabittir. Bu durumda, alacağın temlik edildiğinden haberdar olan davalının bu temlik işlemine karşı sessiz kalarak dava dışı Adil İnşaat Ltd.Şti.’ne ödemeler yapması, cevap layihasında dahi temlik yasağı içeren sözleşmeye dayalı olarak savunma yapmaması her zaman için düzenlenmesi mümkün olabilen adi yazılı bila tarihli sözleşmeye göre temlikin geçerli olabilmesinin kendisinin yazılı muvafakatına bağlı olduğunu ileri sürmesi MK 2. maddesine aykırıdır. Bu nedenle, davalının dava dışı temlik eden Adil İnşaat Ltd.Şti.’ne yaptığı ödemelerin borcu sona erdirdiğinden bahsedilemeyeceğinden davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir” (Yarg. 11. HD. 22.12.2010 T., 2010/14998 E.-2010/13106 K. s.lı ilamı).

⁷⁶⁰ UZUN KAZMACI, s. 131. Nisbi etkisizlik ya da nisbi hükümsüzlük bir tasarruf işlemi ile oluşan değişikliğin, kanun tarafından korunan üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi, bahsi geçen kişilere karşı etkili olmaması anlamına gelmektedir (OĞUZMAN/BARLAS, s. 227-228).

sonucu doğururlar⁷⁶¹. Takas, ibra, yenileme vs. bu hallere örnek olarak gösterilebilir⁷⁶².

İyiniyetle ifada bulunan borçlu dilerse iyiniyetle devredene yaptığı ifanın kendisini borçtan kurtardığı savunmasına dayanır; dilerse ifa ettiği edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak iadesini devredenden talep eder⁷⁶³.

TMK.m.3'e göre, kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır (f. 1). Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz (f. 2).

İyiniyet (bonne foi) genel olarak bir kişideki dürüstlüğü ve iyi ahlakı gösterir⁷⁶⁴. Gösterilmesi gerekli dikkat ve özen (araştırma yükümü) her olayın mahiyetine göre farklılıklar arz edebilir. Burada gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği herkesin kendi işindeki davranışlarına göre belirlenmez (sübjektif değerlendirme), aksine o tarz olaylarda normal ve orta zekâlı kişilerin göstermesi alışılmış olan dikkat ve özen esas alınmalıdır (objektif değerlendirme). Yani gerekli dikkat ve özenin gösterilmiş olup olmadığı hususu objektif sonuçlara götürecek olan dürüstlük kurallarına göre belirlenir⁷⁶⁵.

Borçlunun tacir olup olmadığı onun dikkat ve özen yükümünün kapsamının belirlenmesi açısından önemlidir. Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir (TTK.m.18, f. 2)⁷⁶⁶. Gösterilmesi gereken dikkat ve özene ilişkin olarak alelade bir birey ile mesleği ticaret olan birinin aynı kefeye konması mümkün değildir.

⁷⁶¹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 3.

⁷⁶² ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 36; VON BUEREN, OR AT, s. 330; VON TUHR/ESCHER, s. 360; KOLLER, Guter Glaube und böser Glaube, N. 693.

⁷⁶³ SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 11.

⁷⁶⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 156.

⁷⁶⁵ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 161.

⁷⁶⁶ Tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranıp davranmadığı objektif olarak, tacirin ticaretinin özelliğini gözönünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Tedbirli ve ileriye makul ve mutad oranda gören bir tacirin davranışı somut olayda tacirin basiretli bir işadamı davranışı gibi davranıp davranmadığını belirler (POROY/YASAMAN, s. 123). Basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğüne ilişkin detaylı bilgi için bkz. POROY/YASAMAN, s. 123 vd.

Borçlunun gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği konusunda her olaya uygulanabilir genel bir ölçüt konması mümkün değildir. Bundan dolayı her zaman somut olayın özellikleri dikkate alınarak borçlu tarafından gerekli özen ve dikkatin gösterilmiş olup olmadığı değerlendirilmelidir⁷⁶⁷.

Öğretide borçlunun iyiniyetinin korunmasına ilişkin olarak, devralanın alacağının güvence altına alınmasındaki çıkarının, devirden hiç bir şekilde kusuru olmaksızın haberdar olmayan borçlunun korunmasından daha mı ağır basacağı sorusu ortaya atılmış ve tartışılmıştır.

Bir görüşe göre borçlunun kusuru olmaksızın bildirimden haberdar olmaması durumunda, onun iyiniyeti korunur ve borçlu ifayla borcundan kurtulur⁷⁶⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, borçlunun kusuru olmaksızın bildirimden haberdar olmaması halinde de, borçlunun korunmasını sınırlayıcı etki doğar⁷⁶⁹. Çünkü bu durum yegâne kendine özgü uygulama alanı oluşturur. Sonuç itibarıyla bu görüşe göre, kusuru olmaksızın bildirimden haberdar olmayan borçlu yanlış kişiye ödeme yapmakla borcundan kurtulmuş olmayacaktır.

BGB § 407 bir bildirimden bahsetmemekte, borçlunun ifa sırasında devirden haberdar olması durumunda kendisine karşı hakların ileri sürülebileceğinden bahsetmektedir⁷⁷⁰. Alman hukukunda TMK.m.3 (Art. 3

⁷⁶⁷ Tatile çıkan bir iş adamının devir bildiriminin kendisine ulaşmadığını, bu nedenle iyiniyetli olduğunu ileri sürmesinin kabul edilebilir bir tarafı bulunmadığı söylenebilir. Alelade bir borçlunun tatile giderken –tatil esnasında- kendisine bir bildirim gelip gelmeyeceğini düşünmesi söz konusu olamaz. Ancak ticaretle uğraşan ve basiretli bir işadamı gibi davranmak zorunda olan bir tacir için bu kolaylıkla söylenemez. Ticaret hayatında işletmeye çeşitli bildirimlerin gelmesi sıradan bir hadise olduğundan, bu halde tacirin gelecek olası bildirimleri kabule yetkili bir kişiyi işyerinde görevlendirmesi gerektiği savunulabilir (Aynı yönde görüş için bkz. LARDELLI, s. 55).

⁷⁶⁸ ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 17; BUCHER, OR AT, s. 562, N 100 vd. GIRSBERGER, burada borçlunun çok az korunmaya değer olduğunu belirtmektedir (BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N.8).

⁷⁶⁹ LARDELLI, s. 56; VON TUHR/ESCHER, s. 359, dn. 13.

⁷⁷⁰ BGB § 407 (1): “Borçlunun devirden sonra alacaklıya ifa ettiği edim, devirden sonra borçlu ile alacaklı arasında alacak dikkate alınarak yapılan hukuksal işlemler yeni alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Meğer ki, borçlu devir sırasında veya hukuksal işlemin yapılmasından önce devirden haberdar olsun”.

OR) gibi iyiniyeti düzenleyen genel bir hüküm yoktur. BGB § 407’de TMK.m.3’te olduğu gibi açıkça “durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni gösterme” yükümü düzenlenmemiştir.

İrade beyanlarına ilişkin kısımda yer alan BGB § 122 (2)’de irade beyanının batıl ya da iptal edilebilir olması nedeniyle zarar görenin, bu sebepleri bildiği veya ihmali ile haberdar olmadığı (kennen musste - bilmek zorunda olduğu) hallerde tazminat yükümlülüğünün doğmayacağı düzenlenmiştir. BGB § 407’deki haberdar olma ile “bilmek zorunda olma” aynı şey değildir⁷⁷¹. Bundan dolayı borçluya bildirimin ulaşmış olması ve fakat onun henüz bildirimin içeriğinden haberdar olmadığı durumda borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz⁷⁷². Ancak bazı hallerde bildirim içeriğine vakıf olunmadığını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olarak görülebileceği Alman öğretisinde de ifade edilmektedir⁷⁷³. Alman Hukukunda borçlunun devirden haberdar olduğunu ispat yükü devralandadır. Ancak bildirim veya devir belgesi borçluya ulaşmış ise, bu halde ispat yükü tersine döner ve borçlu yapılan bildirime rağmen devirden haberdar olmadığını ispat etmekle yükümlü olur⁷⁷⁴.

İsviçre Hukukunda VON TUHR Art. 167 OR (TBK.m.183-BK.m.165) hükmünün lafzını esas alarak bildirimin borçluya ulaşması anına önem vermekte ve bildirimin borçluya ulaştığı andan itibaren onun iyiniyetle de olsa eski alacaklıya yapacağı ifanın geçersiz olacağını savunmaktadır⁷⁷⁵.

TBK.m.186 alacağın devrinin borçluya bildirilmemesi durumunda borçlunun iyiniyetle ifade bulunmasından sorumlu tutulmaması esasını benimsemiştir. TBK.m.186 hükmü TMK.m.3 ile birlikte değerlendirilmelidir. TBK.m.186 iyiniyete bir hukuki sonuç bağlamaktadır. Yani borçlu iyiniyetli ise yanlış kişiye ödeme yapmasına rağmen sorumluluktan kur-

⁷⁷¹ STAUDINGER/BUSCHE, § 407 N. 39; BGHZ 135, 139, 42; BGH WM 2004, 981, 984.

⁷⁷² STAUDINGER/BUSCHE, § 407 N. 39; RGZ 135, 247, 251.

⁷⁷³ STAUDINGER/BUSCHE, § 407, N. 39.

⁷⁷⁴ STAUDINGER/BUSCHE, § 407, N. 45; LARDELLI, s. 56-57; BGHZ, 135, 39, 43; RGZ 87, 412, 418.

⁷⁷⁵ VON TUHR/ESCHER, s. *. TEKİNAY, BK.m.165 hükmündeki “bildirilmezden mukaddem” sözünün borçlunun “ihbarı öğrenmesinden önce” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirterek VON TUHR’un bu görüşüne karşı çıkmaktadır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 257).

tulmaktadır. O halde iyiniyete hukuki sonuç bağlanan halleri düzenleyen TMK.m.3, f. 2 gereğince, kendisinden beklenen özeni göstermeyen borçlunun iyiniyet iddiasında bulunması mümkün değildir.

Kanımca salt bildirimin devralana ulaşmış olması başlı başına borçlunun iyiniyetini ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Burada TMK.m.3, f. 2 gereğince gerekli özeninin gösterilmiş olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bildirimin borçluya ulaşmış olması tek başına borçlunun iyiniyetini ortadan kaldıracak bir olgu değildir. Kanun burada bildirimin ulaşmasına sonuç bağlamaktan öte, borçlunun iyiniyetinin korunacağını vurgulamayı amaçlamaktadır. Bildirimin yapılması ile devirden haberdar olacak olan borçlunun bunu öğreneceği düşünülmüş, bildirimin içeriğine vakıf olup olmadığı konusunda ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü zaten iyiniyete hukuksal sonuç bağlanan hallere ilişkin genel bir düzenleme vardır ve konu o madde çerçevesinde değerlendirilecektir. Bizim hukuk sistemimizde Alman Hukukunda olduğu gibi salt bildirimin içeriğine vakıf olunması halinde borçlunun korunmayacağı şeklinde bir sonucun kabulü mümkün olmamakla birlikte, devralanın borçlu karşısında özel olarak korunmasını gerektiren bir durum da mevcut değildir. Gerek devralan, gerekse borçlu devredenle bir hukuksal ilişki içindedirler ve birini diğerine tercih etmeyi haklı kılan özel bir neden de olmadığından, borçluya gerekli özeni gösterdiği konusunda bir ispat hakkı tanımak ve ona kendisini sorumluluktan kurtulma imkânı sunmak daha adil görünmektedir⁷⁷⁶. Ayrıca sözleşmelerin kurulmasına ilişkin öneri ve kabulün geri alınmasına dair TBK.m.10'daki genel mantıktan yararlanılarak da aynı sonuca varılabilir. TBK.m.10 hükmüne göre, geri alma açıklaması, diğer tarafa öneriden önce veya aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş

⁷⁷⁶ Borçlunun borcunu banka aracılığıyla alacaklısına göndermek için bankada sıra beklerken, borçlunun konutuna devir bildiriminin tebliğ edildiğini ve tebligatın da Tebligat Kanunu hükümlerine uygun gerçekleştiğini varsayalım. Salt bildirimin borçluya ulaşmış olmasının yeterli olduğunun kabulü halinde, hiç bir kusuru olmadığı halde borcunu ödemek için bankada sıra bekleyen borçlu yanlış kişiye ödeme yapmış olacak ve iyiniyetinden bahsedilemeyecektir. Modern çağın imkanlarını düşünerek, internet üzerinden sanal ortamda bankacılık işlemi yapan borçlunun konutuna gelen bildirimi, Tebligat Kanunu hükümlerine göre onun adına tebligatı kabule yetkili ev sakinlerinden birinin aldığını, ve tebligatı kabul eden kişinin henüz borçluya tebligat zarfını ulaştırmasından önce internet bankacılığı işlemini tamamladığı durumda borçlu iyiniyetli sayılmayacak mıdır? Bunlar uç örnekler olarak görülse de bu ihtimallerin hiç bir şekilde gerçekleşmeyeceğini iddia etmek mümkün değildir.

olursa, öneri yapılmamış sayılır (f.1). Bu kural, kabulün geri alınmasında da uygulanır (f. 2). Hazırlar arasında olmayan öneri ve kabul sürecinde Yasakoyucu, tarafından öneri ya da kabulden haberdar olunmadan önce geri alma imkânı tanınmıştır. Burada irade öneri veya kabul beyanı kendisine ulaşan kişiye, içeriğine vakıf olunmadan önce beyanından dönme imkânı tanıyan kanunun, alacağın devrinde borçluya da benzer imkânı tanıyacağı kabul edilebilir. Yani, ulaşan bildirimle rağmen gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen henüz devre vakıf olmadan eski alacaklısına iyiniyetle ödeme yapan borçlunun sorumlu tutulamayacağı söylenebilir⁷⁷⁷. Sonuç olarak; bildirim yapılmasına rağmen bildirimin içeriğine vakıf olmayan borçlunun iyiniyetle ifada bulunması durumunda, onun iyiniyeti korunacaktır. Ancak bu halde bildirimin içeriğini öğrenmemiş olma olgusu buna dayanan borçlu tarafından ispatlanmak zorundadır⁷⁷⁸.

Bildirim yapılmamış olmasına rağmen borçlunun bir şekilde devirden haberdar olması durumunda artık borçlunun iyiniyetinden bahsedilemez. Kendisine bildirim yapılmamış olmasına rağmen o artık sadece devralana ifada bulunabilir. Devredene yapılan ifa artık onu borcundan kurtarmayacaktır. Alacağın devredildiğinden haberdar olduğu şüphe götürmez biçimde açık olan borçlunun kendisine bildirim yapılmadığına dayanması hakkın kötüye kullanması olarak görülecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere, iyiniyetin varlığı asıl olduğundan, borçlunun iyiniyetli olmadığını iddia eden taraf bunu ispatlamakla yükümlüdür. Yani devralan borçlunun kendisine bildirim yapılmamış olmasına rağmen, alacağın devrinden haberi bulunduğunu, buna rağmen devredene ifadan kaçınması gerekirken, haksız yere ifada bulunduğunu ispat etmek zorundadır⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ Bildirim borçluya ulaştıktan sonra ve fakat henüz öğrenmeden önce ifada bulunan borçlunun iyiniyetinin korunması gerektiğini savunan görüş, borçlunun savunmalarında öğrenme anını esas alan TBK.m.188 hükmünden ilham alarak, kanunun bildirimden bahsederken asıl amacının iyiniyetli olunan tüm durumlarda borçluyu korumak olduğu fikrinden hareket etmekte; bildirimin ulaşmasından sonra artık borçlunun iyiniyetinin korunmayacağı görüşünü savunanlar ise, derhal bildirimde bulunarak kendisine düşen yükümlülüğü yerine getiren yeni alacaklının (devralan), bildirim ulaştığı halde bunu geç öğrenen borçlunun devranışından etkilenmemesi gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s.555).

⁷⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 555; TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 258.

⁷⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 554.

TBK.m.186 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, alacağın arka arkaya devredildiği hallerde de, borçlu TBK.m.186'da belirtilen iyiniyetin korunmasından yararlanır⁷⁸⁰. Örnek vermek gerekirse, (A), (B)'den olan alacağını (C)'ye devretmiş, (C) de devraldığı alacağı (D)'ye devretmiştir. Borçlu (B), (C)'ye yapılan devirden haberdardır. (C) tarafından (D)'ye yapılan devir kendisine bildirilmeden önce iyiniyetle (C)'ye ifada bulunduğu takdirde, borçlu (B)'nin iyiniyeti korunur ve bu ifa ile borcundan kurtulur. Hem (C)'ye hem de (D)'ye yapılan devirler kendisine bildirilmemiş olan borçlu iyiniyetle (A)'ya ifada bulunursa o gene borcundan kurtulmuş olacaktır⁷⁸¹.

Bu hüküm alacaklının arka arkaya birden fazla devir yaptığı hallerde de uygulanacak mıdır?

Örneğin (A) alacağını (C)'ye devrettikten sonra da (D)'ye devretmiş ve sadece (D)'ye yaptığı devri borçlu (B)'ye bildirmiştir. Borçlu (B) kendisine yapılan bildirim üzerine iyiniyetle (D)'ye ifada bulunmuştur. Bu halde TBK.m.186 hükmü çerçevesinde borçlu iyiniyetle yapılan ifa gerekçeyle borcundan kurtulabilecek midir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, geçerli olan devir işlemi ilk işlem olan (C)'ye yapılan devirdir. Alacak (C)'ye devredildikten sonra yapılan diğer devir geçersizdir ve kendisine ifada bulunulan (D) alacaklı konumunda değildir. Burada ikinci devrin geçersiz olması ve ikinci kez kendisine devir yapılan (D)'nin devralan sıfatını kazanamaması nedeniyle⁷⁸² TBK.m.186'nın uygulanamayacağı savunulabilir görünse de, (D)'nin devrin geçersizliği nedeniyle "tercih edilemeyecek devralan" olduğunu kabul etmenin kanunun iyiniyetli borçluyu koruma amacına daha uygun düşeceği, ancak alacağın (C)'ye mi yoksa (D)'ye mi ait olduğunun tartışmalı olduğunu bilmesi halinde borçlunun bu korumadan yararlanamayacağı, TBK.m.187'deki esaslara uyması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸³.

⁷⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 556; UZUN KAZMACI, s. 138.

⁷⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 556.

⁷⁸² Burada (D)'nin iyiniyetli olup olmadığının burada bir önemi bulunmamaktadır. Devredenin tasarruf yetkisi bulunmaması nedeniyle ikinci devir geçerli değildir (HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 361).

⁷⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 556. TEKİNAY da, ilk devir kendisine bildirilmeyen borçlunun, sonraki geçersiz olan devir ilişkisi kapsamında devralana ifada bulunması halinde onun iyiniyetinin korunacağı görüşündedirler (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258).

Yani bu halde alacak üzerindeki hak sahipliğinin tartışmalı olduğunu bilen borçlu ifadan kaçınacak ve tevdi yeri belirlenmesini mahkemeden isteyecektir.

§ 5 AİDİYETİ TARTIŞMALI ALACAĞIN TEVDİİ

1.Genel Olarak

TBK.m.187'ye göre, kime ait olduğu çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusu, ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hâkim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulur (f.1). Borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği hâlde ifade bulunursa, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur (f. 2). Dava konusu olan çekişme mahkemece henüz sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflardan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir (f. 3).

Kime ait olduğu çekişmeli bulunan alacağın tevdiine ilişkin TBK.m.187 hükmü, alacaklının kim olduğunda tereddüt olunan hallerde tevdi imkânı tanıyan TBK.m.111 hükmünün özel bir görünümü olarak görülmektedir⁷⁸⁴.

TBK.m.187 hükmü alacağın kime ait olduğuna dair sadece ilk alacaklı ile alacağı bundan sonra devralan arasındaki uyumsuzluklarda değil, alacağı kendisinin devraldığını iddia eden iki kişi arasındaki uyumsuzluklarda da uygulanacaktır⁷⁸⁵.

2.Aidiyeti Tartışmalı Alacak

Alacağın kime ait olduğunun tartışmalı olmasına ilişkin değişik ihtimaller düşünülebilir.

Alacaklı alacağını birden fazla kişiye devretmiş olabilir. Bu durumda birden fazla devralan borçlunun karşısına çıkıp borçlunun kendisine ifade bulunmasını isteyebilir⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 556.

⁷⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557.

⁷⁸⁶ Borçluya başvuran devralanların devir belgelerinde hangisine daha önce alacağın devredildiği anlaşılamıyorsa veya devir tarihi belli dahi olsa anlaşmanın adi yazılı şekilde yapılmış olmasından dolayı görünüme göre sonradan devralanın, önceki tarihli olduğu belirtilen devir belgesindeki tarihin gerçeği yansıtmadığını iddia etmesi durumunda borçlu aidiyeti tartışmalı bir alacakla karşı karşıyadır.

Gene alacaklının alacağı devretmesinden sonra, devir sözleşmesinden dönmesi durumunda devreden de devralanla birlikte alacak üzerinde hak sahipliği iddiasında bulunabilir⁷⁸⁷.

Devredilen alacağın devir tarihinden önce haczedilmiş olması durumunda, devreden tasarruf yetkisi olmaması nedeniyle devrin geçerli olmadığını ileri süren devreden alacaklısı, gerek devralana, gerekse borçluya karşı hak iddiasında bulunarak borcun icra dairesine yatırılmasını talep edebilir.

Gene bu bağlamda devreden alacaklının iflas etmiş olması düşünülebilir. Alacağın devreden alacaklının devri iflasın açılmasından önce mi yoksa daha sonra mı yaptığı konusunda tereddüt olduğu takdirde, borçlu bir yandan iflas idaresinin, diğer yandan devralanın ifa talebi ile karşılaşabilir.

Tüm bu hallerde alacak üzerinde hak iddia eden birden fazla kişi vardır ve borçlu bunlardan hangisine ifada bulunduğu takdirde borcundan kurtulacağını bilemeyebilir.

3. Borçlunun Tevdi Yeri Belirlenmesini İsteme Hakkı

Alacağın devredilip devredilmediği ya da ne miktarda devredildiği bazen tartışmalı olabilir. Gene yapılan bir devrin geçerli olup olmadığı, birden fazla kimselere yapılan devirlerden hangisinin geçerli olduğunun belirlenememesi, eski ve yeni alacaklılar arasında çekişmeler bulunması vs. söz konusu olabilir⁷⁸⁸. Bu durumda borçlunun kime ve ne miktarda ifada bulunması gerektiği hususunda tereddüde düşmesi mümkündür⁷⁸⁹. Borçlunun hiçbir kusuru olmadığı halde alacaklının kimliği hakkında oluşan belirsizlik de bu kapsamdadır⁷⁹⁰. Alacağın kime ait olduğunun tartışmalı olduğu durumlarda borçlunun mutlak surette ne şekilde hareket etmesi gerektiğini belirleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun borçlunun izleyeceği yolu kendi takdirine bırakmış, onun tercihlerine hukuk-

⁷⁸⁷ Devreden devirden sonra irade bozukluklarına dayarak devrin geçersiz olduğunu ve bu nedenle kendisinin alacak üzerinde hak sahibi olduğunu iddia etmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

⁷⁸⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258.

⁷⁸⁹ KILIÇOĞLU, s. 794.

⁷⁹⁰ VON TUHR/ESCHER, s. 363; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 1.

sal sonuç bağlamış ve ona risk üstlenmeksizin borcundan kurtulma imkânı sunmuştur.

Alacağın devrinde borçluya tanınan bu tevdi yeri belirlenmesini isteme hakkı (TBK.m.187-Art. 168 OR), -daha önce de ifade edildiği üzere- borçlunun kusuru dışında alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle veya alacaklıdan kaynaklanan başka kişisel bir sebeple borcun ifa edilememesi halinde borçluya tevdi hakkı tanıyan TBK.m.111/Art. 96 OR karşısında özel hüküm (lex specialis) teşkil eder ve öncelikle uygulanmak gerekir⁷⁹¹.

Borçlunun tevdi yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için öncelikle, borçlu tarafından tanınan bir borç bulunmalıdır⁷⁹². Devredilen alacağın kendisi bizatihi alacaklı (devreden) ile borçlu arasında tartışmalı ise, bu halde tevdi gerekliliğinden bahsedilemez. Zira borçlunun devir olmasaydı zaten ifa etmeyeceği bir borcu sırf devir yapılmış olması nedeniyle tevdi etmesi gerektiği düşünülemez.

Borçlunun tevdi yükümlülüğü söz konusu olabilmesi için farklı kişiler tarafından talep edilen alacağın aynı olması gerekir⁷⁹³.

TBK.m.187 hükmünden yararlanabilmek için alacak üzerindeki hak sahipliğinin çekişmeli olduğunun borçlu tarafından bilinmesi gerekli ve yeterlidir. Çekişmenin mutlak surette yargıya taşınmış olması koşulu bulunmamaktadır. Örneğin, alacağın kendisine devredildiğini söyleyen kişi ile bu devrin geçersiz olduğunu söyleyen ilk alacaklı, henüz mahkemede dava açmamış olsalar dahi, çekişmeden haberdar olan borçlu, her ikisine de ifadan kaçınma ve tevdi yeri belirlenmesi için mahkemeye başvurma yoluna gidebilir⁷⁹⁴. Yani henüz yargıya intikal ettirilmemiş ihtilaflarda da alacak çekişmeli olarak görülebilir ve borçlunun tevdi yoluna başvurma hakkı olduğu söylenebilir.

⁷⁹¹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 167 OR, N. 1; ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 2; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 168, N.2; BGE 63 II 57.

⁷⁹² ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 8; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557.

⁷⁹³ BGE 105 II 227; ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 9

⁷⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 556-557.

Gene çekişmenin mutlaka devirden kaynaklanması şart değildir⁷⁹⁵. Borçlunun tevdi yeri belirlenmesini isteyebilmesi için çekişme, borçlunun ifayı reddettiği anda halen mevcut olmalıdır⁷⁹⁶.

Devir sözleşmesinin tarafları arasında bir çekişme bulunması borçlunun hukuksal durumunu değiştirmemektedir. O gene ifa ile yükümlüdür. O bundan dolayı uyuşmazlık karara bağlanıncaya değin ifadan kaçınma hakkına sahip değildir⁷⁹⁷.

Borçlunun tevdi hakkı hakkaniyet esasına dayandığından, sadece iyi-niyetli borçlunun tevdi hakkı vardır. Örneğin talepte bulunanın hak sahipliğini ortaya koyacak bir ispat aracının bulunduğunu bilen kötüniyetli borçlu tevdi etmekle borcundan kurtulmuş olmaz ve temerrüdün sonuçlarına katlanmak zorundadır⁷⁹⁸. Gene edimin eksik olarak tevdi halinde de borçlu mesuliyetten kurtulamaz⁷⁹⁹.

Borçlunun borcunu tevdi etmesinin bir yükümlülük olmadığı, aksine borçluya tanınan bir hak olduğu kanaatindeyim⁸⁰⁰. TBK.m.187 hükmünün lafzına bakıldığında borçlunun tevdi yoluna başvurmasını zorunlu kılan bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Hükmün amacı bakımından değerlendirme yapıldığında da borçlunun korunmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır. Borçluya böyle bir hak tanınması hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır⁸⁰¹. Borçlunun riski üstlenerek kimin alacaklı olduğuna bizzat karar vermesi ondan beklenemez⁸⁰². Borçlunun borcun tevdi için mahkemeye başvurmasının bir hak olmayıp, yükümlülük olduğu da savunulmaktadır⁸⁰³. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁸⁰⁴ borçlunun

⁷⁹⁵ UZUN KAZMACI, s. 143; BK-BECKER, Art. 168, N. 7; ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 15; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 1; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 168, N. 1; BGE 28 II 238; BGE 105 II 273 E 2.

⁷⁹⁶ BK-BECKER, Art. 168, N. 7.

⁷⁹⁷ BK-BECKER, Art. 168, N. 1.

⁷⁹⁸ BK-BECKER, Art. 168, N. 2; ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 32; ZBJV 42 273.

⁷⁹⁹ ZBJV, 27, 161; BK-BECKER, Art. 168, N. 2.

⁸⁰⁰ Aynı yönde bkz. KILIÇOĞLU, s. 792; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 1; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 168, N. 1; BGE 63 II 55 vd.; BGE 82 II 466.

⁸⁰¹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 1; BK-BECKER, Art. 168, N. 1, 2.

⁸⁰² BK-BECKER, Art. 168, N. 1; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 1.

⁸⁰³ “Borçlu aidiyeti ihtilaflı olan alacağı mahkemeye tevdi ederek borcundan kurtulur; eğer tevdi etmezse bu defa ifayı yerine getirmek zorundadır, reddedemez. O halde aidiyeti ihtilaflı bir alacağın borçlusu alacağı itiraz vaki olmuşsa BK.m.166/1

tevdi yükümlülüğü olduğu ifadesine yer vermiş ise de, Federal Mahkemenin genel kanaatinin bunun yükümlülük olmadığı yönünde olduğu söylenebilir⁸⁰⁵.

Borçlunun gerçek alacaklının kim olduğunu bilmesine rağmen, alacağı devreden veya devralanlar arasındaki çekişmeyi gerekçe yaparak tevdi bulunmasının onu borçtan kurtarmayacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁸⁰⁶. Ancak bu durumda borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi için gerçek alacaklının hak sahibinin kendisi olduğunun borçlu tarafından bilindiğini, buna rağmen şahsına ifade bulunmadığını ispat etmesi gerekecektir⁸⁰⁷. Alacaklı olduğunu iddia eden iki kişi arasındaki çekişmenin gerçek mahiyetini ve alacak hakkının kime ait olduğunu kesin olarak bilen borçlunun tevdi hakkı olmadığı gibi⁸⁰⁸, gerçek alacaklının ihtarıyla temerrüde düşürülmesi de mümkündür⁸⁰⁹. Borçluya tanınan tevdi yeri belirlenmesini isteme hakkı hakkaniyet düşüncesine dayandığından, ancak iyiniyetli olması halinde borçlu bu imkândan yararlanabilecektir. Gerçek durumdan ya da ispat aracından haberdar olan kötüniyetli borçlunun bu imkândan yararlanmasını kabul etmek hakkaniyete aykırı olarak görülmelidir⁸¹⁰.

hükmü uyarınca, muaccel alacağı tevdi etmekle yükümlüdür. Bu tevdi bir hak değil, Federal Mahkemenin dediği gibi bir vecibedir” (DAYINLARLI, s. 151). OĞUZMAN/ÖZ, bir yandan tevdi yoluna başvurma borçlu için bir hak olduğu kadar yüküm olduğunu belirtmekte (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 556), diğer yandan ise borçlunun tevdi yoluna başvurmamasının onun çekişmeli alacağı gerçek alacaklı olmayana ödemenin sonuçlarından koruyacağını, fakat tevdi mecbur olmadığını ifade etmektedir (s. 557).

⁸⁰⁴ ATF 50 389=JdT 1925 130 (DAYINLARLI, s. 149’dan naklen).

⁸⁰⁵ BGE 63 II 55 vd.; BGE 82 II 48 E. 2.

⁸⁰⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557; BUCHER, OR AT, s. 566; BK-BECKER, Art 168, N. 2; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 168, N.1 ; BGE 63 II 55; BGE 82 II 460, 466 E. 2. Borçluya tanınan bu yetki hakkaniyet düşüncesinde dayandığından dolayı sadece iyiniyetli borçluyu koruyacaktır. Alacak üzerinde kimin hak sahibi olduğunu bilen borçlunun iyiniyetli olduğu söylenemez (BK-BECKER, Art 168, N. 2).

⁸⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557.

⁸⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557; UZUN KAZMACI, s. 143.

⁸⁰⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258.

⁸¹⁰ BK-BECKER, Art. 168, N. 1; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 3

Borçlu, sadece maddi ve hukuki durumu özenli bir şekilde inceleme- si sonucu, alacaklının kim olduğu konusunda tereddüt etmesinin haklı görülebileceği hallerde kendisini sorumluluktan kurtarabilir⁸¹¹. Yoksa salt alacak üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden ikinci bir kişinin ortaya çıkması yeterli görülmemek gerekir⁸¹². Burada belirleyici olan husus borçlunun kendisine atfedilebilecek herhangi bir kusuru olmaksızın hak sahipliği iddiasında bulunan iki kişi arasında hangisinin alacak üzerinde hak sahibi olduğu konusunda haklı bir tereddüde düşmüş olup olmadığıdır⁸¹³.

Borçlunun gerçek alacaklının kim olduğunu bilmesine rağmen ifade bulunmayıp tevdi yoluna gitmesinin pratikteki önemi, bu yolla alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle zarara uğramasının söz konusu olabilmesidir.

TBK.m.187, f. 1 borçluya ifadan kaçınma hakkı vermektedir. Alacağın kime ait olduğu konusunda bir tartışma mevcut ise, bu halde borçlu kendisine başvuran kişiye ifa ile yükümlü değildir.

Borçlu ikinci kez ifade bulunma riskini üzerine alarak alacak üzerinde hak sahibi olduğunu düşündüğü kişiye ifade bulunabilir. Borçlunun ifade bulunduğu kişinin gerçek hak sahibi olması durumunda borçlu herhangi bir problem yaşamayacak, ifa ile kendi borcundan kurtulmuş olacaktır. Ancak ifade bulunduğu kişinin gerçek hak sahibi olmaması durumunda borçlu yanlış kişiye ifa etmenin hukuksal sonuçlarına katlanacaktır. Yani borçlu ikinci kez ifade bulunmak zorunda kalacaktır. Borçlu hatalı olarak ifade bulunduğu kişiye karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak iadeyi talep edebilecektir⁸¹⁴.

Yasakoyucu borçlunun hukuksal durumunda belirsizlik yaşanmaması ve borçlunun tarafı olmadığı bir ihtilaftan dolayı mağdur olmaması için korunması gerektiği düşüncesiyle, ona mahkemeye başvurarak hakim tarafından belirlenen yere borcunu tevdi etmek suretiyle borçtan kurtulma imkânı tanımıştır.

⁸¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3702; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 3; BGE 87 III 17 vd.; BGE 68 II 55, vd.; 59 II 232.

⁸¹² GUHL/KOLLER, § 34 N. 42; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 3.

⁸¹³ GUHL/KOLLER, § 34 N. 42; BGer, SemJud 1998 2005 E. 6; LGVE 1998 I 60; SJZ 1980, 215.

⁸¹⁴ SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 7.

Alacağın şartlı devredildiği ve devreden ile devralan arasında çekişmeli olduğu hallerde, borçlu bunlardan hangisinin gerçek haksahibi olduğunu bilemiyor ise, o devreden ve devralan yararına alacağın tevdiini mahkemeden talep edebilir⁸¹⁵. Devredenin ara tasarruflarda bulunmuş olması halinde, şartın gerçekleştiği takdirde ara tasarruf hükümsüz olacağından borçlu açısından en emin yol herhalde gene mahkemeye başvurarak tevdi yoluna başvurusudur⁸¹⁶.

TBK.m.187, f. 1 sadece borçlunun borcunu hakim tarafından belirlenen yere edebileceğini belirtmiş, tevdiin nasıl olacağı konusunda bir detay vermemiştir. Bu sebeple tevdi yeri tayinine ilişkin genel kurallar burada da uygulanmak gerekir (TBK.m.106 vd.)^{817 818}. Borçlu ifa yerindeki mahkemeye başvurarak tevdi yeri belirlenmesini hâkimden isteyebilir. Mahkemenin belirleyeceği yere devredilen alacağın tevdi edilmesi ile borçlu artık borcundan kurtulur.

TBK.m.109 hükmüne göre, alacaklı, tevdi edilen şeyi kabul ettiğini açıklamış veya tevdi bir rehnin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmuş olmadıkça, borçlu tevdi edilen şeyi geri alabilir (f. 1). Tevdi edilen şey geri alındığı anda alacak, bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür (f. 2). Alacağın devrinde zaten alacak üzerinde birden fazla kişi hak iddiasında bulunduğundan, yani ifayı kabul eden alacaklılar bulunduğundan dolayı borçlunun tevdi edilen borcu geri alma hakkını kullanması kendi aleyhine olacaktır. Bu halde geri alma sonucu yaptığı ifanın riskine katlanacaktır. TBK.m.187 f.3 hükmü kapsamında, dava konusu olan ve henüz mahkemece sonuca bağlanmamış olan muaccel olan alacak üzerinde hak iddia edenlerce mahkemeye başvurulup borçlu tevdi zorlanmış ise, bu halde borçlu tekrar ifada bulunma riskini üstlenerek tevdiden kaçınamayacağı gibi, tevdi ettikten sonra da geri alması mümkün olmak gerekir. Teorik olarak bakıldığında borçlunun tekrar ifada bulunma riskini üstlenmiş olması nedeniyle devralanın gerçekte bir zararı olmaya-

⁸¹⁵ PULAŞLI, s. 168.

⁸¹⁶ PULAŞLI, s. 173.

⁸¹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258.

⁸¹⁸ Türk Borçlar Kanununda tevdi yeri alacaklı temerrüdüne ilişkin olarak TBK.m.107 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK.m.107 hükmüne göre, alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir (f. 1). Tevdi yerini ifa yerindeki hakim belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hakim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir (f. 2).

cağı savunulabilir ise de, fiiliyatta borçludan tahsil kabiliyeti bulunmaması da mümkündür. Borçlu bir vadeden yararlanıyor ve alacak üzerindeki ihtilaftan haberdar ise, bu halde de alacağı tevdi edebileceği, ancak alacak üzerinde hak iddia edenlerin muvafakatini almak zorunda olduğu, hak iddia edenlerden birinin muvafakat vermeyi reddetmesi halinde veya borçlunun hak iddia edenlerin hepsinden tevdi muvafakatlerini alma imkânı bulunmadığı durumlarda, onun tevdi için alacağın muacceliyetini beklemesi gerektiği savunulmaktadır⁸¹⁹. Kanımca tevdi masrafları borçlu tarafından karşılandığı takdirde, alacak üzerinde hak iddia edenlerin muvafakatini almaksızın borçlunun borcunu tevdi etmesinde hak sahipliği iddia edenlerin bir zararı ya da başkaca bir riski söz konusu olmayacağından, müeccel bir borç için dahi borçlunun tevdi yoluna gitmesi mümkün görülmelidir.

Borçlu tevdi yeri belirlenmesi için ifa yerindeki hâkime başvuracaktır⁸²⁰. Borçlu, hâkimin belirleyeceği yere tevdi bulduğunda tıpkı alacaklıya ifa etmiş gibi borcundan kurtulmuş olacaktır⁸²¹. Asıl hak sahibinin sonradan belirlenip tevdi edilen şeyi alması, aslında tevdi ile birlikte sona ermiş olan borcun ifası olarak görülemez⁸²².

Alacağın devrinin bildirilmemiş olması halinde, -borçlunun korunmasına ilişkin hükümle uyumlu olarak- tevdi anında çekişmenin sona erdiğinin talep edenlerce borçluya bildirilmemiş olduğu ve borçlunun da bu hususu başkaca yollarla öğrenmediği hallerde de, tevdi edene kurtarıcı etki sağlanması gerektiği belirtilmektedir⁸²³.

TBK.m.187 (Art. 168 OR) hükmünün uygulanabilmesi için talepte bulunan farklı kişilerin aynı hakları talep edip etmediğinin bir önemi yoktur. Örneğin birinin aynen ifayı, diğerinin ise zararının tazminini talep etmesi gibi. Önemli olan borçlunun gerçekte borçlu olduğu şeyi tevdi etmesidir. Gene ifanın hem alacaklı, hem de rehinli alacaklı tarafından

⁸¹⁹ DAYINLARLI, s. 153; ALAI., D. S. 82 (DAYINLARLI, s. 153'ten naklen).

⁸²⁰ ZK-SPIRIG, Art. 168, 24; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 4; BGE 63 II 54 E 2.

⁸²¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557.

⁸²² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557, dn. 104.

⁸²³ BK-BECKER, Art. 168, N. 7.

talep edilmesi halinde borçlu tevdi ederek kendisini sorumluluktan kurtarabilir⁸²⁴.

Mahkeme tarafından tevdi yeri belirlenebilmesi için borçlunun tevdi koşullarının varlığını ispat etmesi gerekir⁸²⁵. Yani birden fazla kişinin alacak üzerinde hak iddia ettiğini ispat etmedikçe, salt borçlunun alacak üzerinde birden fazla kişinin hak sahibi olabileceği yönünde duyduğu basit şüpheyile tevdi yeri belirlenmesi istenemez. Alacaklının temerrüdünde tevdi yerinin belirlenmesinde yargı uygulamalarında aranan diğer tarafa bir bildirim yapıldığını ispat şartı burada aranmamalıdır. Alacak üzerinde hak iddia edenlerin borçludan yazılı olarak ifayı talep etmiş olmaları halinde borçlunun bunları mahkemeye sunması yerinde ve yeterli olacaktır. Borçludan ifanın farklı kişiler tarafından sözlü olarak talep edilmesi durumunda, borçlunun yazılı şekilde ispat etmesi mümkün olmayacaktır. İfayı talep bir hukuki işlem olmadığından yazılı ispat zorunlu olmamak gerekir. Bu halde hâkim salt borçlunun beyanları ile yetinerek tevdi yeri belirleyebilir. Gene tevdi yeri belirlenmesi halinde alacağın tamamının tevdi edildiği hususu da borçlu tarafından ispat edilmek gerekir.

Mahkemenin vereceği karar üzerine borcunu (devredilen alacağı) tevdi eden borçlunun sorumluluğu kural olarak sona erer. Tevdiin bu sonucu doğurabilmesi için alacağın tamamının tevdi edilmiş olması gerekir. Tevdi ile birlikte borçlu muhtemel temerrüt faizleri, sözleşme cezaları ve benzeri yükümlülüklerden kurtulmuş olur⁸²⁶. Mahkemenin tevdi yeri belirlenmesine ilişkin kararı ihtilafın esasına ilişkin değildir. Mahkemenin tevdi yeri kararı vermiş olması gerçek anlamda borçlunun tevdi etme hakkı olduğu anlamına gelmez. Bu tevdi ile borçlunun sorumluluktan kurtulup kurtulmadığı (yani maddi hukuk bakımından tevdi koşulları bulunup bulunmadığı) konusunda karar verecek olan hâkim, tevdi kararı na rağmen borçlunun kendisine ifade bulunmasını isteyen, alacaklı olduğu iddiasında bulunan kişinin açacağı davayı görececek olan hâkimdir⁸²⁷.

⁸²⁴ SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 1; BK-BECKER, Art. 168, N. 8. SPIRIG, burada da aynı alacağın göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir (ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 8).

⁸²⁵ BK-BECKER, Art. 168, N. 9.

⁸²⁶ ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 27; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 2; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 168, N. 7.

⁸²⁷ BGE 105 II 273 E 2; BGE 62 343; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 5.

Herhangi bir kimse tarafından -alacaklı olduğu iddiasıyla- alacağın kendisine ait olduğunun tespitinin mahkemeden talep edilmesi halinde borçlu, alacak üzerinde hak iddia eden diğer kişi veya kişilere davanın ihbar edilmesini mahkemeden talep etmelidir⁸²⁸.

4.Borçluyu Tevdie Zorlama

TBK.m.187, f. 3 hükmüne göre, dava konusu olan çekişme mahkemece henüz sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflardan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir (f. 3).

TBK.m.187, f. 3 metninden de anlaşılacağı üzere, alacak üzerinde hak iddia edenlerin borçluyu tevdie zorlayabilmesi için öncelikle alacağın dava edilmiş olması gerekir. Henüz dava edilmemiş bir alacaktan dolayı alacak üzerinde hak iddia edenler borçlunun borcunu tevdi etmesi için mahkemeye başvuramaz. Böyle bir başvuru yapıldığı takdirde tevdi ön koşullarının oluşmamış olması gerekçesiyle talebi mahkeme tarafından reddedilmek gerekir.

Yasakoyucunun alacağın kime ait olduğuna ilişkin olarak bir dava açılmış olmasını, alacağın kime ait olduğu hususundaki tartışmanın kesin kanıtı olarak değerlendirdiği, bu halde alacağın kime ait olduğu hususundaki tartışmanın varlığının bir yorumu gerektirmeyeceği, bu tartışmanın varlığının kesin olarak kabul edileceği ifade edilmektedir⁸²⁹.

Borçlunun tevdie zorlanabildiği hallerde tevdi artık bir hak olmaktan ziyade yükümlülük olarak görülmek gerekir⁸³⁰.

Alacak üzerinde hak iddia edenlerin borçluyu mahkeme aracılığıyla tevdie zorlayabilmesi için borcun muaccel olması gerekir. Henüz muaccel olmayan bir borçtan dolayı borçluyu mahkemeye müracaatla borcunu tevdi etmeye zorlamak kanun hükmünün açık ifadesi karşısında mümkün değildir.

Devrin konusu müeccel bir alacak ise, borçlu kendisine tanınan süreden istifade etme hakkına sahiptir. Bir üst başlıkta da belirtildiği üzere, masrafi kendisi tarafından karşılanmak kaydıyla borçlunun borcunu tevdi için mahkemeye başvurmasında bir engel olmamak gerekir.

⁸²⁸ SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 7.

⁸²⁹ KILIÇOĞLU, s. 795.

⁸³⁰ KILIÇOĞLU, s. 794; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557.

TBK.m.187, f. 1 çerçevesinde borçlunun borcu tevdi etmesi imkanı yanlış kişiye ifade bulunmaktan sakınabilmesi için borçluya tanınmış bir hak olduğu gibi, alacak üzerinde hak iddia edenlerin borçluyu tevdi zorlamaları da onlara borçlunun yanlış kişiye ifade bulunmasını engelleyebilmeleri için tanınmış bir haktır ve bu hakkı kullanıp kullanmamakta veya diledikleri zaman kullanmakta serbesttirler⁸³¹. Alacaklılar borçlunun şahsına güveniyorlar ise, alacaklarının borçluda kalmalarını tercih edebilirler. Alacak üzerinde hak iddia edenler dava açıldıktan sonra diledikleri zaman borçlunun borcunu tevdi etmesini isteyebilecekleri gibi, mahkemeye yönelttikleri tevdi talebinden vazgeçmeleri de mümkündür. Alacak üzerinde hak iddia edenlerin mevcut tevdi taleplerinden vazgeçmiş olmaları, borçluya herhangi bir hak sağlamaz. Daha önce tevdi talebinden vazgeçen alacak üzerinde hak iddia eden kişinin bilahare yeniden tevdi talebinde bulunmasına bir engel yoktur.

Usulüne göre tevdide bulunan borçludan, daha sonra gerçek alacaklı olduğu belirlenen kişinin kendisine ifade bulunulmadığı gerekçesiyle hesap sorması mümkün değildir. Tevdide bulunma yükümü bulunmasına rağmen bunu yapmayıp alacaklı olduğuna daha çok ihtimal verdiği kişiye ifade bulunan borçlu, gerçek hak sahibi olduğu ortaya çıkan kişinin ifa talebini karşılamak zorunda ve ona karşı ifa ile yükümlüdür⁸³².

Alacak üzerinde hak iddia eden kişilerin borçluyu birlikte başvurarak, alacağın –kendi aralarındaki ihtilaf saklı kalmak kaydıyla- bir yedimeine tevdiini talep etmeleri halinde borçlu bu talebi yerine getirmelidir. Aksi halde temerrüde düşer⁸³³. Tevdi edilen şey tarafların anlaşması ya da mahkeme kararı gereğince alacaklı olarak görülen kişiye teslim edilmelidir⁸³⁴.

⁸³¹ DAYINLARLI, s. 154.

⁸³² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 557.

⁸³³ SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 2; BGE 82 II 460 E 2.

⁸³⁴ VON TUHR/ESCHER, s. 363; SPR-REETZ/BURRI, Art. 168, N. 2.

§ 6 BORÇLUNUN SAHİP OLDUĞU SAVUNMA İMKANLARI

I-Genel Olarak

Alacağın devrinde devreden ile devralan, devralan ile borçlu ve devreden ile borçlu arasındaki ilişki olmak üzere farklı hukuksal ilişkiler söz konusudur⁸³⁵.

Borçlu ile devralan arasında devir öncesinde herhangi bir alacaklılık-borçluluk ilişkisi kural olarak yoktur. Daha önce aralarında hiç bir hukuksal ilişki bulunmayan devralan ile borçlu arasında devirle birlikte alacaklı-borçlu ilişkisi doğar.

Alacağın devrinde devir hususunda borçlunun muvafakati aranmadığı için borçlu bir anda bambaşka bir alacaklı ile karşı karşıya kalmakta, -devredilen alacağa ilişkin olarak- devreden ile aralarında alacaklı-borçlu ilişkisi kalmamaktadır. Borçlar Kanununda borçluyu koruyucu hükümler konulmamış olsaydı borçlu mağdur edilmiş olurdu. Devir nedeniyle borçlunun durumu kötüleşmemelidir⁸³⁶. Bu nedenle borçluya bazı savunma imkanları sunulmuştur.

“Borçluya ait savunmalar” başlıklı TBK.m.188’de borçlunun ileri sürebileceği savunmalar düzenlenmiştir. BK.m.167’de borçlunun savunma imkanları için “defi” ibaresi kullanılmıştı. Öğretide kanunun ifadesine rağmen borçlunun savunma imkanlarının gerçek anlamda defi olup olmadığı konusu tartışılmıştı⁸³⁷. TBK.m.188’de defi veya itiraz ibaresi kul-

⁸³⁵ Alacağın devri, ister sözleşmeye, isterse taraf iradelerinden bağımsız olarak bir kanun hükmüne, isterse yargı kararına dayansın daima üçlü bir ilişki söz konusudur (KILIÇOĞLU, s. 784).

⁸³⁶ GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3681; BUCHER, OR AT, s. 547, dn. 44; GUHL/KOLLER, § 34 N. 43; ZK-SPIRIG, Vorbemerkungen zu Art. 167-169, N. 1 ve Art. 164 OR, N. 79.

⁸³⁷ Bu maddedeki defi kavramının geniş anlamda defi olarak algılanması gerektiği, bu itibarla burada defi deyiminin, hem teknik anlamda defileri, hem de itirazları içerdiği ifade edilmektedir (DAYINLARLI, s. 206; BUCHER, OR AT, s. 567 vd.; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3683). Buradaki defiden, borçlunun talebe karşı çıkabileceği mutabakat sakatlığının varlığına, borçlunun ehliyetsizliğine, karşı taraftan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin ifa edilememesine, borcun düşmesine ilişkin tüm defilerin anlaşılması gerektiği öğretide belirtilmiştir (REISOĞLU, s. 385).

lanılmamış, “savunma” terimine yer verilmiştir. Kanımca bu yönde değişiklik isabetli olmuştur. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 167. maddesinde yer alan metindeki “defi” ifadesi borçluya sağlanan imkanları ifade etmek açısından doğru bir seçim değildi. Bundan dolayı alacağın devrinde borçlunun sahip olduğu defiye, teknik anlamda defiye yüklenen fonksiyonları aşan anlam yükleniyordu.

Borçluya tanınan bu savunma imkanları bir hakkı doğuran, hakkın doğumunu engelleyen ya da ortadan kaldıran yapıda olabilir⁸³⁸.

Borçlunun savunma imkanlarını düzenleyen yasa normu emredici hüküm değildir⁸³⁹. Bu nedenle borçlu kendisine koruma sağlayan bu imkânlardan feragat edebilir⁸⁴⁰. Bu feragat devir sonrasında gerçekleşebileceği gibi, baştan feragat de mümkündür⁸⁴¹. Ancak özel yasalarda buna istisna getirilmesi mümkündür.

İsviçre Hukukunda tüketici kredisi sözleşmelerinde, tüketicinin savunma imkanlarının kısıtlanması mümkün değildir. KKG Art. 19 hükümüne göre, tüketicinin savunma imkanlarına ilişkin hakkı aksi kararlaştırılamayan bir hak olup, tüketici kredi sözleşmesinden kaynaklanan savunma imkanlarını devralanlara ileri sürebilir. Hukukumuz açısından bakılacak olursa, tüketicinin taraf olduğu herhangi bir sözleşmede, alacağın devri halinde tüketicinin sahip olduğu savunma imkanlarından baştan feragat ettiğine dair bir hükmün bulunmasının, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesi hükmü⁸⁴² gereğince haksız

⁸³⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 4; SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 4.

⁸³⁹ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 8; BUCHER, OR AT, s. 568, Anm. 122; BGE 109 II 213, 215 E. 1a/b.

⁸⁴⁰ ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 19; BGE 109 II 215; GAUCH/SCHLUEPP, N. 609.

⁸⁴¹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 15; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 8.

⁸⁴² Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır (m. 5, f. 1). Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (m. 5, f. 2). Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna

şart olarak görülmesi ve geçersiz sayılması gerektiği kanaatindeyim. TKHK.m.5 bunu kesin geçersizlik olarak düzenlemiştir. Alacağı halinde borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu savunma haklarını devralana karşı ileri süremeyeceğine dair şarta rağmen tüketici borçlu devredene karşı sahip olduğu tüm savunma haklarını devralana karşı da ileri sürebilecektir.

II-Borçlu ile Devreden Arasındaki İlişkiden Kaynaklanan Savunma İmkanları

1.Genel Olarak TBK.m.188 Düzenlemesi

TBK.m.188 hükmüne göre, borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir (f. 1). Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir (f. 2).

Kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredemeyeceği prensibi (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet) Roma Hukukundan gelen bir kuraldır. Alacağı devreden hangi haklara sahip ise,

varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez (m. 5, f. 3). Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır (m. 5, f. 3). Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır (m. 5, f. 5). Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir (m. 5, f. 6). Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz (m. 5, f. 7). Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır (m. 5, f. 8). Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir (m.5, f. 9).

sadece onları devredebilir. Bu prensip borçlu açısından değerlendirilecek olursa, alacaklının sahip olduğu, yani devrettiği hakların kapsamına borçlunun talepleri de dâhildir. Yani borçlunun talepleri ile yüzleşildiğinde ortaya çıkacak olan hak devredilmiş olur.

Alacaklının şahsının değişmesi bir yana bırakılacak olursa devirle birlikte alacakta bir değişiklik söz konusu olmamaktadır⁸⁴³. Alacak zayıf ve güçlü yönleriyle, bütünüyle aynı koşullarla devralana geçer⁸⁴⁴. Alacağın devri borçlunun durumunu ağırlaştıramaz⁸⁴⁵. Devir olgusu aynı şekilde alacaklının durumunu iyileştiremez⁸⁴⁷. Alacak, devreden malvarlığında ne durumda ise devralanın malvarlığına da aynı şekilde geçtiğinden⁸⁴⁸, borçlu alacakla ilgili savunmaları devralana karşı da ileri sürebilir⁸⁴⁹. Başka bir anlatımla borçlu, devir olmasaydı devredene karşı sahip olamayacağı savunma imkanlarını devralana karşı ileri süremeyecektir⁸⁵⁰. Borçlu açısından bakıldığında onun için sadece alacaklının kim olduğu değişmektedir. Alacaklı devir ile bir hakkını kullanmış olduğundan sırf alacağın devredilmiş olmasıyla borçlu açısından bir dezavantaj oluşmamaktadır⁸⁵¹.

⁸⁴³ BK-BECKER, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 2.

⁸⁴⁴ BK-BECKER, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 2; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 26; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 167-173, N. 5; LARDELLI, s. 22; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3682 vd.

⁸⁴⁵ VON TUHR/ESCHER, s. 366; DEVELİOĞLU, s. 86; BULUT, s. 49; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 57. Borçlunun bilgisi ve dahli olmaksızın devir işlemi olabildiğinden alacağın devrinin hakkaniyet esasına dayandığı, bu nedenle borçlunun konumunun ağırlaştırılmayacağı ifade edilmektedir (BSK OR I-GIRSBERGER, Vorbem. zu Art. 167-169, N. 1).

⁸⁴⁶ Devralanın devredenle yapacağı anlaşma kapsamında ondan daha kötü bir konumda alacaklı hale gelecek şekilde alacağı devralması mümkündür. Tek başına alacaklı olan devreden, alacağı devralanın kendisiyle birlikte müteselsil alacaklı olacak şekilde devretmesi ya da müteakip devri engelleyecek şekilde devretmesi durumunda böylesi bir daha zayıf konum söz konusudur (BK-BECKER, Vorbem. Zu Art. 164-174, N. 3).

⁸⁴⁷ SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 1; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 363; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 1.

⁸⁴⁸ DEVELİOĞLU, s. 86.

⁸⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 558-559.

⁸⁵⁰ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 1.

⁸⁵¹ BK-BECKER, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 3.

Borçlu devredene karşı sahip olduğu savunma imkanlarını devralana karşı da ileri sürebileceğinden, o sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini devralana karşı ileri sürme hakkına sahiptir⁸⁵². Borçlu devir olmasaydı dahi alacaklıya karşı ileri süremeyeceği savunmaları devralana karşı da ileri süremez⁸⁵³.

Borçluya tanınan savunma imkanları devralanın iyiniyetinden bağımsız şekilde ortaya çıkar. Devralan alacağı devralırken bu savunma imkanlarından haberdar olmadığını belirterek, borçlu tarafından bunların ileri sürülmesini engelleyemez⁸⁵⁴.

TBK.m.188 (Art.169, Abs. 1 OR) borçlunun “devri öğrendiği anda sahip olduğu” savunmaları devralana ileri sürebileceğini düzenlemektedir.

BGB § 404’deki düzenleme şöyledir: “Borçlu yeni alacaklıya karşı devir anında o ana kadarki alacaklıya karşı sahip olduğu itirazları ileri sürebilir”.

Avusturya Hukukunda ABGB § 1394’ün metninde ise, “Devralanın hakları, devredilen alacağa ilişkin devreden hakları ile aynıdır” denmektedir.

Alman ve Avusturya Hukuklarında borçlunun devir anında devredene karşı ileri sürebileceği itirazları, devralana karşı da sürebileceği ilgili kanun maddelerinin lafzından tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılmaktadır.

Oysa İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde kanunun lafzı borçlunun devri öğrendiği anda devredene karşı sahip olduğu savunmalardan yararlanabileceği şeklindedir. Bu düzenlemenin çelişkili olduğu öğretilde ifade edilmektedir⁸⁵⁵. Şöyle ki; alacağın devrinden sonra doğup da, devredilen alacağa karşı ileri sürülebilecek hiç bir itiraz olamaz⁸⁵⁶. TBK.m.188, f. 1 (Art. 169 OR, Abs. 1) borçlunun devri öğrendiği anda mevcut olan savunmalardan bahsettiği için, kanunun lafzı devir sonrası ortaya çıkan ve

⁸⁵² ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 49.

⁸⁵³ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 1; SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 1.

⁸⁵⁴ DEVELİOĞLU, s. 87. Borçlunun takas imkanı da bu kabildendir. Alacağın devredilmesi durumunda borçlu, devri öğrendiği sırada eski alacaklısına karşı sahip olduğu takas hakkını ileri sürebilecektir (DEVELİOĞLU, s. 88).

⁸⁵⁵ LARDELLI, s. 22.

⁸⁵⁶ VON BUEREN, OR AT, 329; LARDELLI, s. 22-23.

devredene karşı ileri sürülebilecek olan savunmaların devralana karşı da ileri sürülebileceği gibi çelişkili bir durum yaratmaktadır. Ancak her ne kadar kanunun lafzı buna müsait gibi görünse de böyle bir sonucun kabulü mümkün değildir. Her şeyden önce alacağın devri ile ulaşılmak istenen amaç böyle bir çıkarıma engel oluşturur.

Alacağın devri ile alacaklının artık alacaklı sıfatını yitirmesi sebebiyle bu her iki koşulun bir arada gerçekleşmeyeceği ifade edilmektedir⁸⁵⁷.

İsviçre Hukukunda Art. 169 Abs. 1 OR (TBK.m.188 f. 1) anlamında savunmalara ilişkin olarak, ileri sürülecek olan hususun alacağın devrinden önce mi yoksa sonra mı kurulduğu ayırımına gidilmekte ve alacağın devrinden haberdar olma anının sadece devirden sonra doğan savunmalar için önemli olduğu ifade edilmektedir⁸⁵⁸. Buna göre Art 169 hükmü devredilen alacak borçlunun devri öğrendiği anda bünyesinde ileride doğacak bir savunmanın hukuki sebebini barındıran bir zayıflıkla illetli olması şeklinde yorumlanmalıdır⁸⁵⁹. Buna göre, satılanın zaptı devirden sonra gerçekleşse dahi, satılanın zaptedilmiş olduğu savunması satış bedelini devralan kişiye karşı da ileri sürülebilir. Çünkü bu savunma satış sözleşmesi ile üstlenilen satıcının garanti yükümlülüğüne dayanır. Devreden ancak devirden sonra ifa ile yükümlü olsa dahi, alacağı devralana karşı sözleşmenin ifa edilmediği savunması ileri sürülebilir. Devralan borçluyu ifaya zorlayabilmek için muhtemelen bizzat ifada bulunacaktır⁸⁶⁰. Türk Hukukunda da TBK.m.188, f. 1 hükmünün geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁶¹. Buna göre, ileri sürülecek savunmaların, borçlunun devri öğrendiği anda hukuki temellerine sahip olması yeterlidir. Bu meydana devrin borçlu tarafından öğrenilmesinden sonra ortaya çıkan temerrüt, zamanaşımı, sonraki imkansızlık veya bozucu şartın gerçekleşmesi devralana karşı ileri sürülebilmelidir⁸⁶².

⁸⁵⁷ GAUCH/SCHLUEP/REY, 3679 vd.; LARDELLI, s. 23.

⁸⁵⁸ LARDELLI, s. 23.

⁸⁵⁹ BK-BECKER, Art. 169, N. 9; BGE 25 II 323, E. 4; BGE 50 II 392, E. 2.

⁸⁶⁰ BK-BECKER, Art. 169, N. 9.

⁸⁶¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255; ŞENER, s. 61.

⁸⁶² ŞENER, s. 61.

Gene öğretide Art. 169 Abs. 1 OR (TBK.m.188, f. 1) hükmü ile getirilen bu kuralının iyiniyetin korunması ile ilgisi bulunmadığı, borçlunun bilgi sahibi olup olmadığına bakılmayacağı da belirtilmektedir⁸⁶³.

2.TBK.m.188 Düzenlemesinin Amacı

Alacağın devrinin borçlunun muvafakatini gerektirmemesi karşısında, -alacağın devrini engelleyen bir kanun ya da sözleşme hükmü bulunmadığı hallerde - borçlu devre hiç bir şekilde engel olamamaktadır. Borçlu ile alacağı devreden arasında bir hukuksal ilişki vardır ve borçlunun bu hukuksal ilişki kapsamında devredene karşı ileri sürebileceği bazı haklarbulunmaktadır. Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme ilişkisinde alacaklı kendi edimini yerine getirmemiş olabilir. Bu halde borçlunun alacaklısına karşı ödemezlik def'i hakkı vardır (TBK.m.97) ve bu def'i devralana karşı da ileri sürülebilir⁸⁶⁴⁸⁶⁵. Borçlunun kendi alacaklısına karşı sahip olduğu hakları, o alacağı devralmış olması nedeniyle borçlunun karşısına çıkan kişiye karşı ileri sürememesi adil olmazdı. Burada Yasakoyucu kendi çıkarlarını korumak için savunma imkanlarına ihtiyaç duyan borçluya gerekli koruma sunmayı amaçlamaktadır.

Borçlunun korunmasına ilişkin bu ihtiyaç sadece karşılıklı borç yükleyen sözleşme ilişkileri için değil, borçluya bir borç yükleyen tüm hukuksal ilişkiler bakımından da geçerlidir⁸⁶⁶.

Yasakoyucunun bu tarz bir düzenleme yapmamış olması adil olmaz-
dı ve mantığa aykırı sonuçlar doğururdu⁸⁶⁷.

⁸⁶³ KOLLER, Guter und böser Glaube, N. 707 vd.

⁸⁶⁴ UZUN KAZMACI, s. 147; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 560.

⁸⁶⁵ “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir” (TBK.m.97).

⁸⁶⁶ DAYINLARLI, s. 206-207. “Borçlunun menfaatinin söz konusu olması, borcun doğmamış bulunması veya borcun son bulmuş olması nedeniyle borçlunun ifayı reddetmeye hakkı olduğu durumlarda borçlu, kanun koyucunun bu madde kapsamında öngördüğü korumadan yararlanabilir. Üstelik temlik muamelesinin geçerliliği, borçlunun temlik muamelesinin yapılışına hiç bir müdahalesini zorunlu kılmaz” (DAYINLARLI, s. 207).

⁸⁶⁷ DAYINLARLI, s. 207.

TBK.m.188 hükmünün amacı, aynı zamanda borçluya tanınmış olan savunma imkanlarının sınırlarını da belirlemektir. Borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği savunma imkanları borcun esasına ilişkin olan savunmalardır⁸⁶⁸. Borcun esasını ilgilendirmeyen, devredene karşı ileri sürülebilecek olan yargılama usulüne ilişkin savunmaların devralana karşı ileri sürülmesi mümkün değildir⁸⁷⁰.

3.Borçluya Ait Savunmaların İleri Sürülebilme Zamanı

TBK.m.188, f.1 borçlunun, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme gereği, borçlunun devri öğrendiği andan sonra ortaya çıkan ve devredene karşı ileri sürülebilecek olan yeni savunma imkanlarını devralana karşı ileri süremez.

TBK.m.188 f. 2'ye göre, borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir. Bu düzenlemenin doğal sonucu olarak, borçlunun devredene karşı olan alacağı devredilen alacaktan sonra muaccel olacak ise, borçlu bu alacağını devredene karşı ileri süremeyecektir.

TBK.m.139, f. 1 hükmüne göre, iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.

⁸⁶⁸ DAYINLARLI, s. 209.

⁸⁶⁹ Borçluya savunma imkanlarının sunulmasının nedeni alacaklı-borçlu ilişkisinde borca ilişkin olarak devredene karşı olan haklarının devralana karşı da ileri sürülebilmesinin sağlanmasıdır. Borcun içeriğine (esasına) ilişkin olmayan hususlarda borçluya ayrıca ilave bir koruma sağlamayı gerektirir bir neden bulunmamaktadır.

⁸⁷⁰ “Borç Yasasının 167. maddesinin borçluya sağladığı savunma hakkı bir ilkeye dayanır. Bu da yasakoyucu tarafından alacaklı ve borçluya tanınan karşılıklı hak ve yetkiler dengesini korumak amacıdır. Borçluya bu savunma hakkının tanınmaması halinde temlik, hukuk düzeninin benimsemeyeceği adaletsiz bir biçimde borçlunun durumunu ağırlaştırmayı kabul sonucunu doğuracaktır. Çünkü alacaklının temlik yoluyla, borçlunun iradesi ve bilgisi dışında değişmesi onu zarara sokmamalıdır, durumunu ağırlaştırmamalıdır” (Yarg. 4. HD., 26.03.1973 T., 1973/8388 E.-1973/3576 K. sayılı ilamı-DAYINLARLI, s. 207'den naklen).

TBK.m.139 takasa ilişkin genel düzenlemedir. Buna göre, alacak ve borçların karşılıklı takas edilebilmesi için her iki alacağın da muaccel olması gerekir. Alacağın devrinde takas durumu özel olarak düzenlenmemiş olsa idi, TBK.m.139'deki genel düzenleme açısından değerlendirme yapılabilecek ve alacak devredildiği anda her iki alacağın da muaccel olmadığı durumlarda borçlunun takas imkanından bahsedilemeyecekti. Oysa alacağın devrini engellemek gibi bir imkanı olmayan borçlunun –sırf devir anında alacağı muaccel olmadığı için takas hakkını kullanamaması adil olmazdı. Böyle bir durum borçlunun takas hakkını kullanmasına engel olmak isteyen kötünietli alacaklıya alacağın devrini amacı dışında kullanması imkanı verirdi. İşte bu nedenle Yasakoyucu borçluya TBK.m.188, f. 2 hükmü ile, devri öğrendiği anda takas hakkını kullanması yönünde savunma imkanı vermiştir. Borçlunun takas hakkının kullanılabilmesi için devredene karşı olan alacağın devredilen alacaktan daha önce ya da en geç eş zamanlı olarak muaccel olması gerekir.

TBK.m.188, f. 2 hükmü emredici bir hüküm değildir. Alacaklı ile borçlu kendi aralarında yapacakları anlaşma ile borçlunun takas hakkını kısıtlayabilirler⁸⁷¹.

Takas konusu ileri de “Borçlunun İleri Sürebileceği Savunma İmkanları Kapsamında Bazı Özel Durumlar” başlığı altında daha detaylı olarak ele alınacaktır.

4.Borçlunun İleri Sürebileceği Savunma Türleri

a.Alacağın Varlığına İlişkin Savunmalar

Borçlu devredilen alacağın varlığını tartışılır hale getirebilecek olan hakkın doğumunu engelleyen veya hakkı sona erdiren tüm olguları devralana karşı ileri sürebilir⁸⁷².

TBK.m.27 anlamında kesin hükümsüzlük halleri alacak hakkının doğumunu engelleyen olgulara örnek olarak gösterilebilir⁸⁷³.

⁸⁷¹ DAYINLARLI, s. 208; EREN, s. 1242; BUCHER, OR AT, s. 568, 122; GAUCH/SCHLUEP, II, N. 3609; BGE 109 II 215 vd.

⁸⁷² LARDELLI, s. 25.

⁸⁷³ LARDELLI, s. 25.

Fiil ehliyeti olmayan kişiler tarafından yapılan sözleşme geçersiz olduğundan, borçlu ehliyetsizlik olgusunu devralana karşı da ileri sürebilecektir.

Sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması veya konusunun imkansız olması halinde kesin hükümsüzlük söz konusu olacağından, alacak geçerli olarak doğmayacaktır. Bu nedenle alacağın devri işlemine rağmen devralan borçluyu ifaya zorlayamayacaktır.

TBK.m.19'a göre, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (f. 1). Borçlu, yazılı bir borç tanımaya güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz (f. 2). Devredilen alacağın temelinde muvazaa bulunması durumunda borçlu muvazaa savunmasını devralana karşı da ileri sürebilir⁸⁷⁴. Esasen muvazaa nedeniyle temel işlem geçersiz olduğundan alacak doğmamıştır⁸⁷⁶. Bundan dolayı devir sözleşmesi de alacağın devredilmiş olması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak TBK.m.19, f.2'ye göre, borçlu, yazılı bir borç tanımaya güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye⁸⁷⁷ karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamayacağından dolayı, yazılı bir borç tanımaya dayanan alacağı devralana karşı borcun muvazaa nedeniyle geçersizliğini ileri

⁸⁷⁴ GUHL/KOLLER, s. 266 vd.; ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 30.

⁸⁷⁵ "Taraflar ve davaya dahil olmaya çalışan Dursun Ali'nin daha önce ortak iş yaparak 1968 yılında ortaklığı tasfiye ettikleri anlaşılmaktadır. Arada bir tasfiye belgesi vardır. Böylece ortak bir iş yapıldığına ve davanın ileri sürülüş biçimine göre, iptali dava edilen belge gerçek borcun deyimi olmayıp, davacıların üzerine ihale edilen işin Behçet tarafından verilen işin kontrgarantisi olduğu ileri sürüldüğüne ve bu yön görünüşteki belge ile doğrulandığına göre, şayet davalı Recai ile Sezai bu senedin muvazaaya ilişkin olduğunu biliyorsa, bu durum Borçlar Yasasının 167. maddesi hükmünce kendilerini bağlar. İstek onlara karşı geçersiz olur. Bu yön araştırılıp olumlu olumsuz sonuca varılmadan eksik inceleme ile davanın reddi usule aykırıdır" (Yarg. 4. HD., 8.2.1973 T., 1972/6559 E.-1973/1114 K.-UYGUR, C. IV, s. 4433).

⁸⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 542.

⁸⁷⁷ TBK.m.19/f. 2 hükmünün devren iktisabın mümkün olmadığı kuralına istisna getirmediği, burada hukuki görünüşe haklı güvenin korunması düşüncesiyle aslen iktisap söz konusu olduğu, alacak haklarının iyiniyetin korunması yoluyla kazanılamayacağı, burada aynı zamanda bu kurala istisna getirildiği ifade edilmektedir (HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 360-361).

sürme imkanı yoktur⁸⁷⁸. Yani alacak muvazaalı bir sözleşmeye dayandığı için doğmamış olsa dahi, böyle bir alacağın üçüncü kişiye devri hüküm ifade edecektir⁸⁷⁹. Bu sonucun doğabilmesi için, devralan alacağın varlığını gösteren yazılı bir metne güvenerek alacağı devralmış olmalıdır⁸⁸⁰. Bu muvazaalı metnin mutlak surette devralana teslim edilmiş olması şart değildir. Devralanın bu metni görmüş olması yeterlidir. Gene belirtmek gerekir ki, devralan muvazaadan haberdar ise bu korumadan yararlanamayacaktır⁸⁸¹. Yasakoyucu burada iyiniyeti korumayı amaçladığından gerçek durumdan haberdar olan kişinin korunmasına gerek bulunmamaktadır. Burada borçlunun alacaklısına karşı sahip olduğu TBK.m.82, f. 2'deki daimi sebepsiz zenginleşme defi hakkının alacağı devralana karşı ileri sürülemeyeceği; çünkü sebepsiz iktisap edilmiş olsa da, devreden geçerli bir alacağı devretmiş olduğu savunulmaktadır⁸⁸².

⁸⁷⁸ Yazılı borç tanınmasında bulunan borçlu alacaklısına karşı borç tanınmasının muvazaalı olduğunu ispat etmek şartıyla kendisini sorumluluktan kurtarma şansına sahiptir. Ancak burada ispat –alacağın tutarına bağlı olarak kesin delillerle - yazılı olarak ya da yemin teklif etmek suretiyle -gerçekleşebilir. Ancak yazılı borç tanınmasında alacak devredilmiş ise ona bu imkanı tanımak işlem güvenliği açısından tehlike oluşturur. Bu nedenle bu halde borçluya, yazılı borç tanınmasına dayanarak alacağı devralan kişiye karşı muvazaayı ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanı tanınmamıştır. Burada daha ziyade korunmaya muhtaç olan alacağı devralan olduğundan dolayı Kanunun düzenlemesi menfaatler dengesine de uygun olup, gerçeğe aykırı bir görünüm yaratan borçlunun bunun sonuçlarına katlanmasında hakkaniyete aykırı bir durum görülmemelidir.

⁸⁷⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 252-253; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543; EREN, s. 1242.

⁸⁸⁰ Böylesi bir muvazaa aslında devretmeme anlaşmasını da bünyesinde barındırır. Ancak bu devretmeme anlaşması üçüncü kişiyi bağlayıcı bir etkiye sahip değildir. Üçüncü kişinin iyiniyeti korunacaktır.

⁸⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543.

⁸⁸² OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 560. Aksi görüşte VON TUHR/ESCHER, s. 366. “Örneğin: (B) geçersiz bir sebebe dayanarak (A)’ya borcun sebebini belirtmeyen bir senet vermiştir (TBK.m.18). Soyut borç tanınmasına dayanan alacak, (A) için sebepsiz zenginleşme oluşturur. (A) borcun ifasını talep edince (B) sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebini (A)’ya defi olarak ileri sürerek borcu ifadan kaçınabilir. Fakat (A) bu alacağı (Ü)’ye devretmişse, (B) bu defi (Ü)’ye karşı ileri süremez. Tarafların durumu muvazaadaki gibidir” (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 560). Yazarlar, geçersiz sebebe dayanan borç tanınmasından geçerli bir alacak hakkı doğmayacağı görüşünün benimsenmesi halinde (bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 221) esasen böyle bir durumun da ortaya çıkmayacağını belirtmektedirler (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 560, dn. 115).

İsviçre Federal Mahkemesi, beyaza imza atarak bunu başkasına veren kişinin; yazıyı alanın bunu borç senedi gibi doldurarak üçüncü kişiye alacak devri yapması üzerine, Art. 18, Abs. 2 OR (TBK.m.19, f. 2) hükmüne kıyasen sorumlu olacağına hükmetmiştir^{883 884}.

TBK.m.19, f. 2 hükmünün uygulanması için borç tanınmasının mutlak sebepten soyut olması gerektiği yolunda bir koşul bulunmamaktadır. TBK.m.18 uyarınca soyut borç tanınması –bu tanımının hukuki sebebinin geçersiz olması durumunda dahi- hüküm ifade edeceği için, bu tanımdan doğan alacağın devre konu olabileceği, bu özel durumda alacak hakkının hukuki sebepten soyut olarak doğmasından dolayı devralan kişinin temel işlemin geçersizliğini bilmesi halinde de devrin geçerli olduğu ifade edilmektedir⁸⁸⁵. Böylesi bir durumda borçlu devralana karşı devrin geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir⁸⁸⁶.

Yanılma (TBK.m.30 vd.), aldatma (TBK.m.36), korkutma (TBK.m.37 vd.) gibi irade bozuklukları ile sakat olan borç ilişkilerinden kaynaklanan alacak devredilmiş ise, borçlu irade bozukluğuna dayalı sakatlığı –bu hakkını sözleşmenin karşı tarafı olan kendi alacaklısına karşı ileri sürmüş olmak kaydıyla- alacağı devralana karşı da ileri sürebilir⁸⁸⁷.

⁸⁸³ BGE 88 II 422. Kararın tam metnini internet üzerinden görmek için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2088422.html>

⁸⁸⁴ OĞUZMAN/ÖZ, beyaza imzanın kötüye kullanılması halinde alacağın geçerliliği kabul edildiği takdirde bu sorunla karşılaşılmayacağını belirtmektedirler (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543).

⁸⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543. “Örneğin: (B), (A) ile arasındaki geçersiz bir ilişki sebebiyle (A)’ya soyut borç tanınmasında bulunmuşsa; (A)’nın bundan doğan alacağı (Ü)’ye devretmesi geçerli bir alacak devridir. (Ü), (A)’dan ifa isteyebilir. (B)’nin yapabileceği, bu devir karşısında (A)’nın elde ettiği bir çıkar varsa, bunu sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca istemektir” (s. 543).

⁸⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 560.

⁸⁸⁷ TBK.m.39’a göre, yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır (f. 1). Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz (f. 2). Sözleşme ile bağlı olmadığını süresi içinde karşı tarafa bildiren borçlu borcundan kurtulmuş olur ve bu hususu alacağı devralana karşı da ileri sürebilir.

Bir sözleşmede zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık oluşturan aşırı yararlanma (gabin) halinde, zarar görenin, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebileceği TBK.m.28'de düzenlenmiştir. TBK.m.28, f. 2 hükmüne göre, zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak on yıl içinde kullanabilir. Aşırı yararlanmaya ilişkin koşulların varlığı halinde, borçlu alacağı devralana karşı da bu hakkını ileri sürebilecektir.

Sözleşmenin geçerliliğinin şekle tabi tutulduğu ve bu şekle riayet edilmediği durumlarda sözleşme şekil şartına uyulmamış olması nedeniyle geçersizdir⁸⁸⁸. Şekil şartına uyulmamış olması nedeniyle geçersiz olan bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacağın devredilmiş olması halinde, borçlu sözleşmenin şekle uyulmaması nedeniyle geçersiz olduğu savunmasını alacağı devralana karşı da ileri sürme hakkına sahiptir⁸⁸⁹.

Borçlunun borcunu devralana ifa ettikten sonra, devredilen alacağın geçersiz olduğunun anlaşılması halinde, borçlu sebepsiz zenginleşmeye dayalı talep hakkını kime yöneltecektir? Borçlu devredenden mi yoksa devralandan mı bu hakkını talep edecektir? Geçerli olarak kurulan bir devir sözleşmesiyle ilgili risklerin devralana geçeceği, borçlunun sebepsiz zenginleşme talebini sadece devralana karşı ileri sürebileceği; devralanın ise devredene karşı sözleşmeye dayalı sorumluluğu sebebiyle başvurabileceği ifade edilmektedir⁸⁹⁰. Bu görüşe katılmakla birlikte, devir edim karşılığı gerçekleşmiş ise, borçlunun devredene de başvurabilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu Kanunun borçlunun korunması yaklaşımına uygun olacaktır.

Devredilmiş alacağın daha sonra borçluya yüklenemeyen nedenlerle imkansızlaşması halinde (TBK.m.136, f. 1) borç sona ereceğinden, edi-

⁸⁸⁸ Örneğin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi resmi şekle tabidir. Satış vaa dinin tapu sicil müdürlüğünde ya da noterde yapılmaması durumunda sözleşmenin geçerliliğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

⁸⁸⁹ Sözleşme batıl olduğundan devredilebilecek bir alacak da doğmamıştır (DAYINLARLI, s. 214).

⁸⁹⁰ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 6.

min ifasının imkansızlaştığına dair savunma devralana karşı da ileri sürülebilir.

İfanın kısmen imkansızlaşması halinde (TBK.m.137) borçlu ifanın kısmi imkansızlığına dayanabilir.

Alacağın geçerli olarak doğmasına rağmen tekrar sona erdiği hallerde hakkın sona erdiğine ilişkin savunmalar söz konusudur. Devirden önce ifanın gerçekleşmiş olması ya da ifa yerine geçmek üzere işlem yapılmış olmasında durum böyledir⁸⁹¹. İfaya yönelik edim söz konusu ise ifa ile birlikte alacak ifa edilmiş olmaz, edim konusunun devreden tarafından paraya çevrilmesi ile alacak sona erer. Borçlunun ifaya yönelik edimde bulunduğu ve devreden de paraya çevirmeden önce alacağı devralana devrettiği durumlarda borçlunun devralana karşı ifa savunması ileri sürüp süremeyeceğine ilişkin olarak, borçlunun korunması gerekliliğinden hareketle borçluyu bundan mahrum etmek hatalı olurdu. Çünkü o ifaya yönelik edimde bulunmuştur ve alacağın paraya çevirmeden elde edilen tutar oranında karşılanıp karşılanmayacağı onun (borçlunun) hakimiyet alanında olan bir husus değildir. Bundan dolayı devralan, alacağının tamamının karşılanmamış olmasından dolayı borçluya başvuramayacaktır. Bu halde devralan, paraya çevirmeden dolayı eksik kalan alacak tutarına kadar devredene başvurmalıdır⁸⁹².

TBK.m.96 (Art. 81 OR) hükmüne göre, sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça, borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça, borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz. Yani kural olarak borcun ifa edilebilmesi için muaccel olması şart değildir. Borcunu muaccel

⁸⁹¹ LARDELLI, s. 26. “Takip konusu borcun, davacı tarafından takip alacaklısı Mustafa’ya tamamen ödendiği ve ibra edildiği icra dosyasında mevcut 20.2.1992 tarihli ibraname ile sabit ve çekişmesizdir. BK’nun 167. maddesi hükmüne göre, borçlu temlike vakıf olduğu zaman, temlik edene karşı haiz olduğu defileri temellük edene karşı da dermeyeran edebilir. Bu durumda davalı Ramazan’ın alacağı 23.3.1992 tarihinde temellük etmesi nedeniyle, , davacının borcun ödenerek ibra edildiği yolundaki savunmasını kötüniet koşulu aranmaksızın, alacağı temellük eden Ramazan’a karşı da ileri sürebileceği kabul edilerek, adı geçen hakkında açılan davanın da kabulü gerekirken yazılı şekilde reddinde isabet görülmemiştir” (Yarg. 19. HD., 29.5.1996 T., 1996/2919 E.-1996/5376 K.- UYGUR, C. IV, s. 4433).

⁸⁹² LARDELLI, s. 26.

olmadan önce alacaklısına ifa eden borçlu borcundan kurtulur⁸⁹³. İfayı kabul eden alacaklı daha önce alacağını devretmiş ise, devralana karşı alacağı devredenin garanti yükümüne ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu olur (TBK.m.191 vd./Art. 171 OR)⁸⁹⁴.

Alacak devirden önce tüm borç ilişkisinin sona erdirilmesi suretiyle sona ermiş olabilir. Bir ortadan kaldırma anlaşması (ikale sözleşmesi-contrarius actus) yapılması, fesih, dönme ya da zapt halinde böylesi bir sona erme hali söz konusudur⁸⁹⁵. Gene devirden önce alacak ifa sebebiyle de sona ermiş olabilir. Borçlu devir öncesinde alacağın ifa edilmiş olması sebebiyle bir borcu bulunmadığını sözde devralana karşı ileri sürebilecektir.

Devirden önce alacağın mutlak surette var olmadığı hallerde, devreden aslında hiç bir şey devretmemiştir⁸⁹⁶. Devreden artık bizzat kendisinin sahip olmadığı hakları, devralana aktaramaz. Bu halde borçlu sadece alacaklısına karşı ileri sürebileceği hakları değil, konusunun bulunmaması nedeniyle devrin geçersiz olduğunu da devralana karşı ileri sürebilir⁸⁹⁷.

İleride doğacak alacakların devrinde borçlu, alacağın henüz doğmadığı ve bundan dolayı tasarruf etkisinin henüz oluşmadığı savunmasını devralana karşı ileri sürebilir⁸⁹⁸.

Alacağın devrinin şarta bağlanmış olması da mümkündür⁸⁹⁹. Alacağın devri geciktirici şarta bağlanmış olabileceği gibi, bozucu şarta da bağlanmış olabilir. Öğretide alacağın devrinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle şarta bağlı olarak yapılıp yapılamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bilineceği üzere bazı işlemler şarta bağlanamazlar. Şart hukuki işlemin sonucunu belirsiz duruma getirdiği için, bir çok hukuki işlemin fonksiyonu ve niteliği gereği, durumun açık ve kesin olmasında kanu yararı bulunması bu işlemlerin şarta bağlı olarak yapılmalarını en-

⁸⁹³ Borçlunun vaktinden evvel alacaklısına devirden haberdar olmaksızın iyiniyetle ödeme yapması halinde bu durum söz konusudur.

⁸⁹⁴ LARDELLI, s. 26.

⁸⁹⁵ LARDELLI, s. 27.

⁸⁹⁶ “Olmayan şey devredilemez” (GAUCH/SCHLUEP/RET, N. 3685).

⁸⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3685; LARDELLI, s. 27; ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 30; VON TUHR/ESCHER, s. 365.

⁸⁹⁸ LARDELLI, s. 27-28.,

⁸⁹⁹ BK-BECKER, Art. 164, N. 14.

gelmektedir. Gene bazı işlemlerin özelliği gereği, tek yanlı irade açıklamasıyla yeni bir durumun veya ilişkinin kurulmalarını sağlamaları, şarta bağlı kılınarak, karşı taraf için belirsiz bir durum yaratmaları caiz görülmemektedir. Bu bakımdan şart kabul etmeyen işlemlere öğretide “şarta düşman işlemler” (Bedingungsfeincliche Geschaefte) denmektedir⁹⁰⁰. Bir görüşe göre alacağın devri şarta bağlı olarak da yapılabilir⁹⁰¹. Alacağın devri geciktirici şarta bağlanabileceği gibi, bozucu şarta da bağlanabilir⁹⁰². Ancak sözleşme –en azından gelecek için- devralanı alacağın tahsili için yetkili kılınmış olmalıdır. Devralan sürekli ve koşulsuz olarak bu yetkiden mahrum bırakılmış ise devir geçersizdir⁹⁰³. Bir başka görüş ise buna olumsuz yaklaşmaktadır⁹⁰⁴. Bunların dışında bir başka görüş ise ayırım yapmakta, alacağın devrine ilişkin sözleşmenin (Zessionvertrag) şarta bağlı olabileceğini, ancak tasarruf işlemi olan devrin şarta bağlanamayacağını savunmaktadır⁹⁰⁵. PULAŞLI alacağın geciktirici şarta bağlı olarak devredilebileceğini kabul etmektedir⁹⁰⁶. Alacağın devrinin şarta düşman işlemlerden olmadığı, ekonomik yaşamda pratik ihtiyaçlardan dolayı şarta bağlı olarak da yapılabilmesi görüşündeyim.

Alacağın devrinin geciktirici şarta bağlandığı hallerde şart gerçekleşmedikçe alacak devralana geçmiş olmaz⁹⁰⁷. Şarta bağlı tasarruf işlemi ile bir hak elde eden kişi için önce bir bekleme durumu meydana gelir; bundan da şartın gerçekleşmesiyle ya tam bir hak (Vollrecht) doğar ya da bir hak sona erer. Ancak burada üzerinde tasarrufta bulunulan hak geçici olarak tasarrufta bulunana ait olmaya devam eder. Ancak bu tasarruf üzerine artık hakkı devreden alacaklının tasarruf yetkisi sınırlanmış olur⁹⁰⁸.

⁹⁰⁰ PULAŞLI, s. 119.

⁹⁰¹ GAUCH/SCHLUEOP/SCHMID/REY, N. 3610.

⁹⁰² BGHZ, 4, 153, 163; 20, 127, 131; LG Frankfurt am Main, NJW 2004, 3430; PALANDT/HEINRICH, § 398 Rn. 6.

⁹⁰³ RGZ 90, 273, 276 vd.; RG JW 1938, 1329, 1330; PALANDT/HEINRICH, § 398 Rn. 6.

⁹⁰⁴ BUCHER, OR AT, s. 548; VON TUHR/ESCHER, s. 261, s. 266.

⁹⁰⁵ ENGEL, s. 853, 874.

⁹⁰⁶ PULAŞLI, s. 166, dn. 174.

⁹⁰⁷ SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, s. 145.

⁹⁰⁸ PULAŞLI, s. 166.

TBK.m.171, f. 3 hükmüne göre, “Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur”⁹⁰⁹.

Henüz geciktirici şart gerçekleşmeden devralana ödeme yapan borçlu edimini ifa etmiş olmaz, o yanlış kişiye ifada bulunmuş olduğundan dolayı kendi alacaklısına tekrar ifada bulunmakla yükümlü olma riski altındadır⁹¹⁰.

Alacağı devralanın borçluya başvurusu durumunda, borçlu geciktirici şartın gerçekleşmediği savunmasında bulunarak borcu ifa etmeme hakkına sahiptir⁹¹¹. Bu nedenle geciktirici şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak ve araştırma sonucuna göre devralana ödeme yapmak onun hukuksal durumu bakımından büyük önem taşır. Geciktirici şart gerçekleşmedikçe devralan alacaklı konumuna geçemeyeceğinden şarta bağlı alacağı ifa etmesi için borçluyu dava edemez, ona ihtarda bulunamaz⁹¹².

Alacağın şartlı olarak devri halinde, borcun ifa edilmiş olarak kabulünde, alacak üzerinde yapılmış bir tasarruf bulunmaktadır⁹¹³. Şöyle ki,

⁹⁰⁹ TBK.m.171, f. 3 hükmünün mülga Borçlar Kanunundaki karşılığı olan BK.m.150, f. 3 hükmü, “Şartın tahakkukundan evvel yapılan temlik her tasarruf, şartın hükümlerini ihlal ettiği nispette batıl olur” şeklinde idi. BK.m.150, f. 3 hükmündeki açıkça “temlik her tasarruf” ifadesine yeni metinde yer verilmemiş olması sonucu değiştirmemektedir.

⁹¹⁰ Henüz geciktirici şart gerçekleşmeden devralana ifada bulunan borçlu, ifada bulunduğu edimi devralandan sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyebilir. Burada TBK.m.76, f. 2’de belirtilen “sebebin gerçekleşmemesi” olgusu mevcuttur. Aslında devralana ifada bulunulmasının bir sebebi vardır: “alacağın devri”. Ancak bu sebep henüz gerçekleşmemiştir.

⁹¹¹ BK-BECKER, Art. 168, N. 14; ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 29.

⁹¹² PULAŞLI, s. 167. Ancak borçlunun iflası halinde bu hususta özel bir hüküm bulunmadığından İİK.m.197’ye kıyasen uygulanarak, şartlı devir yapılan devralan, devreden yanında alacağını iflas masasına kaydettirebilir. Bu halde alacağa düşen pay İİK.m.250 uyarınca bir bankaya yatırılarak, geciktirici şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine göre ya devralana ya da devredene ödenir (PULAŞLI, s. 167, aynı yönde bkz. SİRMEN, Türk Özel Hukukunda Şart, s. 146).

⁹¹³ POHLE’ye göre, şartlı bir devirde devreden şartın gerçekleşmesine dek borçluya olan ilişkisinde, tam bir alacaklı hak ve yetkilerine sahiptir. Özellikle şartlı alacağı, devredilen bakımından da geçerli olarak tahsil edebilir. Bu halde ara tasarrufları düzenleyen BGB § 161 hükümleri uygulanmaz (POHLE, Prozessführungsrecht und Rechtskrafterstreckung bei bedingten Veraeusserungen, in Festschrift für Lehmann, H. 1956, Bd. II, s. 742 vd.). BGB § 161 hükmü geciktirici şartın henüz gerçekleşmediği, işlemin askıda olduğu dönemde gerçekleştirilen tasarruf

şartlı olarak alacağı devreden alacaklı, daha sonra borçlanılan bu alacağı ifa olarak kabul ettiği takdirde, devreden bu tasarrufu şartın gerçekleşmesiyle geçersiz hale gelecektir. Başka bir anlatımla şartlı alacak devredildiği gibi, şart gerçekleştiğinde, alacak devredilene ait olur⁹¹⁴. Geciktirici şart gerçekleştiğinde ayrıca bir işleme gerek olmaksızın alacak kendiliğinden devralana geçer⁹¹⁵. Bozucu şart ile alacağın devredildiği hallerde, bozucu şartın gerçekleşmesi halinde gene ayrıca yazılı şekle tabi olan bir geriye devir yapılmasına gerek bulunmaksızın alacak kendiliğinden devralana geçecektir⁹¹⁶.

Alacağın şartlı devrinde şartın gerçekleşmesinden önce alacaklının (devreden) borçludan borcun kendisine ödenmesini talep etme yetkisi yoktur. Bu bakımdan devirden haberdar olmasına rağmen, borçlu şart gerçekleşmeden önce devredene ifada bulunduğu takdirde, şartın daha sonra gerçekleşmesi durumunda borcu sona ermiş olmayacaktır^{917 918}. Şartın gerçekleşmesiyle borçlu tekrar ifa ile yükümlü olacaktır.

Alacağın devrinin bozucu şarta bağlandığı hallerde, -devrin geciktirici şarta bağlandığı hallerden farklı olarak- alacağın devri gerçekleşmiş olur. Yani tasarruf işlemi geçerli olarak mevcuttur ve artık alacak devreden malvarlığından çıkıp, devralanın malvarlığına geçmiştir. Bu halde borçlu kendisine başvuran devralana –bozucu şart gerçekleşmemiş ise- ifada bulunmakla yükümlüdür. Şayet ifa zamanında bozucu şart gerçekleşmiş ise, devralana bozucu şartın gerçekleştiği ve bu nedenle ifada bulunmak zorunda olmadığı savunmasını ileri sürebilir ve ileri sürmelidir

işlemlerinin şartın gerçekleşmesi halinde bunu ihlal ettiği takdirde ve ölçüde geçersiz olacağını düzenlemiştir.

⁹¹⁴ PULAŞLI, s. 167. Ancak burada iyiniyetle ifası halinde borçluyu koruyan BGB § 407 hükmü saklıdır.

⁹¹⁵ VON TUHR/ESCHER, s. 331.

⁹¹⁶ VON TUHR/ESCHER, s. 331.

⁹¹⁷ PULAŞLI, s. 168. Devirden haberdar olmayan borçlunun iyiniyetinin korunmasına ilişkin düzenlemeler saklıdır.

⁹¹⁸ Genel olarak devreden ile devralan, devir sözleşmesinde alacağın tahsili konusunda bir düzenleme yapmamışlar ise, şartın askıda olduğu evrede de bu hususta anlaşabilecekleri gibi, devralanın rızasını almak kaydıyla, devreden devrolunan alacağın şartın gerçekleşmesinden önce de borçludan ifasını kendisi için talep edebilir (PULAŞLI, s. 168). Borçlu borcunu ifa etmek istiyorsa devreden ve devralan, devredene karşılık olarak, birlikte kabule de yükümlüdür (PULAŞLI, s.169).

de⁹¹⁹. Bozucu şartın gerçekleşmiş olmasına rağmen devralana ifade bulunan borçlu, hatalı ifa nedeniyle ikinci kez devredene ifade bulunmak zorunda kalacaktır. Alacağın bozucu şarta bağlı olarak devredildiği hallerde, borcunu ifa edecek olan borçlu bozucu şartın gerçekleşmiş olup olmadığını araştırmak zorundadır. Bu araştırmayı yapmaksızın devralana ifade bulunduğu takdirde, ihmalinin sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır.

Bizzat alacağın şarta bağlı olduğu hallerde de alacak devredilmiş olabilir. Devredilen alacak geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olabilir. Şarta bağlı alacağın devredilmesinden önce şartın gerçekleşmesi halinde bir ayırma gidilmelidir. Alacak geciktirici şarta bağlı ise, şartın devirden önce gerçekleşmiş olması halinde alacak devredilmiş olur. Çünkü geciktirici şartın gerçekleşmesi ile alacak doğmuştur. Bozucu şarta bağlı bir alacağın devrinden önce, bozucu şart gerçekleşmiş ise artık ortada devredilebilecek bir alacak bulunmadığından devir sözleşmesi ile hiç bir şey devredilmiş olmaz⁹²⁰.

Şarta bağlı alacağın devrinde olmayan bir şey devredilmiş değildir. Mevcut olan, ancak şarta bağlı olan bir alacak devredilmiştir. Ancak devralan geciktirici şartın gerçekleşmemesi, bozucu şartın ise ortaya çıkması riskini üstlenmiş olmaktadır. Herhalde devir olmasaydı devreden ne durumda olacak idiyse, alacağın ondan daha iyi koşulda edinilemeyeceği prensibi burada da geçerlidir. Geciktirici şart oluşmadığı veya bozucu şart gerçekleştiği takdirde borçlu devralana karşı bunu ileri sürebilecektir⁹²¹.

Alacağın borçlu ile devreden arasında gerçekleşen bir hukuksal işlemle sona ermesi durumunda borcunun sona erdiğini ispat yükü borçludadır⁹²². Alacaklının borçluyu ibra etmesi, borçlunun bildirim kendisine ulaşmadan önce iyiniyetle takas ileri sürmüş olması⁹²³, borcun yenilenme-

⁹¹⁹ Bozucu şartın devirden önce ya da sonra gerçekleşmiş olması farketmez, her iki halde de borçlu bunu devralana karşı ileri sürebilmelidir (EREN, s. 1242).

⁹²⁰ LARDELLI, s. 28.

⁹²¹ ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 44; LARDELLI, s. 28; BSK OR I-GIRSBERGER, Art 169, N. 4.

⁹²² LARDELLI, s. 26.

⁹²³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 559; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 252 vd.; EREN, s. 1242; BK-BECKER, Art. 165, N. 3.

si ve alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, feragat⁹²⁴ vs. halleri alacaklı ile borçlu arasında yapılan hukuksal işlemlere örnek olarak gösterilebilir. Gene borçlunun alacağın devrinden önceki dönemde takas ileri sürmüş ise, alacağın tamamen ya da kısmen sona erdiği savunmasını yapabilmesinde kuşku yoktur⁹²⁵.

Borcun yenilenmesinde artık yeni bir borç doğmaktadır. Asıl alacağın illetli olması durumunda, yenileme yoluyla yeni alacak doğmayacağı kabul edilmektedir⁹²⁶.

b.Alacağın İstenebilirliğine İlişkin Savunma İmkânları

Borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği savunma imkânları sadece alacağın varlığına ilişkin olanlardan ibaret değildir. Alacak mevcut olmasına rağmen onun istenebilirliğini etkileyen farklı olguların varlığı söz konusu ise borçlu bunları da devralana karşı ileri sürebilecektir.

Devredilen alacak bir eksik borç ise, devredene karşı ileri sürülebilecek olan bu olgu ondan alacağı devralan kişiye karşı da ileri sürülebilecektir⁹²⁷.

Alacağın istenebilirliğine ilişkin olarak ilk akla gelen husus zamanaşımı olgusudur. Alacak hakkı zamanaşımına uğramış ise (TBK.m.146 vd.) veya borçlunun başka bir savunma hakkı bulunuyorsa alacağın mevcut olmadığı söylenemez. Zamanaşımına uğramış olan alacağın devrini

⁹²⁴ “”Alacağın temlikinden önce alacaklının vemiş olduğu feragat belgesine dayarak, borçlu, temlik edene karşı haiz olduğu defileri, BK.’nın 167. maddesi hükmünce, temellük edene karşı da dermeyan edebileceğinden, bu konuda temlik alanın ayrıca iyiniyeti de aranmayacağı gözetilmeden davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır (Yarg. 19. HD., 25.5.1992 T., 1992/1807 E.-1992/2265 K.-UYGUR, C. IV, s. 4434).,

⁹²⁵ DEVELİOĞLU, s. 90.

⁹²⁶ LARDELLI, s. 27. Burada yeni bir alacak doğmadığı için sebepsiz zenginleşme defi de söz konusu olmayacaktır (LARDELLI, s.27).

⁹²⁷ Bir borç ilişkisinde alacaklı borçluya karşı talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkilerine sahip iken, eksik borç türünde tamamen veya kısmen mahrum bulunmaktadır. Eksik borç bulunması, hiç borç bulunmaması durumundan farklıdır. Eksik borçlarda dava edilebilir olmasa da ortada bir borç vardır ve borçlusu tarafından ifa edildiğinde bu ifa geçerli bir ifanın sonuçlarını doğurur. Yapılan ifa bir bağışlama olarak görülemez (OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 19). Eksik borç kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 19 vd.

engelleyen bir kanun hükmü yoktur ve böylesi bir alacağa ilişkin olarak yapılan devir geçerlidir⁹²⁸. Borçlu devredilen alacağın zamanaşımına uğradığı olgusunu devralana karşı da ileri sürerek borcu ifa etmekten kaçınabilir⁹²⁹. Borçlunun zamanaşımını savunmasını ileri sürebilmesi açısından alacağın ne zaman zamanaşımına uğradığı önemsizdir. Zamanaşımını ister devir öncesi (önceki alacaklıda iken), ister devir sonrasında (yeni alacaklıda iken) gerçekleştirmiş olsun, borçlu devredilen alacağın zamanaşımına uğramış olduğunu devralana karşı ileri sürebilir⁹³⁰.

Eksik borçlardan olan kumar ve bahisten (TBK.m.604)⁹³¹, izinsiz piyango ve diğer şans oyunlarından (TBK.m.606)⁹³², evlenme tellallığından, ahlaki görevden doğan alacak haklarının da devredilmesi mümkündür. Bu hallerde alacak devir işleminden önce hangi hüküm ve şartlara tabi idiyse, devralana karşı da aynı hüküm ve şartlarla geçmiş olur⁹³³. Dolayısıyla borçlu alacağı devredene karşı ileri sürebileceği savunma imkanlarını bu borcu devralana karşı da ileri sürebilir⁹³⁴.

Devredilen alacağın bir eksik borç olduğunun devralan tarafından bilinip bilinmediğinin de bir önemi yoktur. Burada devralanın iyiniyeti olup olmaması buna bağlanacak hukuki sonuçlar bakımından belirleyici değildir. Devralanın bu konuda bilgilendirilmemiş olması devreden devralana karşı garanti sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmelidir.

⁹²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543.

⁹²⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 252; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543; UZUN KAZMACI, s. 147.

⁹³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 560.

⁹³¹ “Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. Kumar veya bahis için bilerek verilen avanslar ve ödünç paralar ile kumar ve bahis niteliğinde oldukları takdirde, borsada işlem gören malların, yabancı paraların ve kıymetli evrakın fiyat farkı esaslı üzerine yapılan vadeli satışlar hakkında da aynı hüküm uygulanır” (TBK.m.604).

⁹³² “Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça, piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz. İzin verilmemiş olan durumlarda, piyango ve diğer şans oyunları için de kumara ilişkin hükümler uygulanır.

Yabancı ülkelerde kendi kurallarına uygun olarak düzenlenen piyango ve diğer şans oyunları, Türkiye’de yetkili makamlarca bunlara ait biletlerin satılmasına izin verilmiş olmadıkça, yasal korumadan yararlanamazlar” (TBK.m.606).

⁹³³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 543.

⁹³⁴ ZK-SPIRIG, Art. 168, N. 32.

Bir alacağın devredilmiş olması zamanaşımının işlemesine engel değildir⁹³⁵. Alacağın devri zamanaşımını ne keser, ne de durdurur. Alacağın devredildiği hususunun borçluya bildirilmiş olması da bu konuda etkili değildir⁹³⁶. Alacağın devrine rağmen zamanaşımı işlemeye devam eder. Devredilen bir alacağın zamanaşımına uğramaması için zamanaşımını durduran ya da kesen olguların mevcut olması gerekir.

TBK.m.153, f. 1 hükmüne göre, borçlunun borcu ikrar etmesi, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuş olması ya da rehin vermiş veya kefil göstermiş olması halinde zamanaşımı kesilir. Alacağın devredildiği kendisine bildirilen borçlunun borcu ikrar etmesi ya da kanunda belirtilen diğer hallerde zamanaşımı kesilmiş olur ve zamanaşımı sıfırdan yeniden işlemeye başlar (TBK.m.156).

Devreden tarafından açılan davanın zamanaşımını kesmesi için, davanın devirden önce açılmış olması gerekir. Alacak devredildikten sonra devreden tarafından açılan dava zamanaşımını kesmez⁹³⁷. Alacağın devri ile devreden alacak üzerindeki haklarını yitirmiş olduğundan, artık onun alacağı dava etme hakkından da bahsedilemez. Bu nedenle yetkisi olmayan kişi tarafından açılan dava, dava açılmasına bağlanan sonuçları doğurmayacağından zamanaşımını da kesmeyecektir⁹³⁸⁹³⁹.

⁹³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 560; VON TUHR/ESCHER, s. 221; BUCHER, OR AT, s. 568.

⁹³⁶ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 5; LARDELLI, s. 29; von TUHR/ESCHER, s. 221.

⁹³⁷ LARDELLI, s. 29.

⁹³⁸ Hali hazırda yürüyen bir davada dava edilen alacağın devredilmesi ile devralan davacı yanın yerine geçer. Bu alacağın devrinden sonra açılan davadan farklıdır. Alacak devredildikten sonra açılan davada davacının aktif husumet ehliyeti bulunmadığından dava reddedilir. Alacağın dava açılmasından sonra devri halinde ise, davacının dava tarihi itibarıyla aktif husumet ehliyeti bulunduğundan açılan davada bir sakatlık bulunmamaktadır. Ancak bu davada devralan davacının yerine geçmediği takdirde, devredenın davası aktif husumet ehliyetinin sonradan kaybedilmesi nedeniyle reddedilmek gerekecektir. HMK.m.125, f. 2 hükmüne göre, davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder. "Somut olayda şikayet eden H.U. tarafından diğer şikayet eden Y.B.'ye, noter vasıtasıyla ve tarihi kesin olarak saptanabilecek şekilde, icra takibinden sonra 320.000.YTL'lik alacağın 100.000. YTL'lik bölümü temlik edilmiştir. Alacağını temlik eden kimsenin alacak üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmamış olup, söz konusu alacak temlik edenin malvarlığından çıkmıştır. Bu durumda mahkemece, alacağı temlik alanın da temlik edenin haklarının halefi olarak

TBK.m.97 hükmüne göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Alacağın devredilmesi halinde borçlu devredene karşı sahip olduğu bu hakkını devralana karşı da ileri sürebilir. Yani borçlu devralana karşı da ödemezlik defii savunmasında bulunabilecektir.

Edimi ilk olarak ifa etmesi gereken taraf borçlu ise, bu halde borçlu alacaklısına ileri süremeyeceği savunmayı devralana karşı da ileri süremeyecektir. Bu halde borçlu devralana karşı ifa etmekle yükümlü olacaktır.

Edimi öncelikle ifa etmesi gereken taraf devreden eski alacaklı (devreden) ise, -alacaklı edimini ifa etmediği sürece- borçlu devralana karşı ifa ile yükümlü değildir. Alacağını devrettiği halde kendi edimini yerine getirmemek suretiyle devralanın mağduriyetine sebep olan devredene karşı, devralan dava açabilir. Devralanın açacağı davada şartlı bir ifa kararı verilir⁹⁴⁰. Borçlunun ifayı kabulde temerrüdü bulunması -alacaklı temerrüdü- halinde, artık o edimin ifa edilmediği savunmasını ileri süremez⁹⁴¹.

TBK.m.98 hükmüne göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflâs etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir (f. 1). Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir (f. 2). Alacağını devreden alacaklının

garameten veya alacağa tanınan diğer haklardan yararlanabileceğinin gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır” (Yarg. 19.HD., 27.11.2008 T, 2008/8533 E.-2008/11653 K.). Aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD., 17.03.2011 T., 2011/2084 E.-2011/3857 K.; Yarg. 12. H.D., 16.12.2008, 2008/18560 E.-2008/22118 K. s.lı ilamları.

⁹³⁹ Borcun yenilenmesi durumunda zamanaşımını kesilmiş olarak görüleceği belirtilmektedir (SCHWENZER, OR AT, 80.84; LARDELLI, s. 29). Yenileme, halinde borç ikrarında olduğu gibi borçlu zamanaşımı imkanından mahrum kalacaktır. Ancak bir kumar borcu söz konusu ise, zamanaşımından yararlanamasa da, borçlu borcun kumar borcu olduğu savunmasını ileri sürebilecektir (LARDELLI, s. 29).

⁹⁴⁰ LARDELLI, s. 30; BGE 111 II 195, 197.

⁹⁴¹ LARDELLI, s. 30.

TBK.m.98’de belirtilen sebeplerle ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda borçlu büyük bir risk altındadır. Alacağın devri ile devreden alacaklı olmaktan çıkmış ve devralan borçlunun alacaklısı konumuna geçmiştir. Borçlu devralana borcunu ifa ettiği takdirde borcundan kurtulmakla birlikte, borcunun karşılığı olan karşı edimin ifa edilmemesi tehlikesi ile karşı karşıyadır. TBK.m.98 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kendisine ifa yapılmayacağının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, borçlunun korunmasını amaçlamakta ve ona gerekli güvence verilene kadar ifa etmeme hakkı tanımaktadır. Sırf alacağın devredilmiş olması onu bu hakkından mahrum etmeyi gerektirmeyeceğinden ve devralan da devir işlemiyle alacaklının konumuna geçmeyi kabullendiğinden borçlu devralana karşı da devredenin ödeme güçsüzlüğünü ileri sürebilecektir. Devreden borçlunun talep ettiği güvenceyi sağladığı takdirde, borçlu devralana ifada bulunmakla yükümlüdür⁹⁴².

Borçlunun TBK.m.98 çerçevesinde bu hakkını ileri sürebilmesi için ödeme güçsüzlüğünün sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması gerekir. Şayet borçlu sözleşme kurulurken ödeme güçsüzlüğü içinde ise, bu durumu bilmeyen karşı sözleşen ancak yanılma ve hile hükümlerine dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir⁹⁴³.

Borçlunun güvence isteyebilmesi ona tanınan bir imkandır. Borçlu kendisine güvence verildiği takdirde borcunu ödemeyi kabul edebilir. Bu halde borçlunun güvence gösterilmesi talebi kural olarak devreden tarafından karşılanacaktır. Ancak güvence verilmesi durumunda borç ilişkisinde kalmaya devam etmeyi kabul eden borçluya güvenceyi kimin verdiğinin de bir önemi olmasa gerektir. Bu nedenle güvence talebi üzerine güvenceyi devreden veya bir başka üçüncü kişinin, hatta devralanın göstermiş olması borçlu açısından fark etmemelidir. Önemli olan kim tarafından gösterildiğinden ziyade, önerilen güvencenin bizzat kendisinin yeterli olup olmadığıdır.

Ödeme güçsüzlüğüne düşen tarafın ediminin, bizzat onun tarafından ifa edilmesinde diğer tarafın menfaati bulunmadıkça, borcunu şahsen ifa

⁹⁴² Teminat istenilmesi borçluya tanınan bir imkan olmakla birlikte, bu dava edilebilir bir hak değildir (OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 353 vd.). Borçlu kendisine güvence verildiği takdirde sözleşme ilişkisine devam eder ve borçlu olduğu edimi ifa eder. Kendisine güvence verilmediği takdirde, sözleşmeden dönebilir.

⁹⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 354.

etmekle yükümlü olmadığından (TBK.m.83) devralan tarafından devredenin ediminin ifa edilmesi veya güvence gösterilmesi mümkündür^{944 945}.

Karşılıklı borçlar yükleyen sözleşmede ifa edilmeme ile gereği gibi ifa etmeme birbirinden farklıdır. Asıl borç ilişkisinde gereği gibi ifa edilmeme durumunda bunun yansımaları devralana karşı da söz konusu olabilecektir. Eser ve satış sözleşmelerinde garanti yükümlülükleri özel hükümler olarak genel hükümlerin önüne geçerler. Talep hakkının ortadan kalkması, def'inin ise devam etmesi yönündeki prensip⁹⁴⁶ burada da söz konusu olur. TBK.m.230 hükmüne göre, satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz (f. 1) Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz (f. 2). Bir satış sözleşmesinden kaynaklanan satıcı alacağı devredildiği ve bu sözleşme kapsamında satıcının satılanın ayıplı olmasından dolayı sorumluluğu söz konusu olduğu takdirde, satıcının sorumluluğu koşulları mevcut ise, borçlu alacağı devralana karşı da savunma olarak bunu ileri sürebilir ve ifadan kaçınabilir. Bu savunma sadece devralanın talep hakkının istenebilirliğini, daha doğru bir ifadeyle cebren elde edilebilirliğini engeller⁹⁴⁷. Gene aynı anlamda devralanın borçlunun bedelin indirimine ilişkin savunmasına maruz kalması mümkündür. Borçlunun eser sözleşmesi kapsamında onarımı talep hakkını kullanması halinde, onun onarım alacağı değiş-tokuş ilişkisinde devreden (yüklenicinin) eser ücreti alacağı ile karşı karşıyadır ve devreden (yüklenici) onarımı gerçekleştirmediği sürece sözleşmenin ifa

⁹⁴⁴ WOLFF, s. 120; LARDELLI, s. 30.

⁹⁴⁵ Devralanın güvence gösterebilmesi için borçlunun güvence gösterilmesini talep etmiş olması gerekir. Çünkü borçlunun güvence gösterilmesini isteme zorunluluğu olmadığı gibi, bu yönde bir talebi olmaksızın kendisine önerilen güvenceyi kabul etmek zorunda da değildir. Güvence gösterilmesini isteme borçluya tanınan bir imkandır. Dava edilebilir bir hak olmadığı gibi, güvence önerisini kabul zorunluluğu da söz konusu değildir. Ancak herhalde güvence alınmasında menfaati bulunacağından fiiliyatta borçlu güvence önerisini kabul edecektir.

⁹⁴⁶ Quae ad agendum sunt temporalia ad excipiendum sunt perpetua: talep gider, defi kalır.

⁹⁴⁷ Aksi halde bu durum sözleşmeden dönme durumunda tasfiyede problemlere yol açacaktır (LARDELLI, s. 31).

edilmemiş olması gerekçesiyle (TBK.m.97) borçlu, devralana karşı da bunu ileri sürebilir ve ifadan kaçınabilir⁹⁴⁸.

Borçlunun devredilen alacağa karşı hapis hakkını kullanmak suretiyle devralanın alacağın tahsilini engellemesi mümkündür. TBK.m.97'deki borcun ifa edilmediği savunmasından farklı olarak, burada borçlu, devreden rızasıyla elinde bulundurduğu bir şeyin iadesini reddetmektedir. Devredilen alacak bu şeyin ifasına yönelik ise, bu halde borçlu devralana karşı hapis hakkını ileri sürebilir⁹⁴⁹. Burada hapis hakkına ilişkin TMK.m.950 vd. (Art. 895 ZGB) hükümlerinde belirlenen esaslar uygulama alanı bulacaktır. Burada gerekli olan koşullar devredene yönelik güvenceli alacağın muaccel olması ya da devredenin ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması, alacak ile hapse konu şey arasında bağlantı bulunması ve hapse konu şeyin borçlunun elinde alacaklının rızası ile bulunuyor olmasıdır⁹⁵⁰. Hapis hakkına ilişkin ispat yükü borçluya aittir. Zilyetlik ve alacağın ticari ilişkiden kaynaklanması halinde bağlantı var sayılır (TMK.m.950, f. 2). Devredenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde alacak muaccel olmasa dahi borçlu hapis hakkını ileri sürebilir (TMK.m.952, f. 1)⁹⁵¹.

Borçlunun konkordato ilan etmesi halinde bu durum devralana karşı da ileri sürülebilir. Borçlu asıl alacaklıya karşı konkordato koşullarında ne suretle sorumlu ise, devralana karşı da aynı şartlar ileri sürülebilecektir⁹⁵².

⁹⁴⁸ KOLLER, Werkvertaegliche Mangelrechte, s. 66; LARDELLI, s. 31.

⁹⁴⁹ LARDELLI, s. 31.

⁹⁵⁰ LARDELLI, s. 31-32.

⁹⁵¹ Devralanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi devir borçlusuna hapis hakkını kullanma yetkisi vermez. Burada belirleyici olan alacağı devredenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesidir. Sadece hapis hakkının devralana karşı ileri sürüleceği eş zamanlı bir borcun üstlenilmesi söz konusu olacak ise devralanın ödeme güçsüzlüğü önem arzedebilir (LARDELLI, s. 32). Devralanın ödeme güçsüzlüğü içinde olup olmadığının devredilen alacağın ifasıyla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

⁹⁵² "BK.nun 167. maddesi gereğince borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu def'ileri temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir. Bu maddenin dayandığı amacı, borçlunun, durumunun ağırlaştırılmaması, değiştirilmemesidir. Dava konusu ilişkide alacağın kefil Hasan Rıza Temelli'den tahsili ve sonra Hasan Rıza'nın da bu yasal temlikten doğan alacağını davacı şirkete temlik etmesi, temlikin tarihi ile konkordatonun onama ve kesinleşme tarihleri, BK.nun bu maddesinin uygulanmasına engel değildir. Davalı şirket borçludur ve % 50 konkordato istemini mahkeme onamıştır. Dava konusu alacağın konkordatoya

5. Borçlu-Devralan İlişkisinde Yenilik Doğuran Hakların Kullanılması

a. Yenilik Doğuran Hakkın Borçlu Tarafından Kullanılması Halinde Muhatap

Alacaklının alacağı borçlu tarafından bir hakkı ortadan kaldıran yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla (iptal, dönme, takas vs.) sona erebilir⁹⁵³.

Sözleşme ile ilişkili yenilik doğuran hakların devirden önce devredene karşı kullanılmış olması halinde bir problem söz konusu olmayacaktır. Alacağın yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla değişmiş olduğu olgusu devirden sonra da borçlu tarafından devredene karşı ileri sürülebilir. İş sahibinin (borçlu) eser yapımına ilişkin bedelin devrinden önce eser sözleşmesinden dönmesi halinde, sözleşme ortadan kalkmış olur. Sözleşmeden dönüldüğü için eser bedeli alacağı da sona ermiş olur. Yüklenicinin (devreden) devralana zaten sona ermiş olan alacağı devretmiş olması olgusu borçlu tarafından devralana karşı da ileri sürülebilir. İş sahibinin sözleşmeden dönme yoluna başvurmuyup, eser bedelinden indirim yapılması seçeneğini tercih etmesi durumunda devreden ancak indirilmiş tutarda alacağını devredebilecektir. Devralanın indirilmiş tutardan fazlasını talep etmesi halinde, TBK.m.188, f. 1 (Art. 176, Abs. 1 OR) gereğince iş sahibi ona karşı bedelin indirilmiş olduğunu ileri sürebilecektir⁹⁵⁴.

Borçlunun sözleşmeyle ilişkili yenilik doğuran hakkı alacağın devrinden sonra kullanması halinde durum problem arzedebilir. Alacak devredildikten sonra artık devreye bir üçüncü kişi daha girmiştir. Bu aşamadan sonra devreden (somut örnekte yüklenici), borçlu (iş sahibi) ve devralandan oluşan bir üçlü ilişki söz konusudur. Alacağın devrine rağmen borçlu ile devreden arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Borçlu sadece devredilen alacak bakımından devralanla muhataptır ve bu alacağı devralan, devraldığı alacağı borçludan isteyebilecek yegane kişidir.

kaydedildiği ve konkordato nisabına girdiği ihtilafsızdır. Şu duruma göre davalı şirket, BK.nun 167. maddesi gereğince bu hukuki durumunun alacağı temellük eden davacı şirkete karşı ileri sürebilme hakkına sahiptir” (Yarg. 11. HD., 15.10.1979 T., 1979/4414 E.-1979/4735 K. s.1 ilamı).

⁹⁵³ Takas sadece alacağa yönelik iken, fesih ya da dönme bir bütün olarak devreden ve borçlu arasındaki sözleşme ilişkisini (sözleşme ile ilişkili yenilik doğuran hakları) ortadan kaldırır (LARDELLI, s. 37).

⁹⁵⁴ LARDELLI, s. 38.

Bir başka açıdan bakıldığında devredilen alacak bakımından alacaklı (devreden) ile borçlu arasındaki ilişki deyim yerinde ise sona ermiştir. Devredilen alacak dışında sözleşme ilişkisi dimdik ayaktadır.

Yenilik doğuran hakkını kullanacak olan borçlu devredene mi yoksa devralana mı karşı bu hakkını ileri sürmelidir? Başka deyişle borçlunun muhatabı kim olacaktır⁹⁵⁵⁹⁵⁶?

İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayda borçlunun yenilik doğuran beyanını tebellüğ etmeye yetkili kişinin kim olacağı hususunda pek de belirgin olmayan biçimde görüş bildirmiştir. Somut olayda fırıncı (A) ayıplı bir fırın satın almış ve (X) bankasının satış bedeli taksitlerinin tahsiline yönelik icra takibine itirazda bulunmuştu. Banka satış bedelini satıcıya ödemiş ve onun fırıncı (A)'ya karşı olan alacağını da devralmıştı. (A) devralana karşı garanti haklarını talep etmekten ve satış bedeli ile takas edilmesinden feragat etmişti. Federal Mahkeme bu feragati geçerli saymış ve devralan bankayı korumuştur. Federal Mahkemenin görüşüne göre, fırıncı (A) fırının ayıplı olması nedeniyle satıcı nezdinde başvuruda bulunmalıydı⁹⁵⁷.

Federal Mahkeme'ye göre, "defi" (Einrede) kavramı oldukça geniş yorumlanmalı ve özellikle garanti haklarını da kapsamalıdır. Federal Mahkemenin görüşünü bu şekilde formüle etmesi, bu karardan garanti taleplerinin sözleşmeden dönme hakkı gibi devralana karşı da kullanılabileceği şeklinde çıkarımda bulunulabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ Burada borçlunun devirden haberdar olduğu varsayımından hareket edilmektedir. Borçlu devirden haberdar değil ise, zaten böyle bir sorun söz konusu olmayacaktır. O devredene karşı hakkını kullanacaktır. TBK.m.186 kendisine bildirim yapılmayan borçluyu eski alacaklısına iyiniyetle ödeme yapması halinde dahi korumaktadır. Kanunun amacına bakıldığında borçluyu koruma saikiyle hareket edildiği anlaşılmaktadır. Burada da devirden haberdar olmayan ve fakat bir yenilik doğuran hakkını devredene karşı kullanan borçlunun aynı derecede korunmaya değer olduğu açıktır.

⁹⁵⁶ Uygulamada bu sorun (iptal, fesih, dönme, garanti yükümlülükleri vs.) tüm yenilik doğuran hakları ilgilendirmektedir. Buna karşın takas hakkı sadece gerçek alacaklıya (devralana) karşı kullanılabilir (LARDELLI, s. 38).

⁹⁵⁷ BGE 109 II 213 kararın tam metni için bkz. <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-109-II-213&lang=de>

⁹⁵⁸ KOLLER, Werkvertragliche Mangelrechte, s. 65.

İsviçre’de Zürih Yüksek Mahkemesi 09.07.1948 tarihli bir kararında sözleşmeyle ilgili yenilik doğuran hakların devredene karşı beyan edilmesi gerektiği yönünde içtihatla bulunmu tur⁹⁵⁹. Bahsi geçen karara konu olayda devreden-satıcı borçluya ayıplı bir mal teslim etmişti. Alıcı ürünün ayıplı olması nedeniyle devralana karşı ödeme yapmayı reddetmi ti. Devralanla olan davada Art. 31 Abs. 1 OR (TBK.m.39)  er evesinde esaslı yanılmaya ve aynı zamanda ayıba karşı garantiye (Art. 197 OR vd.-TBK.m.219 vd.) dayanmı tı. Borçlu devredene karşı hiç bir bildirimde bulunmamış olmasına rağmen devralana karşı bu iki gerekçeyi ileri s rm  t . Zürih Yüksek Mahkemesi borçlunun borçlu olmadığına ilişkin davasını reddetmi ti. Yüksek Mahkemeye göre, borçlu sözleşmenin esaslı yanılma nedeniyle iptali ve ayıp bildirimlerini devredene karşı yapmalıydı. Devir sadece satış bedeli alacağına ilişkindir ve sözleşme ilişkisine, devreden ile borçlu arasındaki satış sözleşmesine bir etkisi yoktur. Alacağın devri olmasaydı borçlu kendi alacaklısı olan satıcıya karşı ayıp ve iptal bildirimlerini yapmak zorunda olacağından, devirle borçlunun durumu da ağırla tırılmı  olmamaktadır. Kendisine ayıp bildirimi yapılmış olsaydı devreden Art. 206 Abs. 2 OR (TBK.m.227, f. 1, b. 2) gereğince satılanın ayıpsız bir benzerini teslim etme hakkını kullanabilecekti. Bu durumda da satıcının alıcının anladığı şekilde sözleşmeyi ayakta tutma imkanı olacaktı (Art. 25 OR Abs.2 - TBK.m.34, f. 2). Son olarak da satıcının üçüncü kişilere karşı rücu haklarını kullanabilmesi için o derhal bu hususta yönlendirilmiş olmalıydı. Borçlu sözleşme ile bağlı olmama iradesini devralana karşı, ancak onun satıcının temsilcisi olarak bildirimini kabule yetkili olduğu durumlarda bildirebilirdi. Devir işlemi borçlu ile kurulan sözleşmenin icrasına yönelik bir temsil yetkisi içermediğinden devralan, sırf devralan konumu nedeniyle de bu hususta yetkilendirilmiş değildir. Bundan dolayı borçlunun Art. 169 Abs. 1 OR (TBK.m.188, f. 1) kapsamında bir savunmayı devralana karşı ileri sürebilmesi sadece ve ancak devredene karşı kullanmış olduğu takdirde mümkün g r lebilecektir⁹⁶⁰.

Yenilik doğuran hakların borçlu tarafından kullanılması durumunda muhatabın kim olacağına dair İsviçre Hukukunda çok az sayıda yazar görüş bildirmiş olup, bunlar da ekseriya bu hakların devredene karşı kul-

⁹⁵⁹ SJZ 1949, 323 vd.

⁹⁶⁰ SJZ 1949, 324; LARDELLI, s. 39.

lanılması gerektiği yönündeki Zürih Yüksek Mahkemesinin görüşünü takip etmişlerdir⁹⁶¹.

Yenilik doğuran hakların bildirilmesinde muhatabın kim olacağı konusunda genelleme yapılmamakla birlikte, bazı münferit yenilik doğuran haklara ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Daha ziyade Art. 31 OR (TBK.m.39) anlamında sözleşme ile bağlı olmama beyanı ve satış ve eser sözleşmesinden kaynaklanan garanti haklarına ilişkin hususlarda problemler çıkmaktadır.

Sözleşme ile bağlı olmama bildirimi bakımından, borçlunun korunması gerekçesiyle borçluya bir seçim hakkı tanınması ve bu bildirimin devralana karşı da yapılabilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır⁹⁶².

Bir başka görüşe göre ise, muhtemelen bulunamayan dolandırıcıya resmi tebligat yapması borçludan beklenemeyeceği için, borçlunun sözleşme ile bağlı olmama bildirimini devralana karşı yapması yeterli görülmelidir⁹⁶³. Borçluyu korumaya yönelik pratik ihtiyacı karşılayan bu görüşün isabetli olduğu kanaatindeyim.

Borçlu her halde asıl borç ilişkisini iptale veya bu ilişkiden dönmeye ya da borcun miktarını azaltmaya yönelik haklarını, devri öğrenmesinden sonra da borç ilişkisinin karşı tarafına karşı kullanabilir ve bunu yeni alacaklıya (devralana) karşı ileri sürebilir⁹⁶⁴.

Bazı yazarlar ise, borçluya bu halde bir seçim hakkı tanınmasına karşı çıkmaktadırlar⁹⁶⁵.

Satış ve eser sözleşmesinden kaynaklanan ayıp bildirimleri açısından İsviçre öğretisinde ağırlıklı görüş, bildirimin devredene (satıcı) yapılması

⁹⁶¹ BSK OR-I BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 6; VON BUEREN, OR AT, N. 328.

⁹⁶² BSK OR-I SCHWENZER, Art. 31 OR, N. 10.

⁹⁶³ VON TUHR/PETER, s. 332, dn. 21.

⁹⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 559. Örneğin devredilen alacağın dayandığı sözleşmenin irade bozukluğu nedeniyle iptali (TBK.m.39), karşı tarafın temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönülmesi (TBK.m.125), ayıp sebebiyle bedel borcunun azaltılması (TBK.m.227, b. 2) böyledir. Borçlu bu hususları devralana karşı ileri sürebilecektir (OĞUZMAN/ÖZ, C II, s. 560).

⁹⁶⁵ GUHL/KOLLER, § 34, N. 44; BUCHER, OR AT, s. 568, dn. 121.

gerektiği yönündedir⁹⁶⁶. Bedelde indirim talebine ilişkin olarak savunulan bir görüşe göre, borçlu tarafından bildirim hem devredene hem de devralana yapılmalıdır⁹⁶⁷.

Vaktinde ihbar yapılmış olması durumunda garanti hakları zamanaşımına uğramış olsa dahi devralana karşı da defi mahiyetinde ileri sürülebilir. İhbar doğru zamanda doğru kişiye yapılmış ise, borçlu devralana karşı da zamanaşımına uğramayan bir defi hakkına sahiptir. Bundan dolayı borçlunun ilgili yenilik doğuran hakkı doğru kişiye de yöneltmiş olup olmadığı sorusu, onun edimini ifa etmiş olması ve yapmış olduğu ifanın rücuu talebi söz konusu olması halinde karşımıza çıkar⁹⁶⁸.

Borçlunun onarım isteme hakkı da zorunlu olarak devredene bildirilmelidir. Çünkü devralandan onarımın gerçekleştirilmesi istenemez. Devreden karşı ediminde temerrüde düşmüş ise, borçlu devralana karşı sözleşmenin ifa edilmediği savunmasını ileri sürebilmekle birlikte, sözleşmeden dönmeyi sadece devredene bildirebilir. Bundan dolayı fesih hakkı da devredene karşı kullanılmalıdır⁹⁶⁹.

Borçluya seçim hakkı tanınmasına karşı olanlar, devreden nereden olduğunun bilinmediği hallerde ya da ona yenilik doğuran hakkın bildirilmesine ilişkin başkaca zorlukların bulunması durumunda⁹⁷⁰ borçluya kısmen geciktirici bir savunma imkanı tanımaktadırlar. Borçlu tarafından kullanılan yenilik doğuran hak etkisini ancak alıcısına ulaşmasıyla doğurur. Yenilik doğuran haklarda karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı söz konusudur. Bu beyan devredene ulaştığı halde haklı sebep olmaksızın tebligatın kabul edilmemesi durumunda bir problem görülmemelidir. Bu beyanın devredene ulaşamamasının nedeni devreden etki alanındaki bir sebepten kaynaklanıyorsa devreden buna dayanamaz. Buna karşın yenilik doğuran hakkın kullanıldığına ilişkin bildirimin ulaşması

⁹⁶⁶ GUHL/KOLLER, § 34, N. 44; KOLLER, Werkvertragliche Maengelrechte, s. 64, dn. 6

⁹⁶⁷ GAUCH, Werkvertrag, N. 1644.

⁹⁶⁸ LARDELLI, s. 40, dn. 202.

⁹⁶⁹ LARDELLI, s. 41.

⁹⁷⁰ Örneğin devreden ölmüş ve mirasçıları uzun zamandır belli değildir (LARDELLI, s. 41, dn. 203).

imkansız ise, borçlu bu hakkını geçerli şekilde kullanabilene kadar ona ileri sürebileceği geçici bir savunma imkanı tanınmalıdır⁹⁷¹.

İsviçre Hukukunda görüşleri değerlendiren LARDELLI yenilik doğuran hakların kullanımına ilişkin olarak ikili bir ayırıma gitmiştir. Yaza-ra göre, borçlu bir hakkı sona erdiren (bozucu) yenilik doğuran hakları devralana karşı da ileri sürebilmelidir. Buna karşın onarımı isteme gibi kurucu yenilik doğuran hakları devredene karşı ileri sürmelidir⁹⁷².

Alman Hukukunda dönme beyanının devredene karşı yapılması gerektiği belirtilmektedir⁹⁷³. Ayıp bildiriminin devralana karşı da yapılabil-eceği savunulmaktadır⁹⁷⁴.

Alman Hukukunda BGB § 143'de irade bozukluklarına ilişkin olarak bildirimin kime yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşme ile bağlı olmama iptal işlemi karşı tarafa bildirilmekle gerçek-leşir (Abs. 1). Bir sözleşmede iptal işleminin karşı tarafı sözleşmenin diğer tarafıdır. BGB § 123, Abs. 2 Satz 2⁹⁷⁵ söz konusu olduğunda, yani hile ve korkutma hallerinde karşı taraf sözleşmeden doğrudan hak elde eden taraftır (Abs. 2). BGB § 143'le uyumlu olarak Alman öğretisinde bildirimin bir hak elde eden diğer tarafa, yani devralana karşı yapılması gerektiği savunulmaktadır⁹⁷⁶.

İsviçre-Türk Hukukunda BGB § 143 tarzında bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle mutlak surette borçlunun, menfaat elde eden kişiye (devralana), devredene karşı ileri sürebileceği yeni-lik doğuran haklara ilişkin bildirimde bulunabileceğini söylemek mümkün değildir. TBK.m.39 (Art. 31 OR) hükmü doğrudan böyle

⁹⁷¹ Devredenin ölmüş ve mirasçısının uzun zamandır tespit edilemiyor olması örnek olarak gösterilebilir (LARDELLI, s. 41). Karş. NEUMANN-DUESBERG, FS Nipperday, s. 659.

⁹⁷² LARDELLI, s. 43.

⁹⁷³ KOGEL, s. 92.

⁹⁷⁴ STAUDINGER/HONSELL, § 478 N. 8.

⁹⁷⁵ "Hile ve korkutma halinde iptal kabiliyetine ilişkin olarak, kendisine bildirim yapılması gereken kişiden başkası bildirimden doğrudan bir hak elde ediyorsa, hileyi biliyor veya bilmesi gerekiyor ise ona karşı da iptali kabildir"(BGB § 123, Abs. 2 Satz 2).

⁹⁷⁶ KÖHLER, s. 516; BRUEGMANN, s. 40; NEUMANN-DUESBERG, FS Nipperday, s. 660; RAPPAPORT, s. 85 (LARDELLI, s. 42'den naklen).

bir sonuca ulaşmaya elverişli değildir. TBK.m.39 irade bozukluklarının giderilmesine ilişkin genel bir düzenleme olduğundan, alacağın devri vs. gibi üçüncü kişilerin devreye girdiği halleri öngörmemiş olması tabiidir. TBK.m.39 hükmüne göre, “yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır”. TBK.m.39’a karşılık gelen 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 31. maddesine göre, “Hata veya hile ile haleldar olan yahut ikrah ile yapılan akit ile mülzem olmayan taraf bu akdi ifa etmemek hakkındaki kararını **diğer tarafa beyan** yahut verdiği şeyi istirdat etmeksizin bir seneyi geçirir ise, akde icazet verilmiş nazariyle bakılır. Bu mehil, hata veya hilenin anlaşıldığı veya korkunun zait olduğu tarihten itibaren cereyan eder”. TBK.m.39 hükmü BK.m.31 (Art. 31 OR) ile kıyaslandığında, TBK.m.39’un önceki metinden ayrıldığı görülmektedir. BK.m.31’de sözleşme ile bağlı olmama bildiriminin “diğer tarafa beyan”ı aranırken, TBK.m.39’da sadece “sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez” ifadesi kullanılmış, bu bildirimin kime yapılacağı konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. TBK.m.39’daki bu değişikliği nasıl yorumlamak gerekir? Hal ve şartlar gerektirdiği takdirde bu beyanın bir başkasına da yapılabileceğini kabul etmek için mi Yasakoyucu BK.m.31 metninden ayrılmıştır?

TBK.m.39’un gerekçesinde dilde sadeleştirme dışında esasa ilişkin bir değişiklik olmadığı belirtilmiştir⁹⁷⁷. Bundan dolayı 818 sayılı Borçlar Kanunu ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanununa ilişkin tartışmaların hala güncel olduğu söylenebilir. Ancak kanımca her ne kadar gerekçede sadece dilde arılaştırmaya gidildiği ifade edilse de, kanunun yorumunda lafzi yorumun da göz ardı edilemeyeceği söylenebilir. En azından daha önceki metinde bu bildirimin kime yapılması gerektiği apaçık ortada iken şimdi, bildirimin mutlak surette sözleşmenin karşı tarafına yapılmasını zorunlu kılan açık bir düzenleme yoktur. Elbette işin doğası gereği bildirim karşı tarafa yapılmalıdır. Ancak yeni metin istisnai olarak bildirimin bir başkasına yapılabilmesinin kabulüne engel değildir. Kanımca borçlu irade bo-

⁹⁷⁷ “Metinde yapılan arılaştırma dışında maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur” (Gerekçe m. 39).

zukluğu nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığı bildirimini kendi alacaklısı olan devredene yapmalıdır. Sözleşme ilişkisinde onun muhatabı karşı sözleşeni olan kendi alacaklısıdır (devreden). Sırf alacağın devredilmiş olması bu gerçeği değiştirmez. Ayrıca bir sözleşme kapsamında birden çok alacak doğabilir. Alacağın devrinde devredilen sözleşme ilişkisi değil, sözleşmeden kaynaklanan alacak veya alacaklardır. Sözleşmeden kaynaklanan bir alacağı devralana yapılacak bildirim sadece o alacağa ilişkin savunmalara ilişkin olabilir. Oysa sözleşme ile bağlı olmama bildirimi daha üst bir kapsamdadır.

Borçlunun kendi alacaklısına (devredene) bildirimde bulunabildiği hallerde bir problem çıkmayacaktır. Bu bildirimin devredene yapılmasıyla sözleşme ile bağlı olmama ve bu nedenle borçtan sorumlu olmama savunması devralana karşı etkili biçimde ileri sürülebilecektir.

Bildirimin devredene yapılması gerekliliğinin katı biçimde uygulanması halinde de borçlunun mağdur olması söz konusu olabilecektir. Devredene bildirim yapılmasının imkansız veya güç olması hallerinde borçlunun korunması gerekliliğinden de söz edilebilir. Alacaklının kötüniyetli olarak alacağını devrettikten sonra, kendisine ulaşılamaması halinde borçlu bir yandan borçtan dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırma imkanına sahip olacak, diğer yandan muhataba ulaşılamaması nedeniyle, sahip olduğu haktan yararlanamayacaktır. Kanımca burada devralana bildirim yapılmak suretiyle sözleşme ile bağlı olmama sonucunu elde etme imkanından bahsedilememekle birlikte, -İsviçre öğretisinde de savunulduğu gibi- borçlu bu imkanı elde edene kadar bunu devralana karşı bir savunma olarak ileri sürebilmelidir. Burada bir yanda borçlunun çıkarları, diğer yanda ise devralanın çıkarları tartıldığında, ikisi de eşit olarak görülmelidir. Devredene bildirim yapılamamasında hiç bir kusuru bulunmayan borçluya nazaran, gene aynı şekilde devredenle hukuksal ilişkiye giren devralanın tercih edilmesini gerektirir bir sebep bulunmamaktadır.

Ayıp bildirimleri açısından bakıldığında da farklı bir çözümü haklı kılacak bir sebep görünmemektedir. Ayıp bildirimi satıcıya (veya yükleniciye) bildirilmelidir.

b. Alacaklı Tarafından Kullanılan Yenilik Doğuran Haklar

aa.Alacağa İlişkin Yenilik Doğuran Haklar

Devredilen alacakta değişiklik sadece borçlu tarafından kullanılabilir. Devredilen alacakta yenilik doğuran hak ile gerçekleşmez. Devreden de borçluya karşı bazı yenilik doğuran hakları kullanma imkanına sahip olabilir. Bu halde de yenilik doğuran hakkı devreden mi yoksa devralanın mı kullanabileceği hususu tartışılır. Yenilik doğuran hakkın yetkili olmayan kişi tarafından kullanılması halinde borçlu bunu savunma olarak ileri sürebilir. Öğretide yenilik doğuran hakkın alacağa mı yoksa sözleşme ilişkisine mi yönelik olduğuna bakılarak bir ayırma gidilmektedir⁹⁷⁸.

Alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar örneğin fesih⁹⁷⁹ (TBK.m.392-Art. 318 OR) yoluyla muaccel olan veya TBK.m.87⁹⁸⁰ (Art. 72 OR) gereğince seçim beyanı ile daha net belirlenebilir olan sadece devredilen alacakla bağlantılı olan yenilik doğuran haklardır⁹⁸¹. Gene temerrüde düşürme ya da mehil verme hakkı, sözleşmeyi sona erdirmeksizin ifadan vazgeçip zararın tazminini isteme hakkı da (TBK.m.125-Art.107 OR) alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar arasında sayılabilir⁹⁸²⁹⁸³.

Alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar TBK.m.189 (Art. 170 OR) anlamında bağlı hak olarak görülmekte ve devirle birlikte ayrıca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın, kendiliğinden devralana geçeceği kabul edilmektedir⁹⁸⁴. Öğretide azınlıkta kalan bazı yazarlar ise, alacağa ilişkin yenilik doğuran hakların devir ile birlikte kendiliğinden devralana geçişi-

⁹⁷⁸ LARDELLI, s. 44.

⁹⁷⁹ “Ödücün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi veya borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa ödünç alan, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödünçü geri vermekle yükümlü değildir.” (TBK.m.392).

⁹⁸⁰ “Seçimlik borçlarda, hukukî ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir” (TBK.m.87).

⁹⁸¹ GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3668; SCHOENENBERGER/JAEGGI, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, N. 102; LARDELLI, s. 44.

⁹⁸² LARDELLI, s. 44; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3669.

⁹⁸³ Alman Hukukunda ESSER, BGB § 401 hükmü anlamında bağlı hak kavramını geniş yorumlamakta ve ayıba karşı garantiden doğan hakların da alacağın devri ile birlikte devralana geçeceği görüşünü savunmaktadır (ESSER/SCHMIDT, I/2, s. 290).

⁹⁸⁴ BUZ, s. 280; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3591; BUCHER, OR AT, s. 517, dn. 141; LARDELLI, s. 44; ZK-SPIRIG, Art. 170, N. 48, 57.

ni kabul etmemekte, böylesi bir geçiş için bunun devrin objektif amacına bağlı olması gerektiğini savunmaktadırlar⁹⁸⁵.

Teminat amaçlı gizli devirde de (stille Sicherungszession) prensip olarak devralan alacağa ilişkin yenilik doğuran hakları bizzat kullanabilir. Devralanın bu hakkı kullanma yetkisi bağlayıcı olarak sadece temel işlemle sınırlanır. Buna göre borçlunun devralana karşı savunma ileri sürmesi fayda sağlamayacaktır. Teminat anlaşmasının kapsamına göre devreden devredilen alacağın tahsiline yetkili olarak kalmaktadır. Tahsil amaçlı devirde (Inkassozession) bu yetki sadece devralandadır. Devralan tahsil anlaşmasına binaen alacağın ya da onu temsil eden şeyin tahsil edilip edilmeyeceği konusundaki devreden talimatlarıyla bağlıdır.

bb-Sözleşmeye İlişkin Yenilik Doğuran Haklar

Devredilen alacağı ilgilendirmekle birlikte, sadece devredilen alacağa münhasır olmayıp, sözleşme ilişkisinin bütününe ilgilendiren yenilik doğuran haklar söz konusu olduğunda bunlar sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklar olarak nitelendirilmektedir. Sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklara iptal, satış ya da eser sözleşmesinde garanti yükümlülükleri örnek olarak gösterilebilir⁹⁸⁶.

Devredilen alacak ilk olarak yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla doğmaktadır. İndirimi talep hakkı kullanılmasıyla indirim alacağı veya onarım alacağı ya da ayıbı takip eden zararın (Mangelfolgeschaden) varlığı halinde tazminat alacağı ortaya çıkmaktadır. Burada yenilik doğuran hakkı kim kullanacaktır? Devralan bu hakkı kullanmaya yetkili midir yoksa yenilik doğuran hakkı devreden mi kullanmak zorundadır. Yenilik doğuran hakkın yetkili olmayan kişi tarafından kullanılması durumunda borçlu bu yönde bir savunmayı ileri sürebilecektir. Bu nedenle bu soruya verilecek cevap borçlunun konumu açısından önem arz etmektedir.

Yenilik doğuran hak devreden-borçlu ilişkisinde ortaya çıktığı için prensip olarak bu hakkı kullanacak olan kişi devredendir. Alacağa ilişkin yenilik doğuran haklardan farklı olarak hakkın kullanım yetkisi burada

⁹⁸⁵ SCHWENZER, OR AT, N. 90.39; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 170, N. 8.

⁹⁸⁶ LARDELLI, s. 45; SCHOENENBERGER/JAEGGI, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, N. 102.

devrolunan alacakla birlikte kendiliğinden devralana geçmez⁹⁸⁷. Bunun aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı, yani devredilen alacak ile birlikte yenilik doğuran hakkı kullanım yetkisinin de kendiliğinden devralana geçmesinin devir sözleşmesinin taraflarınca (devreden-devralan) kararlaştırılabilip kararlaştırılamayacağı konusunda İsviçre’de hâkim görüş konuya olumsuz yaklaşmaktadır⁹⁸⁸. Buna göre yenilik doğuran haklar alacak değildir, aksine devredilemeyen borç ilişkilerinin bir sonucudur. Bunlar Art. 164 Abs. 1 OR (TBK.m.183, f. 1) anlamında da devredilemezler⁹⁸⁹. Öğretiye göre sadece ilgili yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin temsil yetkisi verilmesi durumunda devir benzeri etki doğabilir⁹⁹⁰.

Bu kavramsal gerekçelendirme İsviçre öğretisinde eleştirilmektedir⁹⁹¹. Devreden veya devralanın çıkarları zedelenmiyorsa, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yenilik doğuran hakların devredilebilmesi mümkün olmalıdır⁹⁹². Alman Hukukunda da pratik ihtiyaçlardan dolayı yenilik doğuran hakların devri caiz görülmektedir⁹⁹³⁹⁹⁴.

İsviçre’de alt yüklenicilik suretiyle eser sözleşmesi çerçevesinde garanti haklarının kullanılması bağlamında, sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran hakların devredilebilir olup olmadığı konusunda tartışma bulunmaktadır.

⁹⁸⁷ EREN, s. 1240; LARDELLI, s. 45.

⁹⁸⁸ GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3626 vd., 3688 vd.; HUGUENIN, OR AT, N 1278 (LARDELLI, s. 45’ten naklen). PETER, bir koşul üzerinden doğrudan intikali borçlunun durumunun kötüleşmesi gerekçesiyle reddetmektedir. Yazara göre, koşul hakkında kararın devreden hakimiyet alanında bulunması halinde, bu yenilik doğuran hakkın devralana geçmesi koşulun ortaya çıkması olasılığını güçlendireceği için borçlunun güveni korunmalıdır (PETER, s. 263, dn. 22. LARDELLI, s. 45, 224 nolu dipnottan naklen).

⁹⁸⁹ GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3556 vd.

⁹⁹⁰ BUCHER, OR AT, s. 539.

⁹⁹¹ SCHWENZER, OR AT, N. 90.21; LARDELLI, s. 46.

⁹⁹² SCHWENZER, OR AT, N. 90.21.

⁹⁹³ BGH, NJW 1977, 847; BGHZ, 95, 250 vd.; BYDLINSKI, Gestaltungsrechte, 289 vd.; SCHWENZER, AcP 182 (1982) 252; STEINBECK, 79, 105 (LARDELLI, s. 46, dn. 229’dan naklen). BGB § 413 hükmüne göre, alacağın devrine ilişkin hükümler diğer hakların devrine de kıyasen uygulanır.

⁹⁹⁴ Yenilik doğuran hakların devredilir olup olmadığı hususunda geniş bilgi için bkz. BUZ, s. 267 vd.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin karşı sözleşeni asıl yüklenicidir. Alt yükleniciden yararlanılan durumlarda, alt yüklenicinin iş sahibi ile doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Alt yüklenici asıl yüklenicinin yardımcı kişisi olarak sözleşme ilişkisinde yer almaktadır. Asıl yüklenici eser sözleşmesinden kaynaklanan kendi haklarının icrasıyla ilgilenmemekte ve bu haklarını iş sahibine devretmektedir. Artık iş sahibi garanti haklarını devralan sıfatıyla kendi adına kullanabilir ve sözleşmeden dönme, indirim talep hakkı, onarım isteme hakkının kullanılmasından sonra ortaya çıkan alacakları kendi adına alt yükleniciye (devir borçlusu) karşı ileri sürebilir⁹⁹⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi⁹⁹⁶ ve öğretideki hâkim görüş⁹⁹⁷ sözleşmeden dönme ve indirim talep etme hakkının devredilemeyeceği, buna karşın sadece onarımı talep hakkı ile tazminat taleplerinin devredilebileceği görüşündedir. Böyle bir görüşün kabulünde temel gerekçe sözleşmeden dönme ve indirim talep etme halinde devreden ile borçlu arasındaki ilişkiye müdahale edilecek olmasıdır. Oysa onarımı isteme hakkında böyle bir sakınca söz konusu değildir⁹⁹⁸. Yüklenici devrin amacına göre, sadece iş sahibine sözleşmeden dönme ve indirim talep etme hakkını kullanması hususunda yetki vermeyi ve ona ileride doğacak alacağı devretmeyi sağ-

⁹⁹⁵ LARDELLI, s. 46-47.

⁹⁹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi BGE 118 II 142, 145 kararında onarımı talep hakkının devredilebileceğini kabul etmektedir: “Zanaatkara karşı sahip olunan garanti haklarının devri davalının davacıya karşı mevcut garanti yükümlülüklerinin kapsamından farklı bir şey değildir. İstinaf mahkemesi (Obergericht) tarafların bir sorumsuzluk anlaşması imzalamayı arzu etmedikleri, aksine sadece onarımı talep hakkının, muhtemel takip eden zararın tazmini talebinin devrini istedikleri sonucuna varmıştır. Bu yorumda davalı garantiyle yükümlü kalmıştır. Ancak devirle davacı davalının hakkı olan onarımı talep hakkını ileri sürebilme imkanını elde etmiştir. Bu yolla zanaatkar tarafından ifa edilen tüm edimler davalının garanti yükümlülüklerine sayılacaktır”. Yüksek Mahkeme BGE 114 II 239, 247 kararında sözleşmeden dönme hakkı ve indirim talep etme hakkının devredilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir. Federal Mahkeme burada bu görüşünü GAUCH’un görüşüne dayandırmıştır: “Yenilik doğuran haklar olarak dönme ve indirim talep etme hakları devredilemezler. Sadece ifa edilmiş ücretin tamamen ya da kısmen iade edilmesine yönelik alacaklar devredilebilirler (GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., s. 470 f., Rz. 1781 f. mit Hinweisen)”.

⁹⁹⁷ BUCHER, OR AT, s. 539; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3626; GAUCH, Werkvertrag, N. 2439 vd.

⁹⁹⁸ GAUCH, BR 1984, 23 vd.

layabilir⁹⁹⁹. İsviçre’de savunulan bir görüş, tüm garanti haklarının devrinin toplu olarak devrinin caiz olması gerektiğini, onarım talep etme hakkı ile tazminat talep haklarının sözleşmeden dönme ve indirim talep hakkından farklı muamele görmesinin haklı gerekçesi olamayacağını ifade etmektedir¹⁰⁰⁰.

Finansal kiralama sözleşmeleri bakımından da konu ele alınmakta ve bu yönde bir ihtiyaç bulunduğu belirtilmektedir. Finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan kira konusunu satıcıdan satın alır ve kiracıya teslim eder. Finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan satış sözleşmesinden kaynaklanan garanti haklarını kiracıya devreder ve kendisini garanti hakları bakımından devreden çıkarır. Finansal kiralama sözleşmesinde bu devrin kiralayana ifade bulunmayı talep etmeye yönelik bir temsil yetkisi olarak yorumlanması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁰¹.

İsviçre Hukuku’nda öğreti¹⁰⁰² ve uygulamaya¹⁰⁰³ göre iptal, sözleşmeden dönme veya fesih gibi diğer yenilik doğuran haklar da devralana devredilemez. Sözleşmenin irade bozukluğu nedeniyle iptali hakkının da devredilmesine ilişkin olarak bu görüşün, sadece bir para alacağının devredilmiş olması halinde kabul edilebileceği de ifade edilmektedir¹⁰⁰⁴. Para alacağının devri halinde iptal hakkının devri devredenın çıkarlarıyla çelişirdi. Örneğin bir satış parası alacağı söz konusu ise, burada iptal hakkı devredende kalır. Devreden satışa konu şeyi hataen daha ucuz bir fiyatla satmış ise, bu halde iptalde menfaati olan devredendir (satıcı). Buna karşın devralan açısından iptalde herhangi bir ekonomik yarar bulunmamaktadır¹⁰⁰⁵.

Bir şeyin teslimine ilişkin alacağın devri halinde menfaat durumu farklıdır. Burada alıcı bir şeyin mülkiyetinin kendisine devrine ilişkin talep hakkını devralana devreder. Bununla devralanın maddi edimi

⁹⁹⁹ LARDELLI, s. 47.

¹⁰⁰⁰ HONSELL, OR BT, 291 vd.

¹⁰⁰¹ HONSELL, OR BT, s. 429.

¹⁰⁰² GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3673; BUCHER, OR AT, s. 571 vd.; von TUHR/ESCHER, s. 342 vd.; GUHL/KOLLER, § 34, N. 33.

¹⁰⁰³ BGE 84 II 355, 367 vd. Federal Mahkeme bu kararında, devredenın devredilen alacağın temeline dayanan yenilik doğuran hakları kullanabilmesi için devralanın muvafakatini alması gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁰⁰⁴ LARDELLI, s.47-48.

¹⁰⁰⁵ LARDELLI, s. 48.

mümkün olandan daha önce elde etmesi amaçlanır. Satış bedeli borçluya ya doğrudan devralan tarafından ya da alacağı devreden tarafından ödenir. Maddi ayıp ya da irade bozukluğu hallerinde bunun ekonomik sonuçları devralanı etkiler. Bundan dolayı devir sözleşmesinin tarafları devralanın olası ayıpları satıcıya karşı ileri sürebilmesine ihtiyaç duyarlar. Devredenin de devralana karşı sorumsuz olmasında çıkarı vardır. Alıcının satılanı tekrar sonraki alıcıya sattığı ve kendini sorumsuz kıldığı, ancak satıcıya karşı tüm garanti haklarını devrettiği ard arda satış sözleşmesinde de menfaat durumu aynıdır¹⁰⁰⁶.

Alacağın devri ile aslında asıl borç ilişkisinde hiç bir değişiklik meydana gelmemekte, sadece eski alacaklı yerine yeni alacaklı geçmektedir. Alacağın devri ile asıl borç ilişkisi varlığını sürdürmekte, bu borç ilişkisini oluşturan unsurlardan sadece biri ya da birkaçı devre konu olmaktadır. Alacağın devri tarafların asıl borç ilişkisinde sahip olduğu hakları etkilememektedir. Bundan dolayı sadece devredilen alacağa ilişkin olmayan, asıl borç ilişkisinin bütününe ilgilendiren fesih, sözleşmeden dönme ve iptal hakları gibi yenilik doğuran hakların devredilemeyeceği, doğrudan alacaklı tarafından kullanılması gerektiğini düşünüyorum.

Devreden kendisinde kalan yenilik doğuran hakların kullanılması konusunda devralana temsil yetkisi verebilir. Bu durumda yenilik doğuran hak devralana devredilmiş olmaz. Devralan yenilik doğuran hakkı kendisine verilen temsil yetkisi kapsamında devredenine adına kullanır. Devreden yenilik doğuran hakların kullanılmasıyla ortaya çıkacak alacakları devredebilir¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ LARDELLI, s. 48.

¹⁰⁰⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3673; SPR-REETZ/BURRI, Art. 170, N. 14.

6.Borçlunun İleri Sürebileceği Savunma İmkanları Kapsamında Bazı Özel Durumlar

a.Takas Savunması

aa.Genel Olarak Takas

Takas, birbirine karşı aynı cins alacağa sahip kişilerden birinin tek taraflı beyanı ile bu alacakları az olan tutarında düşürmesidir¹⁰⁰⁸. Takas, ifa masraf ve külfetine katlanmaksızın her iki yana da borcunu ifa etme, alacağını tahsil etme olanağı sağlar¹⁰⁰⁹.

Takas hakkı niteliği itibariyle yenilik doğuran haklardandır. Bundan dolayı takas beyanı yenilik doğuran işlemdir¹⁰¹⁰. Takasın hukuksal sonucunu doğurması için beyanın ulaşması yeterli değildir. Yapılan bildirimle rağmen takas hukuksal sonuçlarını ancak her iki borcun takas edilebilir olduğu anda doğurur¹⁰¹¹.

Takas hakkından bahsedebilmek için öncelikle karşılıklı alacaklar bulunmalıdır. Takas yapmak isteyen kişi diğer taraftan alacaklı veya ona karşı borçlu değilse, takas hakkının kullanılabileceğinden bahsedilemez. Bir üçüncü kişiden olan alacak takas hakkına konu olamaz.

Taraflardan birinin alacağı henüz doğmamış ise, takas hakkından bahsedilemez. Karşılıklı alacakların mutlaka aynı borç ilişkisinden kaynaklanması gerekmez. Farklı borç ilişkilerinden kaynaklanan alacaklar da takasa konu edilebilir¹⁰¹².

Takas hakkının kullanılabilmesi için tarafların karşılıklı alacaklarının para alacağı ya da özdeş alacaklar olması gerekir (TBK.m.139).

¹⁰⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 575.

¹⁰⁰⁹ Takas sadece gereksiz ifa işlemlerini bertaraf etmekle kalmaz, tarafları kendi borcunu ifa etmesine rağmen karşılık alacağın tahsil edilememesi tehlikesine karşı koruma sağlar (OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 575).

¹⁰¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 583.

¹⁰¹¹ Tarafların anlaşarak karşılıklı alacaklarının ayrıca bir bildirimle ihtiyaç olmaksızın karşılıklı olarak kendiliğinden takas edileceğini kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda takas beyanına gerek kalmaksızın takas işlemi gerçekleşir (OĞUZMAN/ÖZ, C., I, s. 588).

¹⁰¹² OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 579.

Takas hakkını kullanmak isteyen tarafına alacağının ifası istenebilir, borcu da ifa edilebilir olmalıdır. Kanunda her iki borcun muaccel olması gerektiğinden bahsedilse de, aynı zamanda alacağın ifasının istenebilir olması gerekir¹⁰¹³. Eksik borçlar dava edilemediği için takasa da konu edilemez. Bundan dolayı örneğin kumar borcunun takası söz konusu olamaz. Zamanaşımına uğramış borç bakımından ise, bu alacağın takas ileri sürülebileceği zamanda zamanaşımına uğramamış olması şartıyla takas edilebileceği esası benimsenmiştir (TBK.m.139, f. 3).

TBK.m.139, f. 2 alacaklardan biri çekişmeli bile olsa takas ileri sürülebileceğini düzenlemektedir. Bundan dolayı alacakların mutlaka üzerinde uzlaşma sağlanmış olması gerekmekte, çekişmeli alacaklar da takasa konu edilebilmektedir.

TBK.m.142 hükmüne göre, borçlunun iflâsı hâlinde alacaklılar, muaccel olmasalar bile, alacaklarını müflise olan borçları ile takas edebilirler.

TBK.m.188, f. 2 hükmü alacağın devrinde borçlunun savunma imkanları arasında takas hakkını düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre, borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir. Bu durum takas hakkının sadece karşılıklı alacaklı ve borçlu olan kişiler arasında kullanılabilmesine istisna teşkil eder^{1014 1015}. Zira devralan devir işlemi ile birlikte artık yeni alacaklı konuma gelmiştir. Borçlu artık devreden borçlusudur. Borçlu-devralan ilişkisinde devreden üçüncü kişidir. Burada borçlu üçüncü kişi konumundaki devredenden olan alacağını devralana karşı ileri sürebilmektedir. Bu alacağın devri ile borçlunun durumunun ağırlaşmaması gerektiği ilkesinin doğal bir sonucudur.

¹⁰¹³ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 580.

¹⁰¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 561.

¹⁰¹⁵ TBK.m.188 hükmü, ilk fıkrasıyla takasta karşılıklılık şartını kaldırırken, ikinci fıkrasıyla da muacceliyet şartına istisna getirmektedir. Bu yönüyle TBK.m.188 istisnai bir hükümdür (DEVELİOĞLU, s. 146).

Borçlunun takas ileri sürmesinin bir itiraz değil, Art.169 OR, Abs. 2 (TBK.m.188 f.2)'de özel olarak belirtilmiş bir yenilik doğuran hak olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹⁶.

Alacağın devrinden önce takas beyanının kullanılması halinde, alacağı devralana karşı takas beyanında bulunulması söz konusu olmayacaktır. Zira alacak devredilmeden önce borçlu takas beyanında bulunmuş ise, bu halde devreden alacağı borçlunun takas ileri sürdüğü alacak miktarınca azalmış veya borçlunun alacağının devreden alacağından daha fazla olması halinde ise bütünüyle sona ermiş olacaktır. Bu durumda devredilen tutarda bir alacak bulunmaması veya devredilebilecek bir alacak kalmaması nedeniyle alacağın devri kısmen veya tamamen geçersiz olacaktır. Bu da kendisine başvuru borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülebilecektir.

Borçlu takas beyanını devredene karşı bildirebileceği gibi devralana da bildirebilir.

TBK.m.188, f. 1 hükmünün uygulanması, sadece alacağın iradi devri hali ile sınırlı değildir. Borçluya tanınan bu imkan alacağın kanun gereği geçtiği hallerde de uygulama alanı bulacaktır¹⁰¹⁷.

TBK.m.188, f. 1 hükmü borçluyu koruma amaçlı getirilmiş olsa da emredici bir hüküm değildir. Borçlu kendisine tanınan bu savunma aracından açıkça ya da örtülü şekilde –kanaat verici davranışlarla- feragat edebilir¹⁰¹⁸. Takas hakkından feragatin alacaklının kim olduğundan bağımsız olarak devirle birlikte devralana geçtiği, yani feragatin devralanı da bağladığı ifade edilmektedir¹⁰¹⁹.

bb.Devreden-Borçlu İlişkisinde Takas Savunmasının İleri Sürülmesi

TBK.m.186 (BK.m.165, Art. 167 OR) borçlunun, alacağın devredildiği devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki

¹⁰¹⁶ SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 9.

¹⁰¹⁷ DEVELİOĞLU, s. 89; ZK-OSER/SCHOENBERGER, Art. 169, N. 15.

¹⁰¹⁸ ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 169, N. 19; SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 15; DEVELİOĞLU, s. 89.

¹⁰¹⁹ SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 10.

devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulacağını düzenlemiştir.

Alacağın devredildiğinden habersiz olarak iyiniyetle devredene karşı takas hakkını kullanan borçlunun borcundan kurtulacağı savunulmaktadır. Kanunun burada sadece borçlu tarafından devredene ifa etmesi halini değil, borçlu tarafından devredene karşı kullanılan takas durumunu da kapsadığı ifade edilmektedir¹⁰²⁰. Borçlunun devredene karşı takas beyanında bulunarak borcundan kurtulabilmesi için TBK.m.186 hükmündeki (Art. 167 OR) koşullar mevcut olmalıdır¹⁰²¹ ve onun alacağı en geç takas beyanı ileri sürüldüğü (yani devredene beyan ulaştığı) anda muaccel olmalıdır.

Teorik olarak tam tersi durum da söz konusu olabilir. Yani sadece borçlu değil, devreden de takas beyanında bulunabilir. Alacağını devretmesine rağmen borçluya bildirim yapılmadan ya da yapılan bildirim borçluya ulaşmadan önce devreden borçluya takas beyanında bulunması durumunda borçlu iyiniyet iddiasında bulunabilecek midir? Yoksa borçluya yöneltilen takas beyanının geçersiz olduğu ve borçlunun devralana ifada bulunması gerektiği mi kabul edilecektir?

Bazı yazarlar sonuç itibarıyla devralanın alacağını etkileyecek şekilde borçlunun iyiniyetinin korunması gerektiğini belirtmektedirler¹⁰²². Yani devreden alacak üzerinde tasarruf hakkı olmadığı halde, durumdan haberdar olmayan iyiniyetli borçluya takas beyanında bulunduğu takdir-

¹⁰²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 559; LARDELLI, s. 81; VON TUHR/ESCHER, s. 366 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 252 vd.

¹⁰²¹ Yani alacak devredilmiş olmalı, ancak devreden veya devralan tarafından bildirim yapılmamış ya da yapılan bildirim borçluya ulaşmamış olmalı ve takas beyanında bulunan borçlu iyiniyetli olmalıdır.

¹⁰²² VON TUHR/ESCHER, s. 360; KOLLER, Guter und böser Glaube, N. 693 vd. KOLLER de borçlunun borcunun kendiliğinden azalacağı görüşünde olmakla birlikte, borçlunun kendi alacağını devredene karşı mı ileri süreceği yoksa devralana karşı takas mı edeceği konusunda serbest seçim hakkı bulunmayacağı, bu suretle kararında sınırlanmış olacağını savunmaktadır. Yazara göre borçlu sadece Art. 169, f. 2'ye dayalı olarak (TBK.m.188, f. 2) devralana karşı takas hakkından mahrum olduğu istisnai hallerde borçlu korumaya ihtiyaç duyacaktır (KOLLER, Guter und böser Glaube, N 695).

de, devralanın borçludan talep edebileceği alacak tutarı devreden tarafından takas edilen alacak tutarı kadar eksik olacaktır¹⁰²³.

Bir başka görüşe göre ise, burada gerçekte devreden artık hak sahibi olmadığı bir alacağı takas etmektedir. Yani aslında o geçersiz bir hukuksal işlem kurar. Takas geçersizdir ve devralana karşı ileri sürülemez. O sadece borçlu tarafından kendisine karşı takas ileri sürüldüğü takdirde bununla bağlı olacaktır¹⁰²⁴. Alman Hukukunda da benimsenen çözüm tarzı budur¹⁰²⁵.

Kanımca takasın geçersiz olduğu ve devralana karşı ileri sürülemediği yönündeki bu ikinci görüş daha isabetlidir. Devreden tarafından takas ileri sürüldüğünde, takas ettiği alacak artık üzerinde hak sahibi olmadığı bir alacaktır. Artık devirle birlikte üzerinde hakkı kalmadığı halde, bu hakkı devam ediyormuş gibi göstererek, bunu borçlunun kendisinden olan alacağından düşürmeye çalışan devreden bu sonuca ulaşmasını haklı gösterecek bir neden yoktur. Burada borçlu tarafından yapılmış bir ifa yoktur ki, hatalı olan ifa geçerli sayılmak suretiyle onun mağduriyetinin önüne geçilmiş olsun. Kanun devirden haberdar olmaksızın ifade bulunan borçlunun iyi niyetini korumaktadır. Burada ilk görüşün kabulü halinde borçlunun iyi niyetli değil, devreden kötü niyetinin korunması söz konusu olabilecektir.

Alacağın geciktirici şarta bağlı olarak devredildiği hallerde, devreden devralanın rızasını almaksızın borçluya karşı ileri süreceği takas beyanı şartın gerçekleştiği anda hükümsüz olur. Çünkü karşı tarafın zararına olan tek yanlı işlemler şarta düşman (şart kabul etmeyen) işlemlerdir. Ancak burada borçlunun iyiniyetini koruyan yasal düzenleme (TBK.m.186-Art. 167 OR) borçlu lehine dikkate alınmalıdır¹⁰²⁶.

Şartın askıda olduğu dönemde borçlu tarafından yapılan takas beyanı devralana karşı da hüküm ifade eder. Ancak TBK.m.188, f. 2 hükmü gereğince, şartın askıda olduğu dönemde borçlunun karşı alacağa karşı takas ettiği alacağını kazandığı anda, şartlı devri bilmesi halinde borçlu tarafından yapılan bu takas geçersizdir. Yani borçlunun, onun devri öğ-

¹⁰²³ Takas edilen alacak devredilen alacağa eşit veya daha fazla ise, bu görüş çerçevesinde doğal olarak devralan borçludan herhangi bir tutar talep edemeyecektir.

¹⁰²⁴ LARDELLI, s. 83.

¹⁰²⁵ RGZ 125, 408, 409 vd.; PALANDT/HEINRICHS, § 407, N 4.

¹⁰²⁶ PULAŞLI, s. 169.

renmesinden önce eski alacaklıya karşı kazandığı karşılıklı bir alacak hakkı takasa konu olur¹⁰²⁷. Önemli olan husus, bu karşı alacağın devrin öğrenilmesi anında mevcut olmasıdır. Şayet karşı alacak o esnada mevcut ve fakat henüz muaccel değil veya bir şarta bağlı ise, şart gerçekleştiği zaman gene takas edilebilir. Ancak gene de bu karşı alacağın devredilen alacaktan önce ya da en geç eş zamanlı muaccel olması şarttır¹⁰²⁸¹⁰²⁹.

Alacağın devrinden ve devrin borçlu tarafından öğrenildiği tarihten itibaren borçlu ile devreden arasındaki takas ilişkisi genel hükümlere tabi olacaktır¹⁰³⁰.

cc.Devralana Karşı Takas Savunmasının İleri Sürülmesi

Takas hakkına ilişkin genel hükümler çerçevesinde bu hakkın kullanılabilmesi için karşılıklı alacaklılık-borçluluk söz konusu olmalıdır. Alacağın devri halinde ise bu kurala istisna getirilmiştir. Takas hakkına ilişkin genel hükümlerden farklı olarak alacağı devrinde borçlu devralana karşı da takas hakkını kullanabilir. TBK.m.188, f. 2 borçluya bu hakkı açıkça tanımaktadır. Bu düzenleme alacağın devri ile –devir olgusunda muvafakati dahi aranmayan- borçlunun durumunun ağırlaştırılmaması gerektiği prensibinin bir somut görünümüdür¹⁰³¹.

TBK.m.188, f.2 (Art. 169, Abs. 2) çerçevesinde borçlu devredene karşı sahip olduğu alacağı kendi borcuyla takas ettiğini devralana karşı da ileri sürme imkana sahiptir¹⁰³². Buna karşı devralan, karşılıklılık koşulu bulunmadığından dolayı, devredilen alacağı borçlunun devredene karşı

¹⁰²⁷ PULAŞLI, s. 169; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 256.

¹⁰²⁸ PULAŞLI, s. 169; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 256; BGE 95 II 235.

¹⁰²⁹ Bu bakımdan borçlunun karşı alacağının ileride takası mümkün hale gelebilmesi ve özellikle devrolunan alacaktan önce vadesinin gelmiş olması yeterlidir (PULAŞLI, s. 169, dn. 190).

¹⁰³⁰ DEVELİOĞLU, s. 90.

¹⁰³¹ Aksi halde sırf takas hakkının kullanılamaması için kötünietli borçlular tarafından alacağın devri yoluna gidilebilirdi.

¹⁰³² Unidroit İlkeleri m. 9.1.13'te de benzer düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, borçlu devir bildirimini kendisine ulaştığı anda devredene karşı sahip olduğu alacaklarla, devralana karşı olan borcunu takas edebilecektir (DEVELİOĞLU, s. 147).

sahip olduğu bir alacakla takas edemez. Borçlunun ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda borçlu avantajlı konuma gelecek olsa bile durum değişmez¹⁰³³. Örnek vermek gerekirse borçlu (B), devreden (A)'ya 01.12.2013 tarihinde muaccel olacak şekilde 1.000 TL borçludur. (B) de (A) dan 1.000 TL alacaktır. (A) alacağını 01.06.2013 tarihinde (C)'ye devretmiş, devir keyfiyeti de 15.06.2013 günü (B)'ye bildirilmiştir. (C) devredilen alacağın kendisine ödenmesini (B)'den talep etmektedir. (B)'nin (A)'da olan alacağı 01.12.2013 tarihinden önce muaccel olmuş ya da en geç bu tarihte muaccel oluyor ise, (B) devredilen alacağı (A)'da olan alacağı ile takas ettiğini (C)'ye bildirerek borcundan kurtulabilir. Buna karşın (C), devredilen alacağı (yani (B)'nin (A)'ya olan borcunu) (B)'nin (A)'da olan alacağıyla takas edemeyecektir. Bu pratikte (B)'nin ödeme güçlüğüne düşmesi durumunda önemini hissettirir. (C) yasal yollara başvurması halinde devredilen alacağı tahsil edememesine rağmen (B) ödeme kabiliyeti olan (A)'dan alacağını tahsil edebilecektir.

Borçlunun devralana karşı takas ileri sürebilmesi için devredene karşı sahip olduğu alacak, alacağın devrinden önce veya en geç devir bildirimini öğrenmeden evvel mevcut olmalıdır¹⁰³⁴. Burada devirden veya en geç devrin öğrenilmesinden önce hukuksal sebebin mevcut olması yeterli görülmektedir. Örneğin en geç devrin öğrenildiği anda alacağın geciktirici şarta bağlı ya da süreye bağlanmış olması yeterlidir¹⁰³⁵. Gene takas hakkının kaynaklandığı hukuksal ilişkinin mevcut olması da yeterli görülmektedir. Borçlu alacağın devri ile bir takas alacağı ediniyor ise, bu alacak borçlunun asıl alacağın devrini öğrenmesinden önce gerçekleşmiş

¹⁰³³ LARDELLI, s. 83-84.

¹⁰³⁴ TBK.m.188, f. 1 “Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir” demek suretiyle, borçlunun ileri sürebileceği savunmaların en geç devrin öğrenildiği anda mevcut olması gerektiğini düzenlemiştir. Bundan dolayı borçlu, devrin öğrenilmesinden sonra devredene karşı ortaya çıkan bir alacağını devralana karşı ileri sürme olanağına sahip değildir. Bu halde borçlu ancak takas hakkına ilişkin genel hükümler çerçevesinde koşulları mevcut olduğu takdirde devredene olan başka bir borcundan dolayı takas hakkını ileri sürebilecektir. Aynı yönde bkz. DEVELİOĞLU, s. 88. Yazar, TBK.m.188, f. 2 düzenlemesinin TBK.m.186 hükmüne paralel bir düzenleme olduğunu, kaldı ki, TBK.m.186 hükmünün borcun takas yoluyla sona erdirildiği hallerde de uygulama alanı bulacağını kabul edildiğini ifade etmektedir (DEVELİOĞLU, s. 89, dn. 359).

¹⁰³⁵ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169, N. 10; LARDELLI, s. 84.

olmalıdır¹⁰³⁶. Bir görüşe göre, borçlunun devredenden olan alacağının devirden önce muaccel olması halinde, borçlunun takas ileri sürebilmesi için borçlunun devredenden olan alacağı kazandığı anda iyiniyetli olması ve kazanma anının devrin öğrenilmesinden önce olması gerekmektedir¹⁰³⁷. Bu görüş eleştirilmektedir. Borçlunun alacağını devirden önce kazanması halinde ortada yapılmış bir devir olmadığı için onun devri bilip bilmemesi yani iyiniyetli ya da kötünietli olması düşünülemez; alacak devirden önce muaccel olduğuna göre, devrin öğrenilmesinden önce kazanılması şartının aranması anlamsızdır¹⁰³⁸.

TBK.m.188, f. 2 hükmüne göre, “Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir”. Kanun hükmünün yorumundan devri öğrendiği andan önce muaccel olan alacağını kayıtsız şartsız takas edebileceği sonucu çıkmaktadır. Kanun ölçüt olarak aldığı devrin öğrenilmesi anında muaccel olmayan alacağın takasının mümkün olması için gerekli koşulları düzenlediğine göre, devrin öğrenilmesi anından önce muaccel olan alacakların zaten takas edilebileceği varsayımından hareket etmektedir.

Borçlunun takas edeceği alacağının devrin öğrenilmesi anında mevcut olması yeterlidir¹⁰³⁹. Ana alacağın muaccel olup olmadığının bir önemi yoktur. Burada henüz devir gerçekleştirilmezden önce takasın şartları mevcuttur. Borçlunun durumunun devir nedeniyle ağırlaştırılamamasından dolayı, borçlunun zaten var olan takas hakkı devirle kaybedilmemektedir¹⁰⁴⁰.

Alacağın devredildiği kendisine bildirilmiş olan borçlu, takas hakkını kullanmak istiyorsa bunu devralana bildirmelidir. Artık bildirimden sonra devredene yöneltilecek takas beyanı hukuksal sonuç doğurmayacaktır¹⁰⁴¹. Devredene yöneltilecek bildirimin etki doğurmaması, alacağın devriyle

¹⁰³⁶ PALANDT/GRUENEGER, § 406, N. 6.

¹⁰³⁷ KOLLER, Guter und böser Glaube, N. 735.

¹⁰³⁸ ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, s. 44.

¹⁰³⁹ ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, s. 43.

¹⁰⁴⁰ KOLLER, Guter und böser Glaube, N. 723, dn. 887; LARDELLI, s. 84.

¹⁰⁴¹ Aynı yönde bkz. LARDELLI, s. 85. Yazar, bu halde Art. 167 OR’nin koşulları artık oluşmadığından borçlunun devredene karşı takas beyanında bulunamayacağını belirtmektedir (LARDELLI, s. 85).

birlikte artık onun alacaklı sıfatının kalmamış olmasının doğal sonucudur.

Borçlunun takas edeceği alacağı devirden önce mevcut ve fakat henüz muaccel değilse, devredilen alacak takas edilecek alacaktan daha evvel muaccel olmayacak ise, bu halde borçlunun alacağı onun devri öğrenmesi anına kadar muaccel olmalıdır¹⁰⁴². Burada borçlunun durumunun kötüleşmesi yasağı sınırsızdır. Sadece borçlunun takas edeceği alacağın borçlunun alacağın devrini öğrenmesinden sonra muaccel olması durumunda bir sınırlama söz konusu olmaktadır (TBK.m.188, f. 2-Art 169 Abs. 2 OR)¹⁰⁴³. Alacağın devrinin öğrenilmesi anından itibaren artık borçlu takas hakkını devredene karşı değil, devralana karşı kullanabilecektir. Kanun takas edilecek alacağın muacceliyetinde ölçüt olarak devrin öğrenilmesi anını esas almaktadır. Şayet borçlu alacağın devrini öğrenmeden önce kendi alacağı muaccel oluyor ise, bu halde devredene karşı ileri sürdüğü takas beyanına hukuksal sonuç bağlanacak ve onun iyiniyeti korunacaktır. Borçlu alacağın devrine rağmen, -devirden haberdar olmadığı evrede- devredene karşı kullanmış olduğu takas hakkını devralana karşı da ileri sürebilecektir¹⁰⁴⁴. Bir başka görüşe göre, bu halde borçlunun devri kendi alacağının muaccel olmasından önce öğrenmiş olması takası engellemeyecektir. Çünkü alacağı muaccel olunca takas ileri sürebilecek borçlunun bu beklentisi korunmalıdır¹⁰⁴⁵. Bu görüşte takasın kime karşı ileri sürüleceğine dair bir ayırım yapılmamıştır. Aslında bu görüş de, yukarıda belirtilen görüş de sonuç itibarıyla borçluya takas hakkı tanımaktadır. Tek fark bir önce belirtilen görüşe göre devrin öğrenilmesinden sonra takas beyanının sadece devralana karşı ileri sürülebilmesidir.

Borçlunun takas edeceği alacağı devirden önce doğmuş olmakla birlikte, onun alacağı alacağın devrini öğrendikten sonra muaccel oluyorsa, bu durumda devredilen alacağın muacceliyet tarihine bakılır. Şayet devredilen alacak takas edilecek olan alacaktan daha önce muaccel oluyorsa artık borçlu, devralana karşı takas ileri sürme olanağına sahip değildir.

¹⁰⁴² Borçlunun devir işleminden önce muaccel olmayan alacağının devredilen alacaktan önce veya onunla eş zamanlı muaccel olması yeterlidir (DEVELİOĞLU, s. 147; ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, 43). Borçlunun alacağı, devir tarihinde muaccel ise, zaten bu halde TBK.m.188, f. 1 hükmüne göre, takas mümkündür (ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, s. 73).

¹⁰⁴³ LARDELLI, s. 85.

¹⁰⁴⁴ LARDELLI, s. 86.

¹⁰⁴⁵ ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, s. 44.

Yani borçlunun takas edeceği alacağın devrin öğrenilmesinden sonra muaccel olduğu durumda, devredilen alacak daha önce muaccel oluyor ise TBK.m.188, f. 2 (Art. 169 Abs. 2 OR) hükmüne göre artık takas mümkün değildir¹⁰⁴⁶. Borçlunun takas ileri sürebilmesi için kendi alacağının devredilen alacaktan önce veya en geç aynı anda muaccel olması gerektiği sınırlaması, kendi alacağı muaccel olmayan borçlunun alacak devredilmemiş olsaydı dahi takas beyanında bulunamayacak olmasına dayanmaktadır^{1047 1048}.

TBK.m.188, f. 2 hükmü Kanunda yer almıyor olsaydı, borçlunun devri öğrendiği tarihte takas ileri sürme imkanı bulunmadığından devredene karşı olan haklarını devralana karşı kullanamazdı. Böylesi bir durum TBK.m.188, f. 1 ile benimsenen borçlunun durumunun ağırlaştırılmaması prensibine aykırı olurdu¹⁰⁴⁹.

TBK.m.188, f.2 hükmü ile getirilen takas imkanı sadece borçluya tanınmıştır. Alacağı devreden şartların gerçekleştiğini beyanla takas hakkını kullanamayacağı gibi, alacağı devralan da borçlunun devreden alacağını pasif alacak olarak kullanıp takas beyan edemez¹⁰⁵⁰.

İsviçre’de 1911 yılında yapılan değişiklikle bu düzenleme İsviçre Borçlar Kanunun metnine girmiştir¹⁰⁵¹. Böylece uygulamada tartışılan kendi borcu muaccel olan borçlunun kendi alacağı muaccel olana kadar bekleyip takas ileri sürebilir süremeyeceği sorunu çözüme kavuşturulmuştur. Federal Mahkeme borçlunun takas edilecek alacağının devredilen alacaktan sonra muaccel olması ve bu muacceli-

¹⁰⁴⁶ LARDELLI, s. 87.

¹⁰⁴⁷ DEVELİOĞLU, s. 148; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 169, N. 11.

¹⁰⁴⁸ Art. 169, Abs. 2 (TBK.m.188, f. 2) hükmünün sebep olduğu bu sonuç eleştirilmektedir. VON TUHR’a göre, borçlunun alacağının devredilen alacaktan daha sonraki bir tarihte muaccel olduğu varsayımında dahi, alacaklının alacağını borçlunun alacağını muacceliyet tarihine kadar talep etmediği ihtimalinde borçlu takas beyanında bulunabilecektir. Bu yönde bir imkanın varlığına rağmen, alacağı devralanın borçluya, borçlunun alacağı muaccel oluncaya kadar başvurmaması halinde takas beyanında bulunamaması çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır (VON TUHR/ESCHER, s. 368). Ayrıca bkz. BUCHER, OR AT, s. 569; VON BUEREN, OR AT, s. 331; DEVELİOĞLU, s. 148.

¹⁰⁴⁹ DEVELİOĞLU, s. 147.

¹⁰⁵⁰ ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, s. 53; DEVELİOĞLU, s. 150.

¹⁰⁵¹ LARDELLI, s. 88.

yet anında borçlunun devirden haberdar olması durumunda devralan lehine karar vermiş ve borçlunun takasını reddetmiştir¹⁰⁵². Federal Mahkemenin bu çözüm tarzı daha sonra Art. 169 Abs 2 olarak yasa hükmü haline gelmiştir. Buna göre takas imkanı borçlunun devri öğrenme anına ve alacağının muaccel olmasına bağlanmıştır¹⁰⁵³. Borçlunun alacağının devredenden daha sonra tahsil edileceğine güvenemeyeceği hususu bu düzenlemeyi haklı kılacak olgu olarak gösterilmektedir¹⁰⁵⁴. Gerçekte problemlili devralana karşı yasa borçlu için herhangi bir koruma sağlamadığı, ancak borçlunun takas ileri süreceği alacağının devirden önce doğmuş olsa dahi takas edilememesinin düşündürücü olduğu, yasanın burada borçlunun devredene karşı ileri sürebileceği devirden önce doğan savunmaları devralana karşı da ileri sürebilmesi prensibinin göz ardı edildiği ifade edilmektedir. Şöyle ki, şayet devir olmasaydı borçlu takas ileri sürecektir şekilde kendi alacağı muaccel olana kadar bekleyebilir ve bunu devreden alacağı ile takas edebilirdi. Sadece takas hakkına ilişkin hükümler (Art. 120 OR vd.) uygulama alanı bulsa idi, muacceliyet anına ilişkin bir sınırlama söz konusu olmayacaktı¹⁰⁵⁵. Art. 169 Abs. 2 ile getirilen takas imkanını ortadan kaldıran düzenleme devralanın menfaatlerini gereğinden fazla korumaktadır. Devredilen alacakla aynı borç ilişkisinden kaynaklanan borçlunun takas ileri süreceği alacağı söz konusu olduğunda, borçlunun takas edebilme beklentisi korunmaya değerdir. Gene devralan cephesinden bakıldığında da onun borçlunun takas edebileceği bir alacağının söz konusu olduğunu kolaylıkla hesaba katabileceği, bu nedenle de onun özel olarak korunmaya değer olmadığı, bu nedenle borçlunun korunması gerekçesiyle Art. 168, Abs. 2'nin uygulanmasının sözleşmeye yabancı alacaklara indirgenmesi gerektiği, sözleşmeye yabancı alacak söz konusu olan hallerde ise devralanın korunmaya değer olduğu savunulmaktadır¹⁰⁵⁶. Mantık olarak bakıldığında bu görüşün

¹⁰⁵² BGE 25 II 324, 325.

¹⁰⁵³ LARDELLI, s. 88; ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 6; BUCHER, OR AT, s. 569.

¹⁰⁵⁴ SCHWENZER, OR AT, N.90.50; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 169 N. 6.

¹⁰⁵⁵ LARDELLI, s. 88; BUCHER, OR AT, s. 559.

¹⁰⁵⁶ LARDELLI, s. 88; Eleştirenler VON TUHR/ESCHER, s. 368; KOLLER, Guter Glaube und böser Glaube, N. 739; BUCHER OR AT, N. 569.

pek de haksız sayılmayacağı söylenebilirse de, kanunun metnine bakıldığında bu yorumun kabulünün mümkün olmadığı görülmektedir. Şöyle ki, alacağın devri bakımından takas yasal olarak düzenlenmemiş olsaydı elbette takasa ilişkin hükümlere başvurulacak idi. Ancak Yasakoyucu alacağın devri bakımından ayrı bir düzenleme getirmiştir. Bundan dolayı de lege feranda kabul edilebilir olsa da de lege lata bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Alman Hukukunda alacağın devrinde takas hakkı BGB § 406'da düzenlenmiştir. Buna göre, "Borçlu önceki alacaklıya karşı sahip olduğu alacaklarını yeni alacaklıya karşı da takas edebilir, meğer ki alacağı iktisap ettiği sırada devirden haberdar olmuş ya da alacak ancak haberdar olunduktan sonra ve devredilen alacaktan daha sonra muaccel olmuş olsun"¹⁰⁵⁷. Buna göre, borçlunun kendi alacaklısına karşı sahip olduğu, devirden önce doğmuş olan alacakları her şartta devralana karşı takas edilebilir¹⁰⁵⁸. Prensip olarak borçlu devir anında henüz takası kabil olmayan eski alacaklıya karşı sahip olduğu alacaklarını da devralana karşı ileri sürebilir. BGB § 406'da borçlunun lehine düzenlenen takas koruması, daha ziyade borçlunun karşı alacağın iktisabı anında devirden haberdar olup olmadığına bağlıdır. Bundan dolayı hem devirden önce borçlu ile devreden arasındaki ilişkide çıkan, hem de köklerinin ancak devir sonrasında ortaya çıktığı alacaklar kapsama alınmıştır¹⁰⁵⁹.

Prensip olarak, TBK.m.188, f. 2 hükmü ancak borçlunun devri öğrendiği anda hukuken geçerli bir alacağa sahip olması halinde uygulama alanı bulur¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁷ Devirden önce açıklanan takas beyanı BGB § 404 hükmüne tabidir. Yani bu halde borçlu alacağın devirden önce takas beyanı ile sona ermiş olduğunu ileri sürebilir (STAUDINGER/BUSCHE, BGB § 404, N. 5). Borçlunun devirden sonra ve fakat devrin varlığından habersiz olarak takas beyanında bulunması halinde BGB § 407 hükmü devreye girer (BGH NJW-RR 1986, 536; 538). Yani burada borçlu, alacağın devredene karşı ileri sürülen takas beyanı ile sona erdiğini devralana karşı ileri sürebilecektir (STAUDINGER/BUSCHE, BGB § 406, N. 6).

¹⁰⁵⁸ STAUDINGER/BUSCHE, § 406, N. 13

¹⁰⁵⁹ STAUDINGER/BUSCHE, § 406, N. 16.

¹⁰⁶⁰ DEVELİOĞLU, s. 147.

Borçlunun takas ileri süreceği alacağı devirden sonra doğmuş ise, bu halde borçlu takası ancak iyiniyet iddiasına dayandırabilir. Çünkü Art. TBK.m.188, f. 2 (169 Abs. 2 OR) takas ileri sürme imkanını en geç devrin öğrenilmesi anına kadar vermiştir. Yani devirden sonra ve fakat devrin borçlu tarafından öğrenilmesinden önce doğan bir alacağın takası borçlunun iyiniyetli olması halinde mümkündür. Bu halde borçlunun iyiniyeti korunur. Ancak unutulmamalıdır ki, borçlunun devirden sonra ve fakat devrin öğrenilmesinden önce doğan bir alacağını takas edebilmesi için bu alacağın en geç devredilen alacakla eş zamanlı olarak muaccel olması gerekir. Borçlunun devredene karşı sahip olduğu devirden sonra doğan alacağı devredilen alaktan daha sonra muaccel olacaksa artık takas imkanından bahsedilemeyecektir¹⁰⁶¹.

Alacağın devrinin öğrenilmesinden sonra borçlu devredene karşı bir alacak hakkı elde ettiği takdirde, bu alacak devredilen alaktan daha önce muaccel olsa bile, borçlunun devralana karşı takas ileri sürme hakkı yoktur¹⁰⁶².

Ard arda devirler söz konusu olduğunda, borçlu hem ilk alacaklıya, hem de aradaki alacaklılara karşı doğmuş olan takas imkanını halihazırdaki alacaklıya karşı kullanabilecektir; ancak bundan yararlanabilmek için takas imkanının son alacaklıya devri öğrendiği andan önce doğmuş olması şarttır¹⁰⁶³.

Şayet bir alacak birden fazla kişiye devredilmiş ise, borçlunun TBK.m.188, f. 1'de belirtilen savunma imkanlarından yararlanabilmesi için takas şartlarının ilk devri öğrendiği andan önce oluşmuş olması gerekir¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶¹ Aynı yönde bkz. DEVELİOĞLU, s. 147; ARAL, Türk Borçlar Hukukunda Takas, s. 73.

¹⁰⁶² LARDELLI, s. 90.

¹⁰⁶³ DEVELİOĞLU, s. 89, 149; BK-BECKER, Art. 169, N. 5; VON BUEREN, OR AT, s. 333; VON TUHR/ESCHER, s. 368; SPR-REETZ/BURRI, Art. 169, N. 14; ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 98; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 169, N. 13.

¹⁰⁶⁴ DEVELİOĞLU, s. 89.

Devralana karşı takas ileri sürecek olan borçlu, takas edilebilir alacağının bulunduğunu ispatla yükümlüdür¹⁰⁶⁵.

Borçlunun alacağın devrini öğrendiği anda takas ileri sürme yetkisinin olup olmadığının tespiti açısından, takasın o an mümkün olup olmadığının veya takas beyanında bulunulup bulunulmadığının araştırılmasına gerek yoktur¹⁰⁶⁶.

TBK.m.188 hükmü alacağın kanun gereği ve yargı kararıyla geçişinde de uygulandığından, takas edilen alacağın cebri icra vasıtasıyla paraya çevrilmesi durumunda da borçlu bu hükümdeki savunma araçlarına başvurabilir. Şöyle ki, üzerine haciz konulan bir alacağın borçlusu konumundaki üçüncü kişi –alacağın yeni sahibinin zararına alacağı haczedilen kişiden olan alacağını TBK.m.188, f. 2'deki şartlar uyarınca takas edebilir¹⁰⁶⁷.

Alacağın tamamının değil, sadece bir kısmının devredilmiş olması halinde borçlunun seçimlik hakkı söz konusudur. Borçlu dilerse takası her iki alacaklıya (alacağı kısmen devreden ve alacağı kısmen devralan) karşı ileri sürebileceği gibi, bunlardan herhangi birine karşı da ileri sürebilir¹⁰⁶⁸. Yani alacağın kısmen devredilmiş olması durumunda, borçlu kendi alacağını dilerse devredilen kısım ile, dilerse devredendeki bakiye borcu ile takas edebilir¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ PROBST, Art. 169, N. 24 (DEVELİOĞLU, s. 147, dn. 599'dan naklen).

¹⁰⁶⁶ DEVELİOĞLU, s. 148. “Federal Mahkeme içtihatlarına göre, borçlunun o anda kendi borcu muaccel olduğu zaman takas yapabilme perspektifinin olması yeterlidir; bu durum özellikle de borçlunun alacağının bahsedilen vadede mevcut ve kendi borcunun vadesi geldiğinde ise muaccel olması halinde söz konusu olur. ATF 95 II 235 (JdT 1970 I 245)” (DEVELİOĞLU, s. 148, dn. 602).

¹⁰⁶⁷ DEVELİOĞLU, s. 149. Yazar, alacağın açık arttırma yoluyla elde edilmiş olmasının veya İİK.m.120, f. 1 uyarınca devralınmış olmasının hiçbir önemi olmadığını; hatta haciz alacaklısına İİK.m.120, f. 2 uyarınca bizzat takip yetkisi verilmiş olmasının da önem arzetmediğini ifade etmektedir (DEVELİOĞLU, s. 149, dn. 605).

¹⁰⁶⁸ VON TUHR/ESCHER, s. 368; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 169, N. 12; DEVELİOĞLU, s. 149; SPR-REETZ/BURRI, Art 169, N. 13; TUNÇOMAĞ, s. 1115-1116; UZUN KAZMACI, s. 149.

¹⁰⁶⁹ ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 97; VON TUHR/ESCHER, s. 368; ZK-OSER/SCHOENENBERGER, Art. 169, N. 12.

Borçlunun TBK.m.188, f. 2 kapsamında takas hakkını ileri sürmesi devir alacaklısının kötünietli olup olmadığına bağlı değildir¹⁰⁷⁰. Somut olayda devralanın iyiniyetli mi yoksa kötünietli mi olduğunun araştırılmasına gerek yoktur. Borçlu her iki halde de takas ileri sürme hakkına sahiptir¹⁰⁷¹.

Devreden alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede borçlunun takas hakkını kullanmasını engelleyen bir hükmün yer alması ve bu feragatin alacaklının alacağını efektif olarak elde etmesini sağlamaya yönelik olması halinde, alacağı devralanın da buna dayanabileceği öğretide ifade edilmektedir¹⁰⁷². Buna göre, böylesi bir feragat şartının varlığına rağmen borçlunun devralana karşı takas ileri sürmesi hüküm ifade etmeyecektir. Kanaatimce devreden alacaklıya karşı bu haktan feragat etmiş olan borçlu borcunu eylemli olarak ödemeyi zaten kabullenmiştir. Alacak devredilmemiş olsa idi, ne durumda

¹⁰⁷⁰ “Davacı vekili, davalı Mehmet’in bonoya dayalı olarak aleyhlerine 2000/854 Esas sayılı icra takibi yaptığını, kendilerinin de Mehmet’den alacaklı olmaları nedeniyle 2000/926 Esas sayılı icra takibini başlattıklarını, ancak Mehmet’in aleyhine yapılan 2000/926 Esas sayılı icra takibinin kesinleşmesinden önce 2000/854 Esas sayılı icra takibindeki alacağını diğer davalı Ömer’e takas definin dermeyeran edilmesini önlemek amacı ile temlik ettiğini iddia ederek davahların alacaklı oldukları 2000/854 Esas sayılı icra takibindeki borcunun, kendi alacaklı olduğu 2000/926 Esas sayılı icra takibindeki alacağına mahsup edilerek sona erdirilmesini ve 2000/854 Esas sayılı icra takibinin iptalini talep ve dava etmiştir. (...) Mahkemece, davacının kendi alacağını icra takibine koyduğu ve burada borcunu mahsup etmediği ayrıca icra dosyalarında da takas hakkını kullandığı yönünde bir beyan bulunmadığı ve temlik alanın kötü niyetinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz olunmuştur. Davacı, davalıdan alacaklı olduğu meblağ ile borçlu bulunduğu tutarın takas edilmek suretiyle borçlu olmadığının tespitini istemiş ve BK.’nın 167. maddesine dayanmıştır. Mahkemece takasın alacağın temlik edilmesinden sonra dermeyeran edilmiş olduğu ve ayrıca temlik alanın kötü niyetinin kanıtlanamadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, BK.’nın 167. maddesinde alacağın temlik edilmesinden sonra da takas talebinde bulunulabileceği öngörülmüş ve ayrıca temlik alacaklısının kötü niyetli olup olmadığının araştırılması gerektiğine yer verilmemiştir. Mahkemece, açıklanan bu hususlar çerçevesinde iddia ve savunma değerlendirilip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmiş olması isabetli değildir” (Yarg. 19. HD., 26.11.2001 T., 2001/2345 E.-2001/7807 K. S.lı ilamı).

¹⁰⁷¹ DEVELİOĞLU, s. 149.

¹⁰⁷² ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 100.

olacak idiyse, devir sonrasında da aynı konumda bulunmaktadır. Bu nedenle devralanın söz konusu kayda dayanması haklı ve makuldür.

Devredilen alacağın borçlusunun henüz devreden karşısında, karşı alacağının bulunduğunu bilmediği bir aşamada devralana ifa sözü vermiş olması borçlunun sahip olduğu takas ileri sürme hakkından feragat etmek istediği şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁷³.

Borçlunun devredilen alacağı muaccel hale gelmesinden önce ve fakat bildirimden sonra alacaklıya ödenmesinin devralana karşı takas hakkından feragat olarak görülemeyeceği belirtilmektedir¹⁰⁷⁴.

b.İleride Doğacak Alacağın Devri

aa.Genel Olarak İleride Doğacak Alacağın Devri

Alacağın devredilebilmesi için alacağın devir anında mevcut olması zorunluluğu bulunmadığına, devir anında mevcut olmayan, ileride doğacak alacakların da devredilebildiğine değinilmişti. Bu bölümde ileride doğacak alacağın devrinde borçlu tarafından ileri sürülebilecek savunma imkanlarından bahsetmekle yetinilecektir.

bb.İleride Doğacak Alacağı Devralana Karşı İleri Sürülebilecek Savunma İmkanları

İleride doğacak alacakların devrinde de ileri sürülebilecek savunma imkanlarına ilişkin olarak ikili bir ayırıma gidilmekte ve devir anında borç ilişkisinin mevcut olup olmadığına bakılmaktadır. Burada da bu ayırım dikkate alınarak konu incelenecektir.

¹⁰⁷³ ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 99; BGE 83 II 395=JdT 1958 I S. 239=Rep 91 S. 73.

¹⁰⁷⁴ ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 99; SJZ 53 S. 201.

aaa.Devir Anında Henüz Mevcut Olmayan Borç İlişkileri Bakımından Değerlendirme

Devir anında bir borç ilişkisi henüz mevcut değilse, devredilen alacağın doğup doğmayacağı ya da hangi özellikte ortaya çıkacağı tamamen devredene bırakılmıştır. Devreden, borçlu ile bir sözleşme kurup kurmamak ya da önceden devredilen alacaktan başkaca bir ifa modeli içeren bir sözleşme kurma hususunda tamamen serbesttir¹⁰⁷⁵. Yani devreden devirden sonra devralana karşı geçerli olacak şekilde örneğin alacağın süresini uzatabilir ya da borçlu ile anlaşarak alacağın devredilemeyeceğini kararlaştırabilir^{1076,1077}. Borçlu bu halde devredene olan borcunun vadesinin ötelendiği savunmasını ileri sürebilir. Alacaklarını önceden devreden alacaklının borçlusu ile akdettiği devir yasağına borçlu geçerli biçimde dayanabilir. İleride doğacak alacağı devralan, devredenle arasındaki anlaşma gereği borçlunun kendisine ödeme yapması gerektiğini ileri süremez.

Borçlu ile henüz bir borç ilişkisi mevcut değilken, ileride doğacak alacaklarının devrine yönelik anlaşma yapan devreden, borçlu ile borç ilişkisi kurulduğunda bir devir yasağı kararlaştırıldığı takdirde, devralanla aralarındaki sözleşmesel ilişkiye aykırı davranmış olur. Devredenin bu davranışı sözleşmeye aykırılık oluştursa dahi, henüz mevcut olmayan ve doğup doğmayacağı belirsiz olan bir alacak üzerinde tasarrufta bulunulamayacağı gerekçesiyle, borçlu ile yapılan anlaşmanın geçersiz olduğundan bahsedilemez.

Bazen hal ve şartlar gereği borçlunun bu yöndeki savunmasının kabulü adil olmayan sonuçlara götürebilir. Kendi alacaklısı ile devir yasağı kararlaştıran borçlunun davranışının haksız fiil kapsamında görülmesi mümkün olabilir. Şöyle ki, TBK.m.49 (Art. 41 OR) hükmüne göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür (f. 1). Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür (f. 2). Borçlunun ileride do-

¹⁰⁷⁵ LARDELLI, s. 95.

¹⁰⁷⁶ LARDELLI, s. 95-96.

¹⁰⁷⁷ Alman Hukukunda devir sonrasında devretmeme anlaşması yapılmasının caiz olduğuna ilişkin olarak bkz. STAUDINGER/BUSCHE, § 399 N. 59; BGHZ 27, 306, 309=NJW 1958, 1281.

ğacak alacakların devredildiğini bildiği ve sırf devralana zarar vermek kastıyla devir yasağının kararlaştırıldığı hallerde, borçlu devir yasağına dayanamaz¹⁰⁷⁸. Bu durumda borçlu mevcut devir yasağına rağmen ancak devralana ifa etmekte borcundan kurtulabilecektir. Kendi alacaklısına yapacağı ifa onun borcunu sona erdirmeyecek, kötüniyetle hareket ettiği devralan tarafından ispatlanması halinde borçlu ikinci kez ifa yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır.

Borçlunun kendi alacaklısı ile devralan arasında ileride doğacak alacakların devri anlaşması yaptığını bilmesinin borçlu ile devreden arasındaki hukuki ilişkiyi ne ölçüde etkileyeceği tartışılmalıdır. Bir başka anlatımla borçlunun bu durumu bilmesi onun devredenle bir sözleşme ilişkisine girerken devir yasağı kararlaştırmasını engeller mi?

Konunun sözleşmelerin nisbiliği ve sözleşme özgürlüğü prensipleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanısındayım.

Henüz ortada bir borç ilişkisi mevcut değil iken devreden ve devralan arasında kurulan ileride doğacak alacakların devri sözleşmesi karşısında borçlu üçüncü kişi konumundadır ve sözleşmelerin nisbiliği gereği onun hakkında bağlayıcı olduğu söylenemez.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bakıldığında ise, bir borç ilişkisine girecek olan taraflar sözleşmenin kapsamını belirleme hususunda özgürdürler. Her ne kadar devreden bu hakkını devralanla yaptığı anlaşma ile kısıtlamış ise de, borçlu açısından bu geçerli değildir. Borçlu, karşısında sadece sözleşmenin karşı tarafını görmeyi arzu etmek ve üçüncü kişilerle muhatap olmayı istememek hakkına sahiptir. Bu halde ya bu talebi kabul edilecek ve sözleşme ilişkisine girilecek ya da salt devredenın önceki anlaşması sebebiyle anlaşma gerçekleşmeyecektir. Bu da devredenın sözleşme kuramaması nedeniyle tarafların zararına yol açabilecektir. Bu nedenle borçlunun alacağın devrini yasaklamak istemesi haklı görülebilecek bir taleptir.

Önceden devir esnasında henüz bir borç ilişkisi bulunmadığı takdirde, iyiniyetin korunması borcun varlığına ilişkin korumadan

¹⁰⁷⁸ Aynı yönde bkz. WALTER, Sicherungszession, s. 52; LARDELLI, s. 96.

farklı olarak alacağın doğumuna ilişkin değil, aksine borcun doğumundan sonra gerçekleştirilen ifa, sürenin uzatılması, ibra, sözleşmesel devir yasağı gibi devreden borçlu ile yaptığı ifaya yönelik eylemlere ilişkindir. Hali hazırda mevcut olan alacaklarda olduğu gibi ifaya yönelik eylemler ile hukuki işlemler birbirinden ayırilmelidir. İfa ya yönelik eylemler Art. 167 OR'deki (TBK.m.186-BK.m.165) koşullar altında devralana karşı geçerli iken, diğer hukuki işlemlerde Art. 169 OR (TBK.m.188-BK.m.167) hükmü uygulanır¹⁰⁷⁹.

bbb.Devir Anında Mevcut Olan Borç İlişkileri Bakımından Değerlendirme

Devir anında bir borç ilişkisinin mevcut olduğu hallerde alacağın doğacağı kuvvetle muhtemeldir. Mevcut borç ilişkisinde alacak bir şekilde doğacaktır. Burada alacağın doğup doğmadığından ziyade ne zaman ve ne miktarda doğacağı belirsiz olabilir.

Mevcut bir borç ilişkisi kapsamında ileride doğacak alacaklar devredilmiş ise, bu alacakların doğumu arzu edilmediği takdirde taraflar aktif davranışlarda bulunmak zorundadır. Alacağın doğumu bir yenilik doğuran hakkın kullanılması ile engellenebilir¹⁰⁸⁰. Örneğin bir kira sözleşmesinde dönemsel olarak kira alacakları doğacaktır. Kira sözleşmesinden kaynaklanan aylık kira paralarının devredilmiş olduğu durumda, her ay doğan kira paraları devralana ödenmek zorundadır. Bu alacağın devrinin doğal sonucudur. Ancak alacağın doğumu engellendiği takdirde devralana ödeme yapılmayacaktır. Alacağın doğumunu engellemenin yolu da bozucu yenilik doğuran haklardan olan fesih hakkının kullanılmasıdır.

Sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran hakların devrin öğrenilmesinden sonra kullanılmasının mümkün olup olmadığına değinmek gerekir. Borç ilişkisi devirden önce mevcut olduğundan dolayı yenilik doğuran hakların kaynağı da devirden önce mevcuttur. Bu nedenle devrin öğrenilmesi anı belirleyici değildir. Bunun sonucu olarak, borçlu alacağın önceden devrinin öğrenilmesine rağmen söz-

¹⁰⁷⁹ LARDELLI, s. 96-97.

¹⁰⁸⁰ LARDELLI, s. 98.

leşmeye ilişkin bir yenilik doğuran hakkı kullanarak devralana karşı etkili olacak şekilde alacağın doğumunu engelleyebilir¹⁰⁸¹.

Burada tartışılması gereken bir husus da, mevcut bir borç ilişkisi-
sinden doğacak olan alacakların önceden devredilmesi durumunda
borçlu ve devreden devralana karşı geçerli olabilecek şekilde ara-
larındaki sözleşmenin koşullarını değiştirmelerinin mümkün olup
olmadığıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, borçlu şayet devirden haberdar
değilse, iyiniyetin korunması çerçevesinde borçlunun sorumlu tu-
tulması mümkün değildir¹⁰⁸². Borçlu devirden haberdar olmadığını
belirterek, değiştirilmiş şartları devralana karşı ileri sürebilecektir.

Borçlunun devirden haberdar olması durumunda, devreden ile
borçlunun anlaşarak devralanın alacağı tutarı etkileyecek şekilde
sözleşme koşullarını değiştirip değiştiremeyeceği konusunda İsviç-
re’de somut bir olaya rastlanmadığı, ancak önüne gelen bir olayda
Alman Federal Mahkemesi’nin olumsuz yönde karar verdiği belir-
tilmektedir¹⁰⁸³. Alman Federal Mahkemesi devreden ile borçlunun
anlaşarak finansal kiralama (leasing) sözleşmesinde kira bedelinin
değiştirilmesini reddetmiştir¹⁰⁸⁴. Alman Federal Mahkemesi bir baş-
ka kararında taşınır eşya kiralarında süreli sözleşmenin kiralayanın
aylık olarak muaccel olacak kira paraları için karşı edim yükümlü-
lüklerini kira sözleşmesinin başında yerine getirmişse, vadesi gelmiş
kira paralarının ödenmesine ilişkin talep hakkının daha kira söz-
leşmesinin başında doğduğunu belirtmiş, bu halde ileride ödenmesi
gerekten (gelecekteki) kira paralarının daha sözleşmenin başında
doğan eski alacak olduğuna hükmetmiştir. Federal Mahkeme bu
kararında kiracının ikale anlaşması akdedildiği esnada devirden
haberdar olduğu takdirde, devreden ve kiracı arasında kurulan ikale
anlaşmasının devralana karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ LARDELLI, s. 98.

¹⁰⁸² LARDELLI, 99.

¹⁰⁸³ LARDELLI, s. 99.

¹⁰⁸⁴ BGHZ, 111, 84=NJW 1990, 1785.

¹⁰⁸⁵ BGH, 4 Kasım 2009 tarihli XII ZR 170/07 sayılı kararı. Somut olayda davacı
davalıdan devredilen haktan kaynaklanan kira bedelleri ve zararlarının tazminini

LARDELLI Alman Federal Mahkemesinin BGHZ, 111, 84 numaralı kararına şüpheyile yaklaşmaktadır. Sonradan ortaya çıkan ve ön-

talep etmişti. B&S davalı ile Ocak 2000 ve Şubat 2001 tarihleri arasında fotokopi makinelerine ilişkin olarak her biri 60 ay süre üzerinden 4 adet kira sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmeler akdetmişlerdi. Bu sözleşmelerin akdedilmesinden kısa bir süre sonra S&B ödemeye ilişkin talep haklarını ve sözleşme süresi sonundaki iadeyi talep haklarını davalıya devretmiş ve davacıyı da durumdan haberdar etmişti. Devam eden sürede Kasım 2004 ödemesi de dahil olmak üzere davalı ödemeleri davacıya yapmıştı. Davalı daha sonra ödemeleri durdurmuştu. 22 Eylül 2004 tarihinde B&S hakkında iflasın açılmasına karar verilmişti. İflas İdaresi sözleşmelerin süreleri sonuna kadar uygulanması konusunda davacıyı yetkilendirmişti. Davacı 31 Ağustos 2005 tarihli yazısıyla ödemede temerrüt nedeniyle sözleşmeleri önelsiz feshetmişti. Davacı davayla tüm sözleşmelere ilişkin Eylül 2005 tarihine kadarki henüz ödenmemiş bulunan kira bedelleri, protesto masrafları, sözleşme sonuna kadar işleyecek kira bedelleri ile makinelerin iade edilmemesi nedeniyle uğranılan zararlara ilişkin olarak toplam 22.352,48 Avronun ödenmesini talep etmişti. Davalı Ocak 2002 ve Mart 2004 arasında B&S ile anlaşma suretiyle sözleşmelerin ikale yoluyla sona erdirildiğinden dolayı davacının taleplerinin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. Davacı ise B&S'nin kira sözleşmeleri üzerindeki tasarruflarının BGB § 407 gereğince devralan olarak kendisine karşı geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Yerel mahkeme davayı kısmen kabul etmiş, istinaf mahkemesince istinaf talebinin reddi üzerine konu Federal Mahkemeye taşınmıştır. Davalının temyiz istemi reddedilmiştir. Federal Mahkeme bu kararında devredilen alacaklara ilişkin olduğu takdirde sözleşmenin sona erdirilmesinin geçersiz olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu halde BGB § 398 c.2 gereğince davacıya devir sonrasında artık B&S firmasının tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. B&S firmasının, devredilmelerinden sonra ileride doğacak kira alacaklar üzerinde tasarruf etmesinin mümkün olup olmadığı konusunda Federal Mahkeme, devirle hangi hakların davacıya intikal etmiş olduğuna bakılması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, devir sözleşmelerinin kurulduğu esnada müstakbel kira alacakları henüz mevcut değil idiyse, devir ancak bu alacakların doğduğu anda tamamlanmıştır. Bu durumda da ileride doğacak alacağı devreden devir sözleşmesinin akdedilmesi ile tasarrufun gerçekleşmesi arasındaki evrede karşılıklı tasarruflarla alacak yaratarak devralanın iktisap beklentisini zarar verip veremeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Müstakbel kira alacakları devir anında hali hazırda mevcut idiyse sorun yoktur. Çünkü devirle birlikte iktisap zaten gerçekleşmiştir. Davacı devir sözleşmesinin kurulmasıyla müstakbel kira alacaklarının alacaklısı olmuştur. Çünkü somut olayda vadesi gelmiş talep hakları daha kira sözleşmelerinin akdedildiği anda ortaya çıkmış, ancak henüz muaccel olmadığından talep edilememektedir. Kiralayan kiralanan eşyayı kiracıya teslim etmiş, kendi edimini yerine getirmiştir. Federal Mahkeme davalının devirden haberdar olduğu gerekçesiyle BGB § 407 hükmüne de dayanamayacağına hükmetmiştir

(<http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=04.11.2009&Aktenzeichen=XII%20ZR%20170/07>).

ceden öngörülemeyen şartlar sözleşmenin uyarlanmasını gerektirebilir¹⁰⁸⁶. Bankacılık uygulamasında kredi alınırken teminat gösterilmesi istenmekte, özellikle uzun süreli sözleşmelerden doğacak alacaklar teminat amaçlı devredilmek suretiyle kredi alınmaktadır. Kendilerine alacak devredilen bankalar alacağın devredildiğini borçluya bildirmekte ve alacağın mevcut olduğuna ve üzerinde haciz ve başkaca sınırlama bulunmadığına dair teyit yazısı almaktadır. Bankaya verilen bu yazının devredilen alacağın bankaya karşı garanti edilmesi olarak algılanmaması, aksine alacağı devreden ile borçlu arasında bir borç ilişkisi bulunduğu ve bunun kapsamı hakkında devreden tarafından devralana verilen bilgilerin teyit edilmesi olarak görülmelidir¹⁰⁸⁷. Şimdi sırf devreden ile aralarında uzun süreli bir sözleşme ilişkisi bulunduğu ve bu sözleşme ilişkisi kapsamında doğacak alacaklar devredilmiş olduğu için, sözleşmenin tarafları sözleşmeyi yeni koşullara uyarlayamayacak mıdır? Örneğin TBK.m.307 hükmüne göre, kiracı, kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların varlığı hâlinde, bu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süre için, kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını isteyebilir. Kira bedelinden orantılı indirim yapılması hakkı bulunan bir kiracı sırf kira alacaklarının devredilmiş olmasından dolayı kiralayanla anlaşarak kira parasının uyarlanmasını isteyemeyecek midir? Gene uzun süreli bir borç ilişkisinde borçlunun mali yapısında yaşanan olumsuzluklardan dolayı sözleşmedeki birim fiyatlarda indirime gidilmesi gerektiği, aksi halde sözleşmeye devam edilememesi riski doğduğu hallerde sırf alacaklar devredilmiş olduğu için tarafların sözleşme özgürlüğü kısıtlanmış mı olacaktır?

Alacağın toptan devir yapılmadan önce de dayanağı mevcut olmasına ve bundan dolayı borçlunun öğrenmesinden sonra artık devralanın aleyhine olarak değiştirilememesine rağmen, sözleşme taraflarının borç ilişkisini değiştirebilmeleri caiz olmak gerekir. Gene taraflar örneğin sözleşmeyle bağlantılı bir yenilik doğuran hakkın kullanılması yoluyla borç ilişkisini ortadan kaldırabilecekleri

¹⁰⁸⁶ LARDELLI, s. 99.

¹⁰⁸⁷ Aynı yönde bkz. VON TUHR/ESCHER, s. 369. Aksi görüş için bkz. SPREETZ/BURRI, Art. 167, N. 6. BUCHER, OR AT, s. 565, dn. 110.

gibi sözleşmede uyarılma da yapabilmelidirler. Devreden alacağın devriyle tasarruf yetkisini kaybetse de, borç ilişkisinin hâkimi olarak kalmaya devam eder. Bu tam tersine devralanın Art. 167 OR (TBK.m.186) anlamında bildirim ile sadece devredilen alacağa ilişkin olarak korunacağı ve borçlunun henüz doğmamış alacağı önceden ifa etmesi ya da devreden borçluya mehil vermesi (sürenin uzatılması), ibra etmesi ya da devir yasağı kararlaştırmasından sakılabilmesi anlamına gelir. Ancak bu koruma alacakla sınırlı olarak görülmeli ve borç ilişkisini kapsayacak şekilde genişletilmemelidir¹⁰⁸⁸.

Alacak hakkı sözleşme ilişkisinin bütününe oluşturmaz. Bir sözleşme ilişkisi bir çok unsuru içerir. Alacak bu kalemlerden sadece biridir. Alacağın devredilmesiyle devralan borç ilişkisinin tarafı haline gelmemektedir. İrade serbestisi borçlar hukukunu biçimlendiren en önemli prensiplerdendir. Yasakoyucu borç ilişkisinin diğer tarafı olan borçlunun rızası olmaksızın alacağın devrinin mümkün olduğunu düzenlemiştir. Alacağın devrinin borç ilişkisinin bütününde tarafların hareket serbestisini ortadan kaldırdığının kabulü halinde irade serbestisi kısıtlanmış olacaktır. Gene bu halde alacağın devri müessesesine başvuru azalacaktır. Alacağın devri halinde hareket serbestisi ortadan kalkacak olan sözleşme tarafı alacağın devrini yasaklamak isteyeceklerdir. Kanaatimce, alacağın devredilmiş olması sözleşmenin taraflarının özgürlüklerini sınırlayamaz. Sadece alacağın devredildiği bildirildiği takdirde, haklı bir neden olmaksızın devralanın alacağını elde etmesine engel olacak şekilde tasarrufta bulunamamaları gerekir.

Mevcut borç ilişkilerinde alacağın önceden devredildiği hallerde kendisine alacağın devredildiği bildirilmeyen borçlunun iyiniyeti korunur. Bu kapsamda sürenin uzatılması (öteleme), ibra, sözleşmesel devir yasağı, sulh gibi hukuksal işlemler alacağın devredildiğine dair bildirimden öğrenilmesinden önce gerçekleştiği takdirde, devralana karşı da ileri sürülebilir. Devirden haberdar olunması sonrasında yapılan bu tarz işlemler ise devralana karşı artık ileri sürülemez^{1089 1090}.

¹⁰⁸⁸ LARDELLI, s. 99.

¹⁰⁸⁹ LARDELLI, s. 100; MEDICUS, s. 345.

¹⁰⁹⁰ TBK.m.186 sadece borçlunun eski alacaklıya (devredene) ifa sonucunda borçtan kurtulmasını düzenlemekte ise de, eski alacaklı tarafından borçlunun ibra edilmesi ya da eski alacaklı tarafından takas beyanında bulunulması suretiyle borcun sona

II-Borçlu İle Devralan İlişkisinden Kaynaklanan Savunma İmkânları

Alacağın devrine ilişkin düzenlemelerde borçlunun korunması amaçlanmıştır. Bundan dolayı borçlunun hukuksal durumuna ilişkin kurallar devirle bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Alacağın devri ile bir borç ilişkisine yabancılık unsuru girmiş olmaktadır. Devirle birlikte artık borçlunun alacaklısı konumundaki kişi değişmektedir. Bu nedenle yasa yapma tekniği bakımından borçlunun devirden dolayı dezavantajlı hale gelmemesi için gerekli olduğu ölçüde ve kapsamda bir düzenlemeye yer verilebilirdi ki, Yasakoyucu da bunu yapmıştır.

Kural olarak alacağı devralan ile borçlu arasında –devir öncesinde- bir alacaklılık-borçluluk ilişkisi bulunmamakta, devir ile birlikte bu yönde bir hukuksal ilişki doğmaktadır. Ancak devredilen alacağın kaynaklandığı borç ilişkisinden bağımsız olarak devralan ile borçlu arasında da herhangi bir borç ilişkisi bulunması ve bu borç ilişkisi kapsamında karşılıklı alacaklılık-borçluluk durumu ortaya çıkması mümkündür¹⁰⁹¹.

Borçlu devralan ile aralarındaki borç ilişkisinden dolayı alacaklı durumda ise, devralan da alacağın devri ile borçluya karşı farklı bir hukuksal sebepten dolayı alacaklı haline gelmiş olur. Bu halde farklı hukuksal nedenlerden kaynaklanan karşılıklı alacaklar ya da farklı bir ifade ile borçlar söz konusudur.

Devralana karşı alacaklı olan borçlunun, devir ile kendi alacaklısı konumuna gelen devralana karşı takas hakkına ilişkin genel hükümler (TBK.m.139 vd.) çerçevesinde takas beyanında bulunmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle borçlu genel hükümlere göre takas koşulları mevcut olduğu takdirde, kendi alacağı ile devralanın –devir yolu ile elde ettiği- alacağını takas edebilir. Borçlunun devralana karşı olan takas hakkı genel hükümlere tabi olduğundan TBK.m.188, f. 2'deki koşullar burada uygulanmayacaktır. Bu nedenle takas edilecek alacağın devir yoluyla devralanın edindiği alacaktan önce mi yoksa sonra mı muaccel hale geldiğinin herhangi bir önemi yoktur. Burada sadece TBK.m.139 vd. hükümlerinde düzenlenen koşulların mevcut olup olmadığına bakılacaktır.

erdiği hallerde de bu hükmün kıyasen uygulanması kabul edilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 555; VON TUHR/ESCHER, s. 359).

¹⁰⁹¹ Özellikle devralan ve borçlunun aynı yerde ve aynı sektörde faaliyet göstermesi halinde böylesi bir duruma sıkça rastlanabilir.

Bazen sırf devralan-borçlu ilişkisinde bir takas imkanı oluşması için alacağın devri yoluna gidildiği, böylesi bir durumun hakkın kötüye kullanılması olarak görülemeyeceği ifade edilmektedir¹⁰⁹². Ancak burada devralanın, borçlunun devredene karşı olan borcuna değil, kendi aralarındaki ilişkiden kaynaklanan kendi borcuna ilişkin olarak takas ileri sürebileceğine dikkat edilmelidir¹⁰⁹³.

Borçlunun devralan ile aralarındaki ilişkideki takası kabil alacağının yanı sıra, devredenle olan ilişkide de takası kabil bir alacağı var ise, her iki alacak birbiri ile takas edilebilir. Öncelik prensibine göre ilk olarak hangisi takası ileri sürmüştü ise o geçerlidir. İlk olarak devralan takas ileri sürmüştü devredilen alacak borçlunun devralana karşı sahip olduğu alacakla takas edilmiş olacaktır. Buna karşın ilk olarak borçlu devredene karşı takas ileri sürmüştü, bu halde devralana karşı sahip olduğu alacağı varlığını sürdürür¹⁰⁹⁴.

Borçlunun devralana karşı kendi aralarındaki ilişki kapsamında ileri sürebileceği tek savunma hakkı takas hakkı değildir. Feragat, ibra ve erteleme vs. gibi savunmalar da borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülebilir. Devralanın hukuksal eylemleri ancak bu yeterince yasallığı kanıtlanabildiği ölçüde etkisini gösterir. Örneğin temerrüde düşürüldükten sonra devreden tarafından imzalanan devir belgesi sunulduğu takdirde, devralan önceki zaman dilimi için borçludan gecikme faizi talep etme hakkına sahip değildir¹⁰⁹⁵.

III-Devreden-Devralan İlişkisinden Kaynaklanan Savunmalar

Alacağın devri geçerli olduğu takdirde artık kural olarak borçlu sadece yeni alacaklıya ifada bulunarak borcundan kurtulabilir. Prensip olarak borçlu devreden ile devralan arasındaki ilişkiden kaynaklanan savunma araçlarını devralana karşı ileri süremez¹⁰⁹⁶. Alacağın devri işlemi geçersiz olduğu takdirde devreden alacaklı sıfatını korumaya devam eder ve devralan alacaklı hale gelmez. Bundan dolayı borçlunun devir işleminin (te-

¹⁰⁹² LARDELLI, s. 137.

¹⁰⁹³ LARDELLI, s. 137.

¹⁰⁹⁴ LARDELLI, s. 137.

¹⁰⁹⁵ LARDELLI, s. 137.

¹⁰⁹⁶ ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 60;

mel ilişkinin değil) geçerli olup olmadığını kontrol etmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁷.

Kural olarak devralan ile devreden arasındaki ilişkiler borçluyu ilgilendirmez. Borçlu devreden ile devralan arasındaki temel hukuki ilişkinin geçerli olup olmadığını araştırmak zorunda değildir. Temel ilişki geçersiz olsa dahi borçlunun devralana yapacağı ifa onu borcundan kurtarır¹⁰⁹⁸.

Borçlu temel ilişkideki geçersizliği biliyor ise, bu halde devralana yapacağı ifanın onu borçtan kurtarmayacağı; temel ilişkinin geçersiz olduğunu bilen borçlunun bu hükümsüzlüğü devralana karşı ileri sürebilmesi, hatta ileri sürmek zorunda olduğu savunulmaktadır¹⁰⁹⁹. Bu görüşe göre, bu konuda kanunda bir açıklık olmamakla birlikte, TBK.m.187, f. 2 (BK.m.166, f.2)'deki alacağın çekişmeli olduğunu bildiği hâlde ifade bulunan borçlunun bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olması yönündeki düzenlemesinden bu sonuca varılmaktadır. Buna göre, henüz ortada bir çekişme olmasa da, devir işlemi çekişme doğuracak bir temel işleme dayanıyor ve bu durum borçlu tarafından da biliniyor ise, bu halde borçlunun bunu devralana karşı ileri sürebilmesi kanunun amacına uygun düşer¹¹⁰⁰¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁷ BK-BECKER, Art. 164, N. 49. Yazar, borçlunun bu kapsamda devir belgesine göz atması gerektiğini belirtmektedir. Gene Art. 88 OR'nin (TBK.m.103) kıyasen uygulanmasıyla devir belgesinin –kendisini eski alacaklıya karşı savunabilmesi için– borçluya verilmesi gerektiği ifade edilmektedir (BK-BECKER, Art. 164, N 50). BGB § 410 bunu devir belgesinin onaylı bir kopyasının teslim edilmesi şeklinde düzenlemiştir.

¹⁰⁹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 254.

¹⁰⁹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 254. Aynı yönde bkz. GUHL/KOLLER, § 34 N. 9.

¹¹⁰⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 254-255. Yazarlar, bu çözüm tarzının alacağın devrinin borçlu bakımından mutlak olarak değil, ama nisbi olarak soyut bir işlem sayılması gerektiğini ortaya koyduğunu ifade etmektedirler (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255).

¹¹⁰¹ JAEGGI, ye göre, prensip olarak borçlu gerek devredenle devralan arasındaki temel ilişkiye, gerekse doğrudan doğruya alacağın devrine dayalı bir savunma ileri süremez (JAEGGI, Zur Rechtsnatur der Zession, s. 6 vd.). İsviçre Federal Mahkemesine göre, JAEGGI'nin bu düşüncesi sadece şekil bakımından geçerli devirler bakımından değer ifade eder (BGE 105 II 83). TEKİNAY, her iki görüş de

Devreden ile devralan arasındaki temel ilişkinin irade bozukluğu nedeniyle sakat olması durumunda, borçlu bu yönde bir savunma ile ifayı reddedemez ise de, devreden iptal hakkını kullanması halinde borçlu buna dayanabilir¹¹⁰².

Burada önem arz edebilecek olan husus, alacağın devri tasarruf işlemi ile alacağın geçerli olarak devralana aktarılmış olup olmadığı ve devralanın borçluya karşı alacaklı konuma geçip geçmediğidir.

1.Devrin Geçersiz Olduğu Savunması

a.Genel Olarak

Alacağın devri bir sözleşme olduğundan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin esaslara tabidir. Taraflar arasında dahi geçerli olmayan bir devir sözleşmesinin geçersizliğini borçlunun devralana karşı ileri sürüp sürmeyeceği incelenmelidir. Gene taraflar alacağın devrini temel işlemin geçerliliğine bağlamış ise, devrin geçerli olmamasının borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği sorununda, temel işlemin geçerli olup olmadığı önem arz eder¹¹⁰³.

Devri geçersiz kılan bir sebebin bulunması durumunda bunun ileri sürülebilmesinin mümkün olduğu, bunun devrin hukuki yapısına bağlı olmadığı hususunda her iki teori (soyutluk-nedensellik) taraftarları hemfikir¹¹⁰⁴.

Devir işlemi geçersiz ise borçlu bunu devralana karşı ileri sürebilir ve ileri sürmelidir de. Tasarruf yetkisinin bulunmaması, fiil ehliyetsizliği,

katılmadıklarını, borçlunun hiçbir şekilde devreden ve devralan arasındaki ilişkiden doğan savunma imkanlarını hiçbir şekilde ileri sürememesinin devralanın hukuki durumunun haksız şekilde iyileştirilmesi anlamına geleceğini belirterek, sorunun çözümünde borçlunun iyiniyetinin esas alınması gerektiğini ve borçlunun kendisine bildirilen savunma imkanlarını ileri sürmek ya da alacağı tevdi etmek yoluna başvurusu gerektiğini savunmaktadır (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255, dn. 15b).

¹¹⁰² SPR-REETZ/BURRI, Art. 169 N. 17; GUHL/KOLLER, § 34 N. 9. Yazarlar burada taraflar arasında tek yanlı bağlamazlık söz konusu olduğunu ve sadece ilgili tarafın sahip olduğu iptal hakkı olduğunu belirtmektedirler (GUHL/KOLLER, § 34 N. 9).

¹¹⁰³ LARDELLI, 104.

¹¹⁰⁴ LARDELLI, s. 104-105; BK-BECKER, Art. 164, N. 51.

devrin yazılı şekilde yapılmamış olması bu kabildendir¹¹⁰⁵. Alacağın mevcut olmaması da devrin geçersizliğine yol açan bir husus olarak görülmektedir¹¹⁰⁶.

Bazı geçersizlik nedenleri sadece tasarruf işlemi ile ilişkili olabilirken, bazıları ise hem tasarruf işleminde, hem de temel işlemde ortaya çıkabilir. Örneğin tasarruf yetkisinin bulunmaması halinde temel işlem geçerliliğini sürdürürken, bu olumsuzluktan sadece devir işlemi etkilenir¹¹⁰⁷.

İsviçre’de Federal Mahkeme¹¹⁰⁸ ve hâkim görüş¹¹⁰⁹, borçlunun tasarruf işleminin geçersiz olduğuna hiçbir kayıtlama olmaksızın dayanabileceği yönündedir. Devrin geçersiz olması durumunda devralanın alacaklı sıfatını kazanamaması ve bundan dolayı dava hakkının doğmaması bu görüşe gerekçe olarak gösterilmektedir¹¹¹⁰.

Devralan alacağı devraldığını, bu suretle alacaklı konumuna geçtiğini ispatla yükümlüdür. Bu ispat olgusu da yazılı devir belgesinin sunulması ile gerçekleşmiş olacaktır¹¹¹¹. İspat yükünün devralanda olması nedeniyle bir tasarruf işleminin kurulduğunu ve devir belgesinin gerçekliğini ispat etmek devralana düşer¹¹¹². Bundan dolayı borçlu devralandan alacağın devredildiğine ilişkin devir belgesinin sunulmasını isteyebilir ve bu belge kendisine sunulmadığı sürece devralana ifadan kaçınabilir. Borçlunun gerekli ispat aracının sunulmamış olması nedeniyle devralana ifada bulunmaması halinde borçlu temerrüdü gerçekleşmiş olmaz¹¹¹³. Devralan gerçekte hak sahibi olsa da, ispat yükümünü yerine getirememiş olmasının sonuçlarına katlanmalıdır. Borçlu devralanın kimliğini ibraz etmesini

¹¹⁰⁵ BK-BECKER, Art. 164, N. 51; UZUN KAZMACI, s. 145; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 554 vd.

¹¹⁰⁶ UZUN KAZMACI, s. 144.

¹¹⁰⁷ LARDELLI, s. 105.

¹¹⁰⁸ BGE 123 III 60, 62=Pra 86 Nr. 107; 116 II 253 Erw. 3=Pra 79 Nr. 212; BGE 105 II 83, 84; BGE 50 II 393.

¹¹⁰⁹ BUCHER, OR AT, 556; VON TUHR/ESCHER, s. 361 vd.; KUMMER, s. 114 vd.; BK-BECKER, Ar. 164, N. 51.

¹¹¹⁰ LARDELLI, s. 106.

¹¹¹¹ BGE 123 III 60, 62; LARDELLI, s. 106.

¹¹¹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 3696; SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 7; BUCHER, OR AT, s. 566.

¹¹¹³ BUCHER, OR AT, s. 565.

isteyebilmeli ve hatta istemelidir. Gene devir belgesi veya onaylı örneğinin devralandan istemelidir¹¹¹⁴. Borçlu salt alacağın kendisine devredildiğine dair devralanın iddiası ile yetinmemelidir¹¹¹⁵. Gene bu halde alacaklının alacağın devredildiğine ilişkin somut onayı da yeterli görülmek gerekir¹¹¹⁶.

Devralanın alacağın devrini ispat edememesi halinde buna bağlanan sonuç onun hukukunu etkileyeceğinden ispatın ne şekilde olması gerektiğine de değinmek gerekir. Adi yazılı bir devir beyanı yeterli midir yoksa borçlu imzaların resmi mercilerce onaylandığı bir devir belgesinin ibrazını isteyebilir mi?

Kanun alacağın devrinin geçerliliğini yazılı olması şartına bağlamıştır. Resmi yazılı bir devir belgesi olmasa da alacağın devri geçerlidir. Ancak devrin geçerli olması ile devir belgesindeki imzanın sıhhatinin ispatı farklı şeylerdir. Gerçeğe aykırı düzenlenen bir adi yazılı devir sözleşmesinin ibrazı üzerine ifada bulunan borçlu, daha sonra kendi alacaklısı tarafından ifa talebi ile muhatap olması durumunda devir belgesinin sahte olmasının sonuçlarına katlanacak ve tekrar ifa ile yükümlü olacaktır. Bu nedenle borçlunun devir sözleşmesindeki imzanın devredene ait olduğunu tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kendisine resmi yazılı bir devir sözleşmesi sunulmasını isteme hakkı bulunmalıdır¹¹¹⁷. Borçlunun

¹¹¹⁴ ZK-SPIRIG, Art. 167, N 31; KOLLER, Guter Glaube und böser Glaube, N. 702; BUCHER, OR AT, s. 265; BGE 88 II 25. Aksi yönde görüş için bkz. VON TUHR/ESCHER, s. 360.

¹¹¹⁵ ZK-OSER/SCHOENENBER, Art. 167, N. 3; ZK-SPIRIG, Art. 167, N. 31; VON BUEREN, OR AT, s. 330.

¹¹¹⁶ KOLLER, Guter Glaube und böser Glaube, N. 702; ZK-SPIRIG, Art. 167, N 31.

¹¹¹⁷ Bu görüşümüze karşı kanunun adi yazılı şekli geçerlilik için yeterli saymasına rağmen, borçlunun resmi yazılı devir beyanı aramasının kanunun ruhu ile bağdaşmadığı eleştirisi getirilebilir. Borçlar Kanununun sistemine bakıldığında sözleşmelerin geçerliliği için aksine bir düzenleme getirilmediği sürece sözlü anlaşmaların geçerli olduğu görülecektir. Buna karşın belirli değeri aşan sözleşmelerin davalarda ancak yazılı olarak ispat edilebileceğinin Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlendiği de vakıadır. HMK.m.200 hükmüne göre, “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz”. Kanun nezdinde sözlü olarak akdedilmesi halinde dahi geçerli olan bir hukuki işlemin belli bir değeri geçmesi halinde kesin delille ispatlanması zorunluluğu olan

özel durumlar gereği devrin geçerliliği konusunda şüpheye düşmesi halinde, devrin ispatı ona düşmez¹¹¹⁸.

Ancak devir sözleşmesinin borçlunun huzurunda akdedilmesi halinde devredenin imzasının sıhhatinden şüphe duyulamayacağından, bu halde borçlunun devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde olmasını gerekçe göstererek devralana ifadan kaçınma hakkı bulunmayacaktır.

Alman Hukukunda BGB § 410 hükmüne göre, borçlu yeni alacaklıya karşı sadece önceki alacaklı tarafından düzenlenen alacağın devrine ilişkin belgenin teslimi karşılığında ifa ile yükümlüdür. Böylesi bir belge sunulmadan yapılan ve borçlu tarafından gecikmeksizin itiraz edilen ihtar ve fesih geçersizdir (BGB § 410 Abs. 1). Önceki alacaklının alacağın devrini borçluya yazılı olarak bildirdiği hallerde bu kurallar uygulama alanı bulmaz (BGB § 410 Abs 1).

Alman Hukukundaki bu kuraldan esinlenilerek borçlu tarafından ileride açılacak bir davada delil olarak kullanılabilecek belgelerin sadece ibrazı değil, tesliminin de gerekli olduğu İsviçre Hukukunda da savunulmaktadır¹¹¹⁹.

Devir işleminin geçersizliği bazen bir yenilik doğuran hakkın kullanılması ile ortaya çıkabilir. Alacağı devreden veya devralan tarafından bir yenilik doğuran hakkın kullanılması nedeniyle devir sözleşmesinin geçersizleştiği hallerde böylesi bir durum söz konusudur. Bu durumda sözleşmenin geçersiz hale gelmesi borçlunun dışında gelişen bir olgudur. Ancak buna rağmen, bu halde borçlu devir sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürebilecektir. Ancak dikkat edilmelidir ki, devir sözleşmesinin ge-

bir sistemde, imzaların sıhhati bakımından borçlunun geçerli bir adi yazılı devir sözleşmesine rağmen imzaların sıhhatinden emin olmak açısından resmi yazılı şekil talep etmesi yadırganmamak gerekir. Borçlunun imzaların sıhhatini yargılaması ve herkese karşı ileri sürülebilir bir karara, yargıya varması mümkün değildir ve bu riskin borçlu üzerinde bırakılmasını haklı kılacak bir sebep yoktur. Borçlu için borcu ifa edeceği kişinin şahsının bir önemi yoktur. Onun için önemli olan hak sahibi olan kişiye ifada bulunmak ve borcundan kurtulmaktır. Alacağı devreden bizzat huzurunda imza ettiği bir ödeme talimatı ya da alacağın devredildiğini resmi yollarla bildirdiği hallerde alacağın devrinin ispatlanmasına gerek kalmayacağından, hukuksal tartışmaların önüne geçilmesi için alacağın devrinin devreden tarafından borçluya yukarıda belirtilen şekillerde bildirilmesi faydalı olacaktır.

¹¹¹⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 167, N. 15; SPR-REETZ/BURRI, Art. 167, N. 7; BGE 88 II 25.

¹¹¹⁹ BUCHER, OR AT, s. 566.

çersizliğini doğurabilecek bir yenilik doğuran hakkın mevcut olması yeterli değildir. Devir sözleşmesinin geçersizliğini doğuracak olan yenilik doğuran hakkın bizzat bu hakka sahip olan kişi tarafından kullanılarak devir sözleşmesinin iptal edilmiş olması gerekir. Borçlu hak sahibini bu hakkı kullanmaya zorlayamayacağı gibi, bu hakkı kullanmak istemeyen ilgili hak sahibinin bunu ileri sürmediği hallerde bu yönde irade eksikliğine dayanamaz¹¹²⁰. Kanaatim bu yönde olmakla birlikte, İsviçre öğretisinde devir sözleşmesini sona erdirmeye imkanını yeterli gören görüşün de mevcut olduğunu belirtiriz¹¹²¹.

b.Devrin Geçerliliğini Etkileyebilecek Çeşitli Durumlar

aa.Devir İşleminin Hukuksal İşlemlerin Geçerliliğine İlişkin Kurallar Çerçevesinde Ayıplı Bulunduğu Savunması

Alacağın devri bir hukuksal işlem olması itibarıyla, hukuksal işlemlerin geçerliliğini etkileyen kurallara tabidir. Bu alacağın devrinin hukuksal işlem ile gerçekleşmesinin doğal ve zorunlu bir sonucudur.

Devreden ile devralan arasında gerçekleşen alacağın devrine ilişkin hukuksal işlemin geçerliliğini etkileyen hususlar borçlu tarafından devralana karşı da ileri sürülebilir.

Alacağın devrinin devreden ile devralan arasında kurulan bir sözleşme olması sebebiyle Türk Borçlar Kanununun sözleşmelerin kurulmasına, geçerliliğine, sona ermesine vs. ilişkin genel hükümleri alacağın devri hakkında da uygulanacaktır. Alacağın devrinin geçerliliğini etkileyebilecek bu hususlar borçlu tarafından devralana karşı savunma olarak ileri sürülebilecektir.

Geçerli bir sözleşme kurulabilmesi için tarafların (devreden ve devralan) fiil ehliyetlerinin bulunması gerektiği şüphesizdir. Bu yönde bir eksiklik bulunduğu takdirde devir işleminin geçerliliği tartışmalı hale gelecektir ve bu husus da borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülebilecektir.

¹¹²⁰ LARDELLI, s. 110.

¹¹²¹ VON TUHR/ESCHER, s. 361.

aaa.Fiil Ehliyetinden Yoksunluk

Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir (TMK.m.9). Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır (TMK.m.10)¹¹²².

Hukuksal işlemleri bizzat gerçekleştirmek için işleme taraf olan kişilerin fiil ehliyetine sahip olmaları gerektiği açıktır. Hukuk sistemimizde ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı esası benimsenmiştir (TMK.m.15)¹¹²³. Kendi fiilleriyle hukuksal işlem kuramayacak olan tam ehliyetsizler yönünden yasal temsilcinin devreye girmesi söz konusudur (TBK.m.16)¹¹²⁴.

Konu alacağın devri işlemi bakımından değerlendirildiğinde taraflara göre bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Alacağın devrinde bir hakkı devreden, bir malvarlığı değeri üzerindeki hakkını sona erdiren taraf alacağı devredendir. Bu nedenle devrede-

¹¹²² Fiil ehliyetine ilişkin ayırımlar için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 317 vd.

¹¹²³ TMK.m.15 hükmüne aykırılığın yaptırımını konusunda klasik ve modern olmak üzere iki görüş mevcuttur. Klasik görüşü benimseyenlere göre TMK.m.15 metninde hukuksal işlem ifadesine yer verilmemiş olması karşısında burada hakim öğreti (VON TUHR, OR AT, s. 188; SAYMEN, s. 122; SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s. 195) ve mahkeme kararları (Yarg. 3. HD. 19.06.1958, 4448/3830, TİK 28.07.1941, 4/21 Sicili Kavanin, c. 22, s. 570 vd.) kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) bulunduğu yönündedir. Buna göre tam ehliyetsiz tarafından gerçekleştirilen hukuksal işlem geçerli değildir ve tam ehliyetsiz kişi, onun yasal temsilcisi, karşı taraf ve her iki yanın mirasçıları tarafından bütün ilgililerce ileri sürülebilir. Bunun ileri sürülmesi herhangi bir süreye de bağlı değildir. Hukuksal işlemin yasal temsilcisinin onay vermesi ile de geçerli hale gelmesi mümkün değildir. Yapılan işlemin tam ehliyetsizin lehine olması da sonucu değiştirmez (SCHWARZ, s. 195; bahse konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 323). Modern görüş ise, MK.m.15 hükmünün katı biçimde uygulanmaması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre maddenin lafzına sıkı surette bağlı kalmak hükmün ruhuna (özüne) de aykırıdır. Tam ehliyetsizlerin hiçbir şekilde kendi fiilleriyle hak ve borçlar doğuramamalarında asıl saik onların korunmasıdır. Bu nedenle burada kesin hükümsüzlükten ziyade bir iptal kabiliyeti bulunduğu bahsedilmektedir (GÜRAL* –AKİPEK- Jale, Hükümsüzlük, s. 170). Yargıtay'ın da yavaş yavaş klasik görüşten uzaklaşma eğiliminde olduğu ifade edilmektedir (AKİPEK/AKINTÜRK, s. 325-326). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 322 vd.).

¹¹²⁴ “Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir” (TMK.m.16/f.1).

nin fiil ehliyetini etkileyen durumlar devralana kıyasla özel önem arz etmektedir.

Devreden tam ehliyetsiz -yani ayırt etme gücünden yoksun- ise, yaptığı devir işlemi geçersizdir¹¹²⁵. Tam ehliyetsiz kişinin kendi fiilleri ile hukuksal ilişkiler kurması mümkün değildir. Tam ehliyetsiz kişi adına onun yasal temsilcisi –veli ya da vasisi- alacağın devri sözleşmesi akdedebilir. Ancak burada alacağın devrinin edim karşılığı olup olmadığına dair bir ayırım yapmak gerekir. Alacak bir edim karşılığı devrediliyorsa yasal temsilci tam ehliyetsiz adına devir işlemini gerçekleştirebilir. Alacağın devri bağışlama amacı taşıyor ise –causa donandi- bu halde TMK.m.449 hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalı, alacağın devri ile bağışlanan tutar önemli bağışlama sayılabilecek nitelikte ise alacağın devri geçersiz sayılmalıdır. Vesayet altındaki kişiye yönelik olan bu madde velayet altındaki tam ehliyetsiz kişi açısından da uygulanmak gerekir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı alacağı devrettiği takdirde yaptığı hukuksal işlem askıda hükümsüzdür. Yasal temsilcisi tarafından onay verildiği takdirde askıda hükümsüz olan işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Aksi halde askıda hükümsüzlük hali kesin hükümsüzlüğe döner.

Ehliyet sınırlaması temel işlemin yapılmasından sonra ortaya çıktığı takdirde –örneğin temel işlemin kurulmasından sonra devredenin vesayet altına alınması halinde- devreden yasal temsilcisinin muvafakati olmaksızın alacağı devralana geçiremez¹¹²⁶. Ancak bu halde temel işlem –kurulduğu anda ehliyet sorunu bulunmadığından dolayı- geçerliliğini sürdürür. Borçlu burada devredenin ehliyetsizliğine dayanabilir ve devralana karşı devrin geçerli olmadığı, aktif husumetin bulunmadığı savunmasını ileri sürebilir¹¹²⁷.

Henüz doğmamış alacağın devredilmiş olması halinde, fiil ehliyetinin varlığı ne zaman aranmalıdır? Devir işleminin yapıldığı sırada fiil ehliyetinin varlığı yeterli midir yoksa alacağın doğduğu anda da fiil ehliyetinin varlığı aranmalı mıdır?

¹¹²⁵ LARDELLI, s. 110.

¹¹²⁶ LARDELLI, s. 111.

¹¹²⁷ LARDELLI, s. 111.

Henüz doğmamış bir alacağın devrinde fiil ehliyetinin sadece tasarruf işleminin yapıldığı sırada bulunması gerekli ve yeterlidir. Daha sonra meydana gelen ehliyetsizlik geçerli olarak meydana gelmiş devir işleminin geçerliliğini etkilemez¹¹²⁸¹¹²⁹.

Devralanın ehliyetsizliği açısından durumu değerlendirecek olursak; devralan ayırt etme gücünden yoksun ise, devredenden alacağı edinmiş olmaz. Devralanın ayırt etme gücünden yoksun olması sebebiyle hem borçlandırıcı işlem, hem de tasarruf işlemi geçersizdir. Kendisine başvuru rulan borçlu devralanın ayırt etme gücünden yoksunluğu nedeniyle devrin geçersizliği savunmasında bulunabilir.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda yasal temsilcilerinin rızalarını almaksızın hukuksal işlemler kurabilirler (TMK.m.16/f.1, c. son). Bu açıdan bakıldığında ayırt etme gücüne sahip olan kimsenin karşılıksız kazandırma ile bir alacağı devralıp devralamayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Bu soru ancak borçlandırıcı temel işleme dayanılarak cevaplandırılabilir. Burada tasarruf işlemi olarak alacağın devri etkisizdir. Yani hukuksal yapısı ve temel işlemin geçerliliğinden bağımsız olarak karşılıksız olmayan yarar elde edilemez¹¹³⁰. Hukuksal dayanaktan yoksun devir durumunda, devralan alacağı edinmekle birlikte, devredene karşı sebepsiz zenginleşmeden dolayı sorumlu olabilir. Bu halde gerçek anlamda bir karşılıksız kazanmadan bahsedilemeyeceğinden, sınırlı ehliyetsiz sadece edim karşılığı olmayan devir durumunda gerçekten bir yarar elde edebilecektir¹¹³¹.

Sınırlı ehliyetsiz devralanın karşılıksız kazanması söz konusu olmayan hallerde alacağın devri yasal temsilcisinin rızasına bağlıdır. Yasal temsilcinin işlem yapılırken rıza göstermesi ya da yapılan işleme daha sonradan onay vermesi durumunda alacağın devri işlemi geçerli olacaktır.

Fiil ehliyeti bulunmayan bir kişinin alacağını devretmesi halinde yaptığı devir işlemi geçersiz olup, fiil ehliyetinden yoksunluğun daha

¹¹²⁸ VON TUHR/ESCHER, s. 349; LARDELLI, s. 111; BUCHER OR AT, s. 546.

¹¹²⁹ Devredenin ölümü halinde de hukuksal durum aynıdır. İleride doğacak alacağı devrettikten sonra devredenin ölmesi devir işleminin geçerliliğine etki etmez (LARDELLI, s. 111, dn. 505).

¹¹³⁰ KUMMER, s. 117; LARDELLI, s. 111-112.

¹¹³¹ BUCHER, OR AT, s. 294; BK-BUCHER, Art. 19 ZGB, N. 178 vd.

sonra ortadan kalkması sakat olan tasarruf işleminin geçmişe etkili olarak düzelmesini sağlamaz¹¹³².

bbb.Alacağı Devreden Tasarruf Yetkisi Bulunmaması

Alacağın devri bir tasarruf işlemidir ve bu sebeple alacağı devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmalıdır¹¹³³. Bu nedenle alacağı devredebilecek olan kişi alacaklıdır. Müşterek bir alacak söz konusu ise tüm alacaklılar birlikte devredebilir. Alacaklı ya da alacaklılar ya bizzat ya da yetkili temsilcileri vasıtasıyla alacağı devredebilirler¹¹³⁴.

Bir hak üzerinde, onu devretme, yükümlendirme, değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisi bulunan kimse tasarruf hakkı sahibidir¹¹³⁵.

Tasarruf yetkisinin doğrudan kullanılabilmesi için kural olarak fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. Tam ehliyetli olan kişi üzerinde hak sahibi olduğu alacağına ilişkin olarak hukuksal sınırlar içerisinde dilediği tasarrufta bulunabilir.

Tam ehliyetli olmayanlar doğrudan tasarrufta bulunamazlar. Tam ehliyetli olmayanların adına tasarruf yetkisi onların temsilcilerindedir.

Tasarruf yetkisi bir alacağın devredilebilir olup olmadığından farklı bir husustur. Bir alacağın devredilebilir olup olmadığı alacağın bizzat kendisi ile ilgili bir durumu ifade eder. Alacak hakkı sahibinin kim olduğu burada önemsizdir¹¹³⁶.

Devredilmesi mümkün olan bir alacak üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı halde, alacaklısı tarafından devredildiği takdirde devir işlemi batıldır. Kimse sahip olduğundan daha fazlasını devredemeyeceği için, gerçekte devredilmiş bir şey yoktur. Tasarruf sınırlamaları salt devir sözleşmesinin tarafları arasında değil, aksine mutlak surette herkese karşı ileri sürülebilir şekilde etki ettiğinden borçlu da tasarruf yetkisinin bulunma-

¹¹³² VON BUEREN, OR AT, s. 315; BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 21.

¹¹³³ VON TUHR/ESCHER, s. 331.

¹¹³⁴ VON TUHR/ESCHER, s. 331.

¹¹³⁵ BUCHER OR AT, 45, 548; GAUCH/SCHLUEP/REY, N. 3451; ZK-SPIRIG, Art. 164, N. 63; LARDELLI, s. 112.

¹¹³⁶ Alacağın devredilebilir olup olmadığı konusunda asıl borç ilişkisi belirleyicidir. Devreden tasarruf yetkisi bulunmasına rağmen alacak devredilebilir bir alacak olmayabilir (BUCHER, OR AT, s. 566). Aksi yöndeki görüşler için bkz. LARDELLI, s. 112, dn. 511'de belirtilen yazarlar.

dığı savunmasını ileri sürebilir^{1137/1138}. Burada devredenin tasarruf yetkisi bulunmadığı konusunda devralanın iyiniyetli olup olmadığı hukuksal sonucu değiştirmez. Devralan devredenin tasarruf yetkisini bilmiyor veya bilebilecek durumda olmasa dahi borçlu bu eksikliği devralana karşı ileri sürebilecektir.

Borçlunun devir yasağını içermeyen yazılı borç tanımına güvenilecek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremeyeceğine ilişkin TBK 183/f. 2 (BK.m.162/f. 2-Art. 164, Abs. 2 OR) istisnadır. Devredilemeyeceği kararlaştırılmış olmasına rağmen yazılı bir borç tanımında bu kısıtlamaya yer vermeyen borçlu bu tercihinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Yazılı bir borç tanımı içeren belge düzenleyen borçlu bu tarz bir belge düzenlemekle üçüncü kişilere karşı bir güven oluşturmuştur. Yasakoyucu bundan dolayı burada borçluyu korunmaya

¹¹³⁷ LARDELLI, s. 113.

¹¹³⁸ “Asıl dava, vekalet ücreti alacağının tahsili istemine, birleşen dava ise, bu ücretin dayanağı olan "icra dosyası alacağının temliki" konusundaki, davalılar arasında yapılmış olan "sözleşmenin iptali" istemine ilişkin olup, mahkemece alınan bilirkişi raporu gereğince, gerek müvekkilin ödemesi gereken, gerekse karşı tarafa yüklenen vekalet ücretinin toplamı üzerinden, asıl davada, davalılardan K. A.yönünden hüküm kurulmuş, birleşen davanın ise reddine karar verilmiştir. Oysa ki Avukatlık Kanununun 164. maddesinin son iki cümlesinde. "Dava sonunda kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." Hükmü mevcut olup, buna göre avukata ait olduğu açıkça belirtilen, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyecek ve haczedilemeyecek olan "karşı taraf vekalet ücreti"nin, üçüncü kişiye temlik de edilemeyeceğinin kabulü gerekir. Müvekkilin, avukatın yasadan kaynaklanan bu alacağını üçüncü kişiye temlik etmesi, açıkça yasaya aykırı olduğundan hüküm ve sonuç doğurmaz. Dava konusu olayda da, davalı müvekkil K. A., Mersin 1. İcra Müdürlüğünün 2005/120 esas sayılı dosyasındaki 80.028,00 TL alacağını, "tahakkuk etmiş veya edecek tüm faiz ve tüm ferileriyle birlikte" diğer davalı R. Z.'e temlik etmiş olup, temlik edilen alacak içinde, takibi vekil sıfatı ile yürüten davacı avukata ait" karşı taraf vekalet ücreti" de bulunduğundan, temlik sözleşmesi bu yönüyle geçersizdir. O halde birleşen davada , 26.11.2007 tarihli temliknamenin, "karşı taraf vekalet ücreti" miktarı olan 7.161,68 TL ile sınırlı olmak üzere geçersiz olduğunun tespitine, asıl dava yönünden de aynı nedenle, davacıya ödenmesi gereken 7.161,68 TL "karşı taraf vekalet ücreti"nin, her iki davalıdan müteselsilen tahsiline karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususlar göz ardı edilerek, birleşen davanın ve R. Z.'e karşı açılan asıl davanın tümüyle reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (Yarg. 13. HD., 28.11.2011 T., 2010/15034 E. 2011/10280 K. s.11 ilamı).

değer görmeyip, üçüncü kişilerin iyiniyetine öncelik tanımıştır. Öğretide bir kısım yazarlar sonraki devreden ile devralan arasında bir devir yasağı kararlaştırılmış olan ard arda devirlerde bu hükmün uygulama alanı bulamayacağı görüşündedirler. Buna göre TBK.m.183/f. 2 (Art. 164, Abs. 2 OR) hükmü sadece yazılı borç tanınması borçlusunun ilk devredenle olan sözleşmesine güvenen devralanı korumaktadır¹¹³⁹. Aksi görüşe göre ise, bu hüküm sonraki devir yasaklarını da kapsamaktadır. Çünkü asli borçlunun dahli olmaksızın oluşturulan belgeleri incelemesi ve sözleşmeye dayalı bir devir yasağı bulunup bulunmadığını kontrol etmesi devralandan beklenemez¹¹⁴⁰. Bu son görüşün kanunun lafzı ve alacakların mobil olması yönündeki devir amacıyla uyumlu olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴¹.

Öğretide bir kısım yazarlar önceki devralanın devir yasağı içermeyen yazılı borç tanınmasına güvenerek devralmış olması halinde, devir yasağından haberdar olan veya başkaca sebeplerle iyiniyetli olduğundan bahsedilemeyecek olan sonraki devralanın da TBK.m.183/f. 2 (Art. 164, Abs. 2 OR) hükmüne dayanabileceği görüşündedirler¹¹⁴². Böylesi bir düzelici etkinin devir hukukunun borçlunun korunmasına ilişkin amacıyla bağdaşmadığı ve kanunun lafzından bu sonucun çıkmadığı gerekçesiyle bu görüş eleştirilmektedir¹¹⁴³. İsviçre Federal Mahkemesi yazılı borç tanınmasının sahte olması durumunda da Art. 164, Abs. 2 OR hükmünün uygulanmayacağı görüşündedir¹¹⁴⁴.

Tasarruf sınırlamaları nedeniyle alacağın devrinin sakat olması bir mutlak geçersizlik anlamına gelmez. Devir işleminin daha sonra düzelmesi mümkündür. TBK.m.46 hükmü gereğince yetkisiz temsil hükümleri çerçevesinde gerçek tasarruf yetkisi olan kişinin bu devri onaması (icazet vermesi) halinde geçersizlik kendiliğinden düzelir (TBK.m.46-BK.m.38)¹¹⁴⁵.

Tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle devrin geçersiz olmasına rağmen, daha sonradan devre konu alacak üzerinde tasarruf hakkı elde edilmesi

¹¹³⁹ BUCHER, OR AT, s. 541; KELLER/SCHOEBI, IV, 59.

¹¹⁴⁰ VON TUHR/ESCHER, s. 347.

¹¹⁴¹ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 58.

¹¹⁴² VON TUHR/ESCHER, s. 348; BUCHER, OR AT, s. 543.

¹¹⁴³ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164, N. 58.

¹¹⁴⁴ BGE 88 II 422, 426 E. 2c.

¹¹⁴⁵ LARDELLI, s. 113; STEINER, s. 22.

ile de ileriye etkili olarak devrin düzeleceği öğretide ifade edilmektedir¹¹⁴⁶. Bu konuda mirasçının miras bırakana ait bir alacağı henüz onun sağlığında devretmesi ve devirden sonra mirası doğuran olayın gerçekleşmesi durumu örnek olarak gösterilmektedir. Henüz hayatta olan birinin ileride mirasçısı olabilecek kişi, miras bırakanı henüz hayatta iken ona ait bir alacağı devrettiği takdirde, bu devir tasarruf yetkisi bulunmaması nedeniyle geçersizdir. Ancak devir işleminden sonra mirasbırakanın ölümü halinde artık mirasçı –koşullarının varlığı halinde- alacak üzerinde tasarruf yetkisini kazanmış olur. Yapıldığı anda tasarruf yetkisi bulunmaması nedeniyle geçersiz olan devir işleminin bu halde artık ileriye etkili olarak kendiliğinden düzelerek geçerli hale geleceği kabul edilmektedir¹¹⁴⁷. Hukukumuz açısından sorun değerlendirildiğinde; bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunda belirleyici olan an işlemin gerçekleştiği zaman dilimidir. Alacağın devredildiği anda, devreden tasarruf yetkisi bulunmadığından devir işlemi geçersizdir. Devreden daha sonra alacak üzerinde tasarruf hakkı elde etmesi işlemi kendiliğinden geçmişe etkili olarak geçerli hale getirmez¹¹⁴⁸. Alacağın devrinin daha sonradan alacak üzerinde tasarruf yetkisinin kazanılmasıyla kendiliğinden ileriye etkili olarak geçerli hale geleceğini kabul etmenin hukuk sistemimiz dâhilinde mümkün olmadığı kanısındayım. Borçlu bu halde alacağın devrinin geçersiz olduğunu devralana karşı ileri sürmek suretiyle ifadan kaçınabilir. Miras bırakanın ölümüyle alacak üzerinde tasarruf hakkını elde eden mirasçının, alacağın devredildiğini daha sonra borçluya bildirmesi halinde borçlunun ifa etmesi gerekecektir. Bu halde devreden alacağın devredildiğini borçluya bildirmesi yetkisiz temsilcinin işleminin onaylanması benzeri bir durumdur. Bu halde artık alacağın devrinin geçmişe etkili olarak geçerli olması gerektiği kanaatindeyim.

Tasarruf yetkisindeki sakatlık devir anında mevcut olabileceği gibi daha sonra da ortaya çıkabilir.

Devredilecek alacağın gerçekte mevcut olmadığı hallerde, devreden daha en başta tasarruf yeteneği yoktur. Örneğin bir alacağı danışıklı surette devraldığı için hiçbir zaman alacağı edinememiş

¹¹⁴⁶ LARDELLI, s. 113; STEINER, 22.

¹¹⁴⁷ STEINER, s. 22.

¹¹⁴⁸ STEINER de mirasçılık sıfatının kazanılması ile alacağın geçmişe etkili olarak devredildiğini savunmamakta, devir işleminin ileriye etkili (ex nunc) olarak geçerli hale geleceğini ifade etmektedir (s. 22).

olan görünüşte devralanın daha sonra alacağı bir başkasına devretmesi halinde, sonraki devrin devreden tasarruf hakkı bulunmaması nedeniyle geçersiz olduğu durumda baştan tasarruf yeteneği bulunmadığı söylenebilecektir¹¹⁴⁹. Baştan tasarruf yeteneğinin bulunmamasına ilişkin örneklerin çoğaltılması mümkündür.

Bir alacağın birden fazla defa devredilmesi vs. durumunda daha sonradan ortaya çıkan tasarruf ehliyetsizliğinden bahsedilebilir. Öncelik prensibine göre sadece ilk devir geçerlidir. Burada belirleyici olan devir işleminin tamamlandığı andır. Alacağın devri devir belgesinin düzenlenmesi ile tamamlanmış olmaz. Alacağın devri örtülü de olsa devralanın kabulü ile tamamlanır¹¹⁵⁰. Alacağın devri konusunda tarafların anlaşmasına rağmen yazılı şekle uyulmamış ise, bu halde zaten alacağın devri gerçekleşmiş olmaz. Başta yazılı şekle uyulmamasına rağmen bu eksikliğin daha sonradan giderilmesi durumunda, alacağın devri şekil şartının yerine getirildiği anda gerçekleşmiş olur¹¹⁵¹¹¹⁵². Teorik de olsa bir alacağın aynı anda iki ayrı devralan tarafından devralındığı bir vakianın pratikte hiç görülmediği, ancak böylesi bir durumda her iki devralanın alacak üzerinde elbirliği şeklinde hak sahibi olması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵³. Bir alacak üzerinde birden çok kişinin elbirliği suretinde hak sahibi olması halinde durum özellik arz eder. Elbirliği (iştirak) halinde alacaklılar ancak alacaklıların tamamının muvafakati halinde

¹¹⁴⁹ LARDELLI, s. 114.

¹¹⁵⁰ EREN, s. 1232; LARDELLI, s. 114.

¹¹⁵¹ VON TUHR/ESCHER, s 336; LARDELLI, s. 114, dn. 519.

¹¹⁵² 01.01.2012 tarihinde (A), (B)'deki 1.000 TL tutarındaki alacağını (C)'ye devretme konusunda sözlü olarak anlaşmasına rağmen, 02.01.2012 tarihinde bu defa aynı alacağı yazılı şekil şartına uyarak (D)'ye devrediyor. İlk olarak anlaştığı (C)'ye ise alacağın devredildiğini belirtir yazılı devir beyanını 03.01.2012 günü düzenleyerek teslim ediyor. Bu örnekte (C) ile yapılan sözleşme zamansal olarak daha önce olmasına rağmen, şekil eksikliği ile sakat olduğundan ve şekil eksikliğinin giderildiği zaman dilimi, (D) ile yapılan devir sözleşmesinden sonra gerçekleştiğinden burada (D)'nin hakkı korunacaktır.

¹¹⁵³ LARDELLI, s. 114. Eş zamanlı olarak iktisap eden kişiler devredilen alacağı ifaya yönelik ya da bağışlama amaçlı devir halinde kişi sayısına göre, ifa yerine devir halinde ise kendi alacaklarının devredilen alacağa uygun düşen oranında paylaşmalıdırlar (ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art 164-174 N. 116).

tasarrufa ehildirler¹¹⁵⁴. Müteselsil bir alacak tüm müteselsil alacaklıların muvafakati olmaksızın devredilmiş ise, bu halde devralan alacak üzerinde tek başına hak sahibi haline gelmeyip, müteselsil alacaklılardan biri haline gelir¹¹⁵⁵.

Tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamalar cebri icradan da kaynaklanabilir. Borcundan dolayı bir malvarlığı değeri haczedilen kişinin artık haczolunan üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunamaz. Hacizle onun tasarruf hakkı sınırlanmıştır.

Genel hükümlere göre takibe muhatap olan borçlunun taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları haczedilebilir.

İİK.m.86 menkul malların haczi halinde, iyiniyet kurallarına göre hacizli taşınır mal üzerinde üçüncü kişilerin edindiği hakların, hacizden kaynaklanan hakları ihlal ettiği ölçüde batıl olduğunu düzenlemiştir. Burada batıl olan tasarrufların sadece tasarruf işlemleri olduğu, hacizli mal üzerinde borçlandırıcı işlemlerin yapılabileceği ifade edilmektedir¹¹⁵⁶¹¹⁵⁷. “Alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar hakkında” başlıklı İİK.m.89/f.1’de “Hâmiline ait olmıyan veya ciro su kabil bir senede müstenit bulunmıyan alacak veya

¹¹⁵⁴ ZK-SPIRIG, Art. 164, N. 64; LARDELLI, s. 114.

¹¹⁵⁵ BUCHER, OR AT, s. 570.

¹¹⁵⁶ KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1988, C. I, s. 646.

¹¹⁵⁷ İİK.m.86 hükmüne göre, “Borçlu, alacaklının muvafakati ve icra müdürünün müsaadesi alınmaksızın mahcuz taşınır mallarda tasarruf edemez. Haczi koyan memur hilâfına hareketin cezai mesuliyeti müstelzim olduğunu borçluya ihtar eder.

Haczedilmiş olan taşınır mal üzerinde üçüncü şahsın zilyedlik hükümlerine dayanarak iyi niyetle iktisabet ettiği haklar saklıdır.

İyi niyet kaidelerine aykırı olarak mahcuz taşınır mal üzerinde üçüncü şahsın iktisabet ettiği haklar, alacaklının hacizle o mala taallük eden haklarını ihlâl ettiği nispette bătıldır”. Kanunun bu hükmü Art. 96 SchKG ile uyumludur. Art. 96 SchKG İİK.m.96’dan farklı olarak alacaklının muvafakatinden bahsetmemiş, sadece icra dairesinin onayını alma şartını düzenlemiştir. Ancak her halde alacaklının muvafakatinin alınması İsviçre hukuku açısından da geçerli olacaktır.

sair bir talep hakkı veya borçlunun üçüncü şahıs elindeki taşınır bir malı haczedilirse icra müdürü; borçlu olan hakikî veya hükmi şahsa ***bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödiyebileceğini ve takip borçlusuna yapılan ödemenin muteber olmadığını*** veya malı elinde bulunduran üçüncü şahsa bundan böyle taşınır malı ancak icra dairesine teslim edebileceğini, malı takip borçlusuna vermemesini, aksi takdirde malın bedelini icra dairesine ödemek zorunda kalacağını bildirir” denmektedir. Kanun hükmü gereği alacak üzerine haciz konulduğunun borçluya bildirilmesinden sonra borçlu bir tek icra dairesine ödeme yapmakla borcundan kurtulabilecektir. Madalyonun diğer tarafından bakıldığında aynı menkul mal haczinde olduğu gibi, alacak üzerine haciz konulduktan sonra alacaklının artık alacağı üzerinde hacizle bağdaşmayacak işlemlerde bulunması mümkün değildir¹¹⁵⁸. Alacağın devri bir tasarruf işlemi olduğundan haczolunan alacağın bir başkasına devredilmesi halinde bu devir işlemi geçersiz sayılacaktır.

Haczedilmiş alacak üzerinde alacaklı tarafından bir tasarruf işlemi gerçekleştirildiğinde icra hukukuna ilişkin geçersizlik ya da nisbi (göreceli) geçersizlik söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵⁹¹¹⁶⁰. Borçlunun durumu icra hukuku kurallarına göre belirlenir. Borçlu haciz kendisine bildirildikten sonra, daha sonraki devralana ödeme yapmakla borcundan kurtulamaz. Ona mutlaka devrin geçersiz olduğu savunması imkanın tanınmalıdır. Bu halde borçlu devrin geçersiz olduğu savunmasını ileri sürebilecek ve alacağın haczedilmiş olduğu gerekçesiyle devralana karşı ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Devrin geçersiz olduğu savunması dogmatik olarak, devrin sadece haciz alacaklılarına karşı geçersiz olması şeklinde icra hukuksal nisbi geçersizlikle çelişir. Bundan dolayı haciz alacak-

¹¹⁵⁸ 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun 3. maddesinde alacakları menkul olarak nitelemiştir.

¹¹⁵⁹ ZK-SPIRIG, Vorbem zu Art. 164-174, N. 157; LARDELLI, s. 116.

¹¹⁶⁰ Borçlunun durumuna gelince; kendisine haciz bildirilen borçlunun alacaklıya ödeme yapması onu borcundan kurtarmaz. İİK.m.89/f.1 gereğince alacaklıya yapılan ödeme muteber değildir. Haczin bildirilmesine rağmen alacaklıya ödeme yapan borçlu ikinci kez icra müdürlüğüne ödemekle yükümlüdür. Haczin borçluya bildirilmesinden önce, borçlunun alacaklıya ödeme yapması halinde borçlu borcundan kurtulur.

hıllarının haklarını ihlal ettiğı takdirde, hacizden sonra gerçekleşen devrin mutlak surette geçersiz olarak nitelenmesi gerektiğı ifade edilmektedir. Bu halde devralan iyiniyetli de olsa alacağı edinmiş olmaz¹¹⁶¹. Buna karşın haciz alacaklılarının hakları ihlal edilmediğı takdirde, alacağın devrinden sonra alacağın haczedilmesi durumunda, borçlunun devralana ödeme yapmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir¹¹⁶².

Haciz tarihinden önce devredilmiş bir alacak söz konusu ise, bu halde artık alacağın devri ile devredenin alacaklılık sıfatı ortadan kalktığından haczedilmesi mümkün bir alacağın varlığından bahsedilemeyecektir¹¹⁶³.

Devredilmiş alacağın haczedilmesi mümkün değildir. Henüz doğmamış bir alacağın devri halinde de durum böyledir¹¹⁶⁴. Alacak hacizden önce devredilmiş olmasına rağmen, icra müdürlüğü tarafından alacağın haczedildiğı borçluya bildirildiğı takdirde, borçlu nasıl hareket etmelidir? İsviçre Hukukunda borçlunun icra hukukuna dayalı şikayet hakkını kullanarak kendisinin savunabileceğı¹¹⁶⁵, alacak üzerindeki hak sahipliğı tartışmalı ise borçlunun Art. 168 OR

¹¹⁶¹ LARDELLI, s. 115-116.

¹¹⁶² LARDELLI, s. 116; BGE 95 III 9, 10; BGE 41 II 135; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 170; VON TUHR/ESCHER, s. 349.

¹¹⁶³ "Davacı banka; dava dışı N.. İnşaat Ltd.Şti'nin davalı İ.. Demir Çelik A.Ş'den doğmuş ve doğacak istihkak alacaklarından 200 milyon TL'lık kısmını 30.7.1998 tarihli temlik almıştır. Davalı SSK ise 22.9.1998 tarihinde N.. İnşaat Ltd.Şti'nin İ.. A.Ş'deki istihkak alacağının 12.229.601.034 TL'lık kısmını haczetmiş ve durumu İ.. A.Ş'ye bildirmesi üzerine İ.. A.Ş'de uyuşmazlık konusu olan miktar için tevdi mahalli tayin ettirmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, tevdi mahallinde bulunan miktarın kime ait olacağı konusundadır. BK.nun 163.maddesi gereğince alacaklının alacağının yazılı şekilde temlik etmesi ile alacak, borçlunun malvarlığından çıkarak alacaklının malvarlığına girmiş olur. Bu durumda davalı SSK.'u ancak temlik olunan miktarı aşan istihkak mevcut olduğu takdirde uyguladığı haciz, temlik olunan miktarı aşan kısım yönünden geçerli olur. İflas halinde adi ve rehinli alacakların sırasını gösteren İİK.nun 206.maddesinin olayda uygulama yeri yoktur. Mahkemece; bu yönler gözetilerek davanın kabulüne karar vermek gerekir iken, yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiştir" (Yarg. 11. H.D., 18.10.1999 T., 1999/5922 E.-1999/7936 K. s.lı ilamı).

¹¹⁶⁴ LARDELLI, s. 116; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 184.

¹¹⁶⁵ ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 173.

anlamında tevdi mahalli tayini istemesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁶⁶.

Alacağın devrinin haciz işleminden önce mi yoksa sonra mı gerçekleştiği tartışmalı ise, bu halde bu yönde bir araştırma yapılması gerekir. Borçlu ekseriya bunu tespit edebilecek konumda olamayacağından alacağın tevdiini mahkemeden talep etmesi onun yararına olacaktır. Alacağın aidiyeti konusunda açılacak bir davada mahkemece hangi işlemin önce gerçekleştiği tespit edilerek sonucuna göre karar verilecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere, devredilmiş alacağın haczi mümkün değildir. Bu sebeple borçlu kendisine ulaşan haciz bildirimine rağmen borcunu icra dairesine ödemeyip, yeni alacaklıya ifada bulunmakla borcundan kurtulur. Kendisine yapılan devir bildirimine rağmen borcunu icra dairesine ödediği takdirde yanlış kişiye ifa etmiş sayılacak ve devralana karşı ifa sorumluluğu devam edecektir¹¹⁶⁷. Alacağın devri kendisine bildirilen borçlu devir söz-

¹¹⁶⁶ ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 175.

¹¹⁶⁷ "Davalı vekili, davacının temliknameye ilişkin ihtarının dava dışı şirket tarafından gönderilen 1.haciz ihbarnamesinden sonra geldiğini, temliknamedeki imzaların sıhhatinin bilinmediğini, bu nedenle ödemenin icra dosyasına yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davacının temlik aldığı alacağı davalıya gönderilen 1.haciz ihbarnamesi ve davalının icra dairesine ödeme beyanının yapıldığı tarihten önce bildirdiğinin ispatlanamadığı, davalı temlik borçlusunun bu alacağı dava dışı alacaklının alacağına karşılık icra dosyasına ödemiş olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava, temlik olunan alacağının tahsili istemine ilişkindir. Davaya konu 24.04.2003 tarihli temlikname kapsamında dava dışı şirketin davalı şirketten olan alacağı davacı şirkete temlik edilmiş olup, temlikname üzerinde davalı şirkete ait kaşe ve imzanın da bulunduğu görülmektedir. Davaya konu temlikname davalı şirket aleyhine başlatılan icra takibi ve haciz işlemlerinden önce düzenlenmiş ise de, temliknamenin davalı şirkete ihbar edilmesi haciz işlemlerinden sonra gerçekleşmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı şirketin davaya konu temliknameden kendisi aleyhine başlatılan icra takibinden önce haberdar olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Her ne kadar temliknamenin davalıya ihbarı haciz işlemlerinden sonra gerçekleşmesi nedeniyle, davalı şirketin temliknameye konu alacağı icra dosyasına ödemesinde bir usulsüzlüğün bulunmadığı düşünülebilirse de, davacı şirket tarafından, temliknamenin düzenlenmesi üzerine, geçerliliğinin denetlenmesi amacıyla davalı şirkete götürülerek teyit alındığı iddia edilmiş ve temliknamede davalı şirkete atfen atılan imza ile haciz ihbarnamesindeki

leşmesinde en geç devrin bildirildiği tarihte alacağın kendi alacaklısının malvarlığından çıkıp yeni alacaklının malvarlığına geçtiğinden hareket etmelidir. Bu yönde hareket eden borçlu devralana ödeme yaptığı gerekçeyle sorumlu tutulamaz¹¹⁶⁸. Aksine geçerli bir devir

imza ve bu dosyada dava dilekçesini tebliğ alan imzaların aynı kişiye ait olduğu dosya kapsamından belirlenmiştir. O halde mahkemece, davacının bu iddiası üzerinde durularak, imza ve kaşenin davalı şirketi bağlayıcılığının araştırılması suretiyle hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir" (Yarg. 11. H.D., 09.10.2006 T., 2005/9230 E.-2006/9937 K. s.lı ilamı).

¹¹⁶⁸ "Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Adana Asliye 4. Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 11.5.1976 gün ve 1976/230-599 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 3.4.1978 gün ve 1978/1927-4400 sayılı ilamı: (...Hüseyin Pehlivan adlı şahıs davalı D.S.İ. İdaresinin müteahhididir ve idarenin bu sıfatla bazı işlerini yapmayı yükümlenmiştir. Hüseyin Pehlivan idareden olan 300 bin TL. alacağını 24.12.1973 gününde Mehmet Akyollar adlı kişiye Noter belgesi ile temlik etmiş ve aynı günlü dilekçe ile temliknameyi göndermek suretiyle durumu D.S.İ. 6. Bölge Müdürlüğüne bildirmiştir. Borçlar Kanununun 162. maddesi hükmünce davalı idareden alacaklı olan Hüseyin Pehlivan borçlu durumundaki idarenin rızasını almaksızın 300 bin TL. alacağını Mehmet Akyollar'a temlik etmekle, bu alacak konusunda artık davalı idare ile alakasını kesmiş, Mahmut Akyollar davalıdan alacaklı duruma girmiştir. Bundan sonra davacı 3.2.1974 gününde borçlusu Hüseyin Pehlivan aleyhine haciz yolu ile tahsile tevessül etmiş ve bu arada davalı idareye İcra İflas Yasasının 89. maddesine dayanarak 2.3.1974 gününde haciz ihbarnamesi göndermiştir. İdare anılan Yasanın 89. maddesindeki açık hükme uyarak ihbarnamenin tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde ve 5.3.1974 tarihinde durumu bütün açıklığı ile İcra Dairesine bildirmiş ve aynen (Hüseyin Pehlivan'ın idarede olan 300 bin TL. alacağını 24.12.1973 günlü temlikname ile ve aynı günlü dilekçe ile Mahmut Akyollar'a temlik ettiğini, 300 bin TL.nın 126.447,14 TL. sınan Mahmut Akyollar'a ödendiğini, idarenin daha 173.352,86 TL. borcu kaldığını, ayrıca 3. İcra Memurluğunun 1974/411 sayılı dosyası ile 10 bin TL. lık bir haczin daha mevcut olduğunu, temlik edilen alacak dışında davacı borçlusu Hüseyin Pehlivan'ın idarede 906.097,71 TL. lık nakit teminatının bulunduğunu 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 83. maddesi hükmünce Sigorta ile ilişkisinin kesildiğine dair belgenin idareye verilmemesi nedeni ile teminatların çözülemediğini ve bu durumda ne gibi bir işlem yapması gerektiğinin İcra Dairesine bildirilmesini istediğini) aynen intikal ettirmiş ve daha sonra 25.3.1974, 6 Aralık 1974 27.9.1974 - 9.5.1975 günlü yazıları ile aynı durumu daha geniş ve dayanaklar göstermek suretiyle İcra Dairesine bildirmiş ve böylece davalı idarenin, İcra İflas Yasasının 89. maddesinin kendisine yüklediği bütün yasal yükümlülük ve sorumlulukları yerine getirdiği anlaşılmıştır. Bu durumda ve mevcut temlik nedeni ile davalı idarenin yapacağı başka bir işlem yoktur. Haciz işlemi idarece gözönüne alınmıştır. İleride teminatların çözülmesi durumunda davacı,alacağını tahsil edebilecek vaziyettedir.

bildirimine rağmen icra müdürlüğüne ödeme yapan borçlu devralana karşı sorumlu olur¹¹⁶⁹. Ancak burada üzerinde durulması gerekli bir husus da haczin tarihinin ne olduğudur? İcra Müdürlüğü tarafından haciz kararı alındığı tarih mi yoksa haczin borçluya bildirildiği tarih mi borçlu tarafından esas alınacaktır? Somutlaştırmak gerekirse 01.06.2013 günü icra müdürlüğü tarafından alacaklının borçlu nezdinde bulunan alacağın haczine karar verilmiş, alacaklı

O halde davanın anılan nedenlerle reddine karar verilmek gerekirken, Yasanın 89. maddesi ile idarenin işlemlerinin yanlış yorumlanması ve değerlendirmesi sonucu ödetme kararı verilmesi bozmayı gerektirir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki belgelere, gösterilen gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır" (Yarg. HGK., 21.01.1983, 1982/4-670 E.-1983/17 K. s.lı ilamı).

¹¹⁶⁹ "(...) Alacaklı müteahhidin, davalı Köy-İşleri Bakanlığındaki alacağını davacı bankaya temlik etmesi ile artık o alacak üzerinde bir hakkı kalmamıştır. Bu durumu gözönüne alarak, davalının, haciz ihbarnamesinin tebliği üzerine 6183 sayılı Kanunun 79. maddesinin buyruğu gereğince bildirimde bulunması gerekli idi. Davalının bu yolda gitmeyip davacıya geçmiş olan bir alacağı vergi dairesine ödemesi davacıya, karşı olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu yön gözetilmeden kanuna uymayan düşüncelerle davanın reddi doğru değildir" (...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki kağıtlara, dayandığı gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır" (Yar. HGK., 16.03.1979 T., 1977/13-367 E.-1979/267 K.).

ise hacizden haberdar olmaksızın alacağını 02.06.2013 günü devretmiş ve aynı gün borçluya bildirilmiş olsun. Alacağın haczedildiğine ilişkin tebligat ise 03.06.2013 günü borçluya tebliğ edilmiş olsun. Bu halde borçlu ifa zamanı geldiğinde kime ya da nereye ifa etmelidir? Bu soruya verilecek cevap haczin ne zaman etkisini göstereceği sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. Haciz icra müdürü tarafından karar alındığı anda etkisini doğuracak ise bu halde artık alacaklının tasarruf yetkisi kısıtlandığından devir geçersiz olacaktır. Haciz etkisini borçluya tebliğ ile doğuracaksa bu halde alacağın devri geçerli olarak doğmuş olacaktır.

Kanaatimce alacağın haczine karar verildiği anda alacaklının artık alacak üzerindeki tasarruf hakkı sona erer. İcra müdürlüğünce alacağın haczine karar verildikten sonra, haciz kararı borçluya tebliğ edilmiş olsun olmasın yapılan devir tasarruf yetkisi eksikliğinden dolayı geçersiz sayılmalıdır. Böylesi hallerde alacağın devrinin geçerli olup olmadığından ziyade haczin öğrenilmesinden önce devralana ifada bulunulması halinde borçlunun sorumlu tutulup tutulmayacağı ve kendisine ifa edilen devredilenden istirdadının mümkün olup olmadığı önem arz eder. Haciz kararından habersiz olarak devralana ifada bulunan borçlunun durumu doğrudan TBK.m.186'daki iyiniyetle ifada bulunan borçlunun korunması kapsamında görülemez. Çünkü bu halde geçerli bir devir işlemi söz konusu olmalı ve borçlu devirden haberdar olmaksızın eski alacaklısına ifada bulunmuş olmalıdır. Borçlunun durumu TBK.m.186 kapsamında değerlendirilemese de, bu düzenlemenin kıyasen uygulanarak borçlunun sorumlu tutulmaması mümkün görülmek gerekir. Örnek olayda 02.06.2013 günü devralana ifada bulunan borçlunun icra müdürlüğüne tekrar ifada bulunmakla yükümlü tutulmaması gerekir. Ancak devralan açısından bakınca ise o iyiniyetli olsa dahi, kendisine yapılan devir hacizli alacaklının haklarını haleldar ettiği ölçüde icra müdürlüğüne iade ile yükümlü tutulmak gerekir. Devrin edim karşılığı olması, devraldığı alacak karşılığında devredene bir kazandırmada bulunmuş olması sonucu değiştirmemelidir. Bu halde devredene kazandırdığı edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri isteyebilir.

Devredilen alacağa ilişkin olarak haciz ihbarnamesinin borçluya ulaştığı hallerde, borçlu devrin daha önceki tarihli olması nedeniyle devralana ifade bulunması halinde sorumlu tutulamayacaktır. Ancak bu durum devrin geçerli olduğu hallerde söz konusudur. Devrin geçersiz olması durumunda devralana ifade bulunan borçlu riski üzerine almış olacaktır¹¹⁷⁰. Bu sebeple kendisine haciz ihbarnamesi ulaşan borçlu riske girmemek adına TBK.m.187 hükmü kapsamında tevdi yeri tayini isteyebilir. Bu yönde hareket etmesi onun lehine olacaktır.

Uygulamada muvazaalı devirler yapılarak borçlulardan mal kaçırılma yoluna başvurulduğuna şahit olunmaktadır. Gerçekte bir alacak devri amaçlanmaksızın, sırf alacağın haczedilmemesi için muvazaalı bir devir yapıldığında, borçlu bu işlemin muvazaalı olduğunu bilebilecek durumda değildir. Borçlunun yapılan devrin muvazaalı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü elbette bulunmaktadır. Ancak devredilen alacağı haczettiren tarafın, devir işleminin muvazaalı olduğunu bildirmesi durumunda borçlu muvazaa iddiasını görmezden gelerek devralana ifade bulunamaz. Bu halde borçlu, tevdi yoluna başvurmayıp doğrudan yapacağı değerlendirme ile iki taraftan birine ifade bulunduğunu takdirde bunun sonuçlarına katlanacaktır. Tevdi yeri belirlenmesini istemeyen borçlu ikinci kez ifade bulunma riskini üstlenmiş olacaktır.

Nadiren de olsa borçlu ile devredeninin muvazaalı işlemlerle devralanın alacağına kavuşmasını engellemeye çalışmaları mümkündür. Bu hallerde haciz işlemlerinin muvazaalı olduğu ispatlanabildi-

¹¹⁷⁰ "Davalı Mustafa A. dava dışı takip borçlusu Fazıl C. aleyhine başlattığı icra takibinde İİK.nun 89. maddesi uyarınca Tümosan A.Ş'ye birinci haciz ihbarnamesi göndermiş Tümosan A.Ş bu ihbara adı geçen borçlunun kendilerinde bulunan alacağını temlik ettiği dolayısıyla bir alacağının bulunmadığı şeklinde cevap vermiştir.

Mustafa A. bu cevap üzerine, temlikin geçersiz olduğu ve birinci haciz ihbarnamesine yapılan itirazın iptalini ve alacağın tespitini istemiştir. Yapılan yargılamada temlikin geçersiz olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece takip borçlusu Fazıl C.'in, Tümosan AŞ nezdindeki alacağının bilirkişi marifeti ile tespiti gerekirken Tümosan A.Ş vekilinin beyanına göre alacağın 1.395.590.000.-TL olarak kabulü doğru görülmemiştir" (Yarg. 19. HD., 03.04.1986 T., 2001/5304 E.-2001/5814 K. s.lı ilamı). Yargıtay kararında devir işleminin hangi sebepten dolayı geçersiz olduğuna dair bir açıklama yer almamaktadır.

ği takdirde borçlunun icra dosyasına ödemede bulunması onu sorumluluktan kurtarmayacaktır¹¹⁷¹.

İflasta da durum aynıdır. İİK.m.184 hükmüne göre, iflas açıldığı anda müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bu-

¹¹⁷¹ "Davacı vekili, müvekkilinin dava dışı Arıcı ... Ltd.Şti.nden alacağı bulunduğunu, anılan şirketin davalıda olan alacağını müvekkiline adı yazılı şekilde temlik ettiğini, davalı şirkete temlik hususunun ihtar edildiğini, davalı şirketin aynı alacağa yönelik olarak bir başka şirket tarafından icra takibi yapıldığını bildirdiğini, davalı şirketin, temlik alan şirket ile diğer dava dışı şirketin birlikte muvazaalı işlemlerle alacaklarını sürüncemede bırakmak istediğini ileri sürerek, temlik alacağı olan 19.827.025.498.TL.nın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının temliknameye ilişkin ihtarının dava dışı şirket tarafından gönderilen 1.haciz ihbarnamesinden sonra geldiğini, temliknamedeki imzaların sıhhatinin bilinmediğini, bu nedenle ödemenin icra dosyasına yapıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davacının temlik aldığı alacağı davalıya gönderilen 1.haciz ihbarnamesi ve davalının icra dairesine ödeme beyanının yapıldığı tarihten önce bildirdiğinin ispatlanamadığı, davalı temlik borçlusunun bu alacağı dava dışı alacaklının alacağına karşılık icra dosyasına ödemiş olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, temlik olunan alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Davaya konu 24.04.2003 tarihli temlikname kapsamında dava dışı şirketin davalı şirketten olan alacağı davacı şirkete temlik edilmiş olup, temlikname üzerinde davalı şirkete ait kaşe ve imzanın da bulunduğu görülmektedir.

Davaya konu temlikname davalı şirket aleyhine başlatılan icra takibi ve haciz işlemlerinden önce düzenlenmiş ise de, temliknamenin davalı şirkete ihbar edilmesi haciz işlemlerinden sonra gerçekleşmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davalı şirketin davaya konu temliknameden kendisi aleyhine başlatılan icra takibinden önce haberdar olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Her ne kadar temliknamenin davalıya ihbarı haciz işlemlerinden sonra gerçekleşmesi nedeniyle, davalı şirketin temliknameye konu alacağı icra dosyasına ödemesinde bir usulsüzlüğün bulunmadığı düşünülebilirse de, davacı şirket tarafından, temliknamenin düzenlenmesi üzerine, geçerliliğinin denetlenmesi amacıyla davalı şirkete götürülerek teyit alındığı iddia edilmiş ve temliknamede davalı şirkete atfen atılan imza ile haciz ihbarnamesindeki imza ve bu dosyada dava dilekçesini tebliğ alan imzaların aynı kişiye ait olduğu dosya kapsamından belirlenmiştir. O halde mahkemece, davacının bu iddiası üzerinde durularak, imza ve kaşenin davalı şirketi bağlayıcılığının araştırılması suretiyle hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir" (Yarg. 11. HD.,09.10.2006 T., 2005/9230 E.-2006/9937 K. s.lı ilamı).

lunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. İflasın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya girer. İflas ile birlikte müflisin alacakları üzerinde tasarruf hakkı kalmaz. İflasın açılmasından sonra müflis alacaklının alacaklarını devretmesi mümkün değildir. Her hukuksal işlemin geçerli olup olmadığı, işlemin yapıldığı andaki koşullara göre belirlenir. Bundan dolayı iflasın açılmasından önce bir tasarruf engeli bulunmadığından alacaklının alacağını devretmesi halinde, bu devir geçerli bir devir olarak görülmelidir¹¹⁷². İflasın açılmasından sonra yapılacak devir ise iflas masasına dâhil bir unsurun devri anlamına geleceğinden geçersizdir.

Henüz doğmamış alacakların devri ve alacağın haczi üzerinde de durulmak gerekir. Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan ileride doğacak alacaklarının haczi mümkündür. Haczin uygulandığı esnada alacağın doğmuş olması gerekmez. Alacağın ileride doğacağının ihtimal dahilinde olması yeterlidir¹¹⁷³¹¹⁷⁴.

İleride doğacak alacağın devredildiği hallerde, devir hüküm ve sonuçlarını alacağın ortaya çıktığı anda doğurur. İleride doğacak bir

¹¹⁷² Alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik kötünietli devir durumunda tasarrufun iptali söz konusu olabilecektir.

¹¹⁷³ YAVAŞ, s. 168; KURU, Alacakların Haczi, s. 127; ÜSTÜNDAĞ, s. 196, dn. 613.

¹¹⁷⁴ İleride doğacak bir alacağın varlığından bahsedilebilmesi için alacağın niteliğinin tayin edilmesini kolaylaştıran bir hukuki ilişkinin mevcut olması gerekir. Alacağın miktarının belli olup olmaması önemli değildir. Maaş, ücret, ikramiye, kira alacakları ve teminat mektubundan muhatap lehine doğması mümkün olan alacaklar ileride doğacak alacaklara örnek olarak gösterilmektedir (YAVAŞ, s. 169). Mevcut bir hukuki ilişkiye dayanmayan, takip borçlusu ile üçüncü kişi arasında ümit ve ihtimale dayanan alacaklar teknik anlamda ileride doğacak alacaklar olarak nitelendirilemez ve haczi mümkün değildir (YAVAŞ, s. 169; ÜSTÜNDAĞ, s. 196; KURU, Alacakların Haczi, s. 127). Örnek vermek gerekirse, taraflar arasında süregelen bir ticari ilişki kapsamında doğacak alacaklar önceden haczedilebilir. Buna karşın gelecekte akdedilecek bir satış sözleşmesinden doğacak olan talebin haczi söz konusu olamaz. Gene bankada hiçbir hesabı olmayan kişi adına bundan sonra bankaya gelmesi muhtemel havaleler takip borçlusu bakımından ileride doğacak alacak olarak görülemez. Böylesi özelliğe sahip muhtemel havale için üçüncü şahsa haciz ihbarnamesi gönderilemez (YAVAŞ, s. 169; KURU, Alacakların Haczi, s. 128). İleride doğacak alacakların haczi ve üçüncü kişinin haciz ihbarnamesi üzerine yapması gereken işlemler için bkz. YAVAŞ, s. 168 vd.; KURU, Alacakların Haczi, s. 130.

alacağın devredilmiş olması ve devredilen alacak üzerine haciz konması halinde borçlu ne yapmalıdır?

İsviçre Hukukunda savunulan bir görüşe göre, alacaklının başlatmış olduğu takibin başarılı olması için devredilen ilerde doğacak alacağın dahi takip alacaklısının müdahale alanında tutulması gerekir. Buna göre, şayet ilerde doğacak bir alacak takip borçlusu tarafından devredilmiş olduğu gerekçesiyle, takip alacaklısının müdahale alanından çıkarılır ise, haciz prosedürü takip alacaklısı açısından değerini yitirmiş olur¹¹⁷⁵. Gene bu görüşe göre, maddi olarak devralana öncelik tanınması pek de tatminkar sonuçlar vermeyeceği gibi, takip hukuku çerçevesinde takip alacaklısının menfaatlerine de uygun düşmeyecektir¹¹⁷⁶.

İsviçre Hukukunda öğretide hakim görüş ve Federal Mahkeme'ye göre, ilerde doğacak alacakların haczinde, devir sonrasında konulan hacizde önceliğin alacağı devralana ait olduğu yönündedir¹¹⁷⁷.

İlerde doğacak alacağın devredildiği hallerde, alacak henüz doğmamış olsa dahi devri geçerli saymak gerekir. İlerde doğacak bir alacağa güvenerek devreden ile ticari ilişkiye girmiş olan devralanın, takip alacaklısından daha ziyade korunmaya değer olduğu söylenebilecektir.

Buna göre borcu alacaklısı tarafından devredilen ve devir keyfiyeti kendisine bildirilen üçüncü kişi (devredilen alacağın borçlusu) haciz bildirimine süresi içinde cevap vermeli ve takip borçlusunun kendisinden herhangi bir alacağı bulunmadığını icra dairesine bildirmelidir. Haciz ihbarnamesine karşı beyanda bulunan devir alacağının borçlusu konumundaki üçüncü şahsın beyan dilekçesinde takip borçlusunun kendisinde bir alacağı bulunmamasının alacağın devredilmiş olması sebebine dayandığını bildirmek gibi bir zorunluluğu bulunmadığı kanaatindeyim.

¹¹⁷⁵ DOMMER, s. 125.

¹¹⁷⁶ DOMMER, s. 126.

¹¹⁷⁷ BGE 95 III 112; BGE 111 III 76.

İsviçre öğretisi ve uygulamasında ileride doğacak alacakların devri bakımından iflastaki durum hacizden farklı görülmektedir. İflasın açılmasından önce alacağın devri halinde, devrin geçerli sayılması devir anında alacağın mevcut olması koşuluyla mümkün görülmektedir¹¹⁷⁸. Hâkim görüşü ve Federal Mahkemeye göre bu sonuç geçiş teorisinden (Durchgangstheorie) çıkar. Buna göre iflasın açılmasından sonra doğan alacaklar bir mantıksal an için de olsa devreden malvarlığında doğacağından, devreden tasarruf ehliyeti bulunmayacağından kendiliğinden alacak iflas masasına dâhil olacaktır. Bundan dolayı artık müflis alacaklının üzerinde tasarruf edebileceği (devredebileceği) bir alacak bulunmamaktadır¹¹⁷⁹. Devredilen alacak iflastan önce doğmuş ise Art. 285 SchKG vd. (İİK.m.280 vd.) hükümlerine göre tasarrufun iptali dava edilebilir¹¹⁸⁰.

İİK.m.191, f. 1 hükmüne göre, “*Borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür*”. SchKG 204 Abs 1 da aynı şekilde iflas masasına dâhil mallara ilişkin olarak borçlunun iflasın açılmasından sonra girdiği işlemlerin müflisin alacaklılarına karşı geçersiz olduğunu düzenlemiştir. İsviçre Hukukunda hacizde olduğu gibi iflasta da nisbi geçersizlik yapısı, hukuk süjelerinin ikileşmesine yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹⁸¹. Devreden iflası halinde bu geçersizlik mutlaklıdır. Devreden iflası halinde, iflastan haberdar olması durumunda ya da iflasın ilanından sonra artık devralana ifada bulunamayacağından dolayı devrin geçersizliği borçlu hakkında da caridir. Bu halde borçlu kendisine ifa talebinde bulunan devralana karşı devrin geçersizliğini ileri sürebilmelidir. Ancak geçersiz olan devrin korumadan yararlanan kişiler tarafından onaylanması halinde, borçlu devralana karşı devrin geçersizliğini ileri süremez. Örnek olarak iflas üzerine bir alacağın müflisin zimmetinde kalması –bu nedenle masaya dâhil olması– halinde iflas alacaklılarının feragat etmesi durumunda böylesi bir onaydan bahsedilebilir.

¹¹⁷⁸ LARDELLI, s. 116.

¹¹⁷⁹ BGE 115 III 65, 67; BGE 57 II 540; BGE 111 III 73; VON TUHR/ESCHER, s. 349, dn. 73; BUCHER OR AT, 545; AMONN, Debitorenzession, s. 136; GAUTHIER, BJSchK 1971, 11; STAEHELIN, FS Engel, s. 388 vd.; LARDELLI, s. 116.

¹¹⁸⁰ LARDELLI, s.116; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art 164-174, N. 184.

¹¹⁸¹ VON TUHR/PETER, s. 220; LARDELLI, s. 116-117.

Alacak iflasın açılmasından sonra devredilmiş ya da önce devredilmekle birlikte iflasın açılmasından sonra doğduğu takdirde iflas masasına dâhil olur ve devralan borçludan talepte bulunamazdı. İflas alacaklılarının feragat etmeleri suretiyle borçlu artık devrin geçersizliğine dayanamayacağından devir onaylanmış kabul edilebilir ve bu halde borçlu artık devrin geçersiz olduğunu ileri süremez¹¹⁸².

İflasın ertelenmesinde de alacaklının tasarruf yetkisinin sınırlanması söz konusudur. İflasın ertelenmesinin koşulları ve hukuksal etkileri İİK.m.179, 179/a ve 179 b'de düzenlenmiştir¹¹⁸³. İflasın erte-

¹¹⁸² LARDELLI, s. 117.

¹¹⁸³ İİK.m.179'a göre, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye halinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir. Şu kadar ki, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir. Mahkeme projeyi ciddi ve inandırıcı bulursa, iflasın ertelenmesine karar verir. İyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgelerin de mahkemeye sunulması zorunludur.

Mahkeme, gerekli görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir. İflasın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır.

İİK.m.179/a hükmüne göre, mahkeme, iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylanması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır.

Kayyımın atanmasına ilişkin karar kayyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları ve iflâsın ertelenmesine ilişkin talep 166 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usul ile mahkeme tarafından ilân ve ticaret siciline tescil ettirilir. Mahkeme bu arada erteleme talebini karara bağlar.

İflâs ertelenmişse kayyım her üç ayda bir şirketin projeye uygun olarak iyileştirme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder, mahkeme bu rapor üzerine veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporuna göre, erteleme istemini değerlendirir ve iyileştirmenin mümkün olamayacağı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır.

İİK.m.179/b, f.4'e göre erteleme süresi azami bir yıldır. Bu süre kayyımın verdiği raporlar dikkate alınarak mahkemece uygun görülecek süreler ile uzatılabilir; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez. Kayyım, mahkemenin belirleyeceği sürelerde iflası

lenmesine karar verildiği durumlarda iflasının ertelenmesine karar verilen devir alacaklısı iyileştirme projesi kapsamında hareket etmek ve kayyımın onayını almak durumundadır. Hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilen devredilebilir bir alacağın alacaklısı – müflisten farklı olarak- kural olarak alacağını devredebilir. Ancak bu halde devrin geçerliliği kayyımın onayına bağlıdır. Kayyım iyileştirme projesi kapsamında yararlı gördüğü takdirde devri onaylayacaktır. Aksi halde kayyım işlemi onaylamayacaktır. Kayyımın onayının alınması anına kadar bir askıda hükümsüzlükten bahsedilebilecektir. Mahkemenin yönetim kurulu yerine geçmek üzere kayyım atamış olması halinde alacağı bizzat kayyım devredebilecektir¹¹⁸⁴.

İleride doğacak bir alacak devredilmiş ise ve alacak iflas ertelemesi kararı verildikten sonra doğduğu takdirde, iflas ertelemesi hakkındaki hükümler uygulanacak ve onay alınması gerekecektir.

2.Temel İşlemin Geçersiz Olduğu Savunması

Temel işlemin geçersizliğine ilişkin savunma alacağın devrinin soyut mu nedensel mi olduğuna göre ayırma tabi tutulur. Burada alacağın devrinin soyut olup olmadığı tartışmasında benimsenecek olan görüşe göre borçluya temel işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkı tanınacak ya da bu savunmadan mahrum bırakılacaktır.

a-Soyutluk İlkesinin Benimsenmesi Halinde

Soyutluk ilkesi benimsendiği takdirde, geçersizlik nedenleri sadece tasarruf işlemiyle ilişkilendirilebilir. Tasarruf işleminin geçerliliği temel işlemin geçerli olup olmamasından bağımsızdır¹¹⁸⁵. Bu görüşe göre temel işlemin geçersiz olması alacağın devrinin ge-

erteleneninin faaliyetleri ve işletmen durumu konusunda düzenli olarak mahkemeye rapor verir.

¹¹⁸⁴ İflasın ertelenmesi durumunda kayyım atanması ve kayyımın görevleri hakkında detaylı bilgi için bkz. BALCI, s. 289 vd.

¹¹⁸⁵ LARDELLI, s. 131.

çerli olup olmadığı noktasında herhangi bir etkiye sahip değildir¹¹⁸⁶. Bu yönü itibariyle soyutluk prensibinin borç ilişkilerinin nisbiliği prensibine uygun olduğu ifade edilir¹¹⁸⁷. Temel işlemde kaynaklanan savunmanın yabancı bir hukuksal ilişkiden kaynaklanan caiz olmayan savunma (exceptio ex iure tertii) olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸⁸.

Bir istisna olarak sadece alacağı devreden devralana karşı sahip olduğu geriye devri talep hakkını borçluya devretmiş olması durumunda, borçlunun devralana karşı temel ilişkiden kaynaklanan savunmayı yapabileceği savunulmaktadır. Bu görüş "dolo agit qui petit quad statim redditurus"¹¹⁸⁹ (bir kimsenin elde ettikten sonra zaten geri vermek zorunda kalacağı şeyi dava edemeyeceği) düşüncesine dayanmaktadır¹¹⁹⁰.

b.Alacağın Devrinin Nedensel Olduğunun Kabulü Halinde

Nedensellik prensibine sıkı sıkıya bağlı kalındığı takdirde, ayıplı temel işlem doğrudan doğruya alacağın devrinin geçersizliğine yol açacağından, hukuksal bir neden olmaksızın gerçekleştirilen devir halinde devralanın aktif husumet ehliyetinden mahrum edilmesi kaçınılmazdır. Bundan dolayı borçluya burada aktif husumet ehliyeti bulunmadığı savunması tanınmalıdır¹¹⁹¹.

Bu görüş borçlunun güvenilir biçimde hükümsüzlük sebeplerini bilmesi durumunda –ve hatta- temel işlemin geçersiz olduğu sa-

¹¹⁸⁶ LUIG, Zession und Abstraktionsprinzip, s.123; LARDELLI, 131.

¹¹⁸⁷ LARDELLI, s. 131. Yazar, DÖRNER'in daha da ileri giderek, borçlunun temel işlemin ayıplı olduğuna dayanmasının caiz olmamasının soyutluk prensibi nedeniyle değil, aksine bir borcun prensip olarak sadece onu yaratan kişiler arasında hukuksal etkisini göstereceği düşüncesine aykırı olduğunu savunduğunu aktarmaktadır (DÖRNER, s. 166, LARDELLI, s. 131, dn. 637'den naklen).

¹¹⁸⁸ LUIG, Zession und Abstraktionsprinzip, s. 124 vd.; VON TUHR/ESCHER, s. 362; HONSELL, FS WIEGAND, s. 370; LARDELLI, s. 131.

¹¹⁸⁹ Bu prensip dürüstlük kuralının bir özel görünüm şeklidir. Dolo agit prensibi hakkında daha fazla bilgi için bkz. http://de.wikipedia.org/wiki/Dolo_agit

¹¹⁹⁰ VON TUHR/ESCHER, s. 362, dn. 36.

¹¹⁹¹ LARDELLI, s. 132.

vunmasına dayanmakla yükümlü olmasıyla gerekçelendirilir¹¹⁹². Yani borçlu butlan sebebini biliyorsa kötüniyetle hareket etmiş olur ve görünüşte devralana ifada bulunmakla borcundan kurtulamaz (Art. 167 OR kıyasen)¹¹⁹³. Borçlunun kötüniyetinden bahsedilebilmesi için, onun temel işlemin ayıplı olmasının alacağın devrinin geçersizliğine yol açacağına bilincinde olması gerekir. Ancak temel işlemdeki ayıp borçlunun haberdar olduğu alacaklı ihtilafının tetikleyicisi ise –temel işlemdeki ayıbın alacağın devrinin geçersizliğine yol açacağına ilişkin- bu bilinç gerekli değildir. Art. 168 Abs. 2 OR bu hal için borçlunun kendisini kurtaramayacağını belirlemiş ve bunun sonucu olarak borçlunun ayıplı temel işleme dayanmasını engellemiştir¹¹⁹⁴.

JAEGGI'ye göre (sözde) devralanın ve alacağı satanın (devreden) fiil ehliyetine sahip olmaması gibi sadece bunu haklı kılan özel bir sebep var ise borçluya temel işlemin geçersiz olduğu savunması tanınmalıdır. Böylesi özel bir sebep bulunmadığı takdirde, borçlu görünürde devralana ifa ile yükümlüdür. Ancak böylesi bir yükümlülük alacağın devrine dayanamaz. Görünürde devralan devreden alacağını ileri sürmeliydi, ki o sadece devreden adına ileri sürebilir¹¹⁹⁵. Alman hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda tahsil yetkisi yapısı reddedilmektedir¹¹⁹⁶. JAEGGI'nin geçersiz temel işlem den kaynaklanan savunma problemini devrin hukuksal yapısına dayanmadan çözmeyi denediği, oysa geçersiz tasarruf işleminin geçersiz temel işlem gibi borçluyu hiç ilgilendirmediği ifade edilmektedir¹¹⁹⁷. Ancak tasarruf işlemi yeni alacaklıyı nitelediğinden dolayı

¹¹⁹² ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 61.

¹¹⁹³ GUHL/KOLLER, § 34 N. 10; LARDELLI, s. 132.

¹¹⁹⁴ GUHL/KOLLER, § 34, N. 10. Yazarlara göre, alacak üzerinde hak iddiasına her şeyden önce bir ayıp neden olur. Bu halde borçlu bu ayıp iddiasına dayanmalı ve tevdi yoluna başvurmalıdır. Aksi halde ikinci kez ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır (GUHL/KOLLER, § 34 N. 10).

¹¹⁹⁵ JAEGGI, SJZ, 1971, 6, 8.

¹¹⁹⁶ LARDELLI, s. 133.

¹¹⁹⁷ LARDELLI, s. 133; LUIG, Zession und Abstraktionsprinzip, s. 133.

borçluyu ilgilendirmektedir. Nedensellik prensibine göre tasarruf işlemi ile bağlantılı temel işlem de bu öneme sahiptir¹¹⁹⁸.

Temel işlemin ayıplı olması geniş bir kavramdır. Temel işlemi sakatlayan ve her birine farklı sonuçlar bağlanan çeşitli ayıplardan bahsedilebilir. Tarafların karşılıklı irade uyuşması bulunmaması ya da resen dikkate alınabilecek bir butlan sebebi ile illetli bulunması vs. hallerinde temel işlem daha baştan geçersizdir. Sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da konusunun imkansız olması durumunda baştan itibaren kesin hükümsüzlük söz konusu olur (TBK.m.27, Art. 20 OR). Temel işlemin muvazaalı olmasında da durum aynıdır¹¹⁹⁹. Gene sözleşmenin taraflarından birinin ayırt etme yeteneği bulunmaması ya da fiil ehliyetsizliği halinde hukuksal sonuç aynıdır. Geciktirici şart açısından bakıldığında, nedensellik prensibine göre ancak şartın gerçekleşmesi durumunda alacağın intikali gerçekleşmiş olur. Nedensellik prensibinde bu geçersizlik nedenleri kendiliğinden devrin geçersizliğini sonuçlar. Temel işlemin geçersiz olduğu savunmasını hakim resen dikkate almak zorundadır¹²⁰⁰.

Temel işlemin geçerliliği bozucu şartın ortaya çıkmamasına bağlanmış ise, bu durumda hali hazırda icra edilmiş tasarrufun geçersiz olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Burada şartın gerçekleşmesinin ileriye mi (ex nunc) yoksa geçmişe mi (ex tunc) etkili olacağı belirleyici olacaktır. İsviçre hukukunda bunun kural olarak geçmişe etkili olmadığı, tasarrufun geçerli kalmaya devam edeceği, bozucu şartın gerçekleşmesinin tasarrufun geçersiz hale gelmesine yol açmayacağı ifade edilmektedir. Bundan dolayı borçlu devralanın aktif husumet ehliyeti bulunmadığını ileri süremeyecektir¹²⁰¹.

TBK.m.173 hükmüne göre, sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula bağlanmış olur (f. 1). Bozucu koşula bağlanmış olan söz-

¹¹⁹⁸ BUCHER, OR AT, 556 dn. 79.

¹¹⁹⁹ BGE 50 II 154. Federal Mahkeme kararının tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2050150.pdf>

¹²⁰⁰ ZK-SPIRIG, Art. 169, N. 61.

¹²⁰¹ LARDELLI, s. 134.

leşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar (f. 2). Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça sona erme, geçmişe etkili olmaz (f. 3). Bu nedenle Türk Hukuku bakımından da aynı sonuç geçerli olup, bozucu şartın gerçekleşmesi tasarrufun geçersiz hale gelmesine yol açmayacaktır.

Art. 31 Abs 1 OR hükmüne göre temel işlemin iptali –bir sürekli borç ilişkisi söz konusu olmadığı takdirde geçmişe etkili olur ki, bu bir pactum de cedendo halinde kabul edilemez. Tasarruf işleminin iptalinde olduğu gibi burada da sadece devir sözleşmesi taraflarının iptal beyanında bulunabileceklerini ifade etmek gerekir. Borçlu sadece hali hazırda iptal edilmiş temel işleme dayanabilir¹²⁰².

Temel işlemin temelde yanılma (Grundlagenirrtum) nedeniyle iptaline ilişkin olarak Federal Mahkeme kararlarına rastlanmamaktadır¹²⁰³. Bu konu daha ziyade öğretilde tartışılmaktadır. Devralanın temel işlemi o nedenle iptal ettirebileceği, mevcut bir alacağın borçlusunun ödeme gücünde yanılması bu duruma örnek olarak gösterilmektedir. İsviçre Hukukunda Art. 171 Abs. 2 OR hükmüne göre borçlunun ödeme gücü hakkında garanti yükümlülüğü ancak bunun ayrıca garanti edilmiş olması durumunda söz konusu olduğundan, borçlunun ödeme gücü ayrıca garanti edilmemiş ise temelde yanılma sebebine dayanmanın caiz görülemeyeceği ifade edilmektedir¹²⁰⁴. Hukukumuz açısından bakıldığında TBK.m.191 hükmüne göre, alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. Bir edim karşılığı devir halinde borçlunun ödeme gücüne sahip olduğu konusunda temelde yanılma hükümlerine başvurulabilecektir.

Devreden alacağını ifaya yönelik devretmekle yükümlenmek isterken, yanılmak suretiyle ifa yerine devretmiş ise, bu halde hukuksal işlemin niteliğinde yanılma söz konusudur¹²⁰⁵.

¹²⁰² LARDELLI, s. 134.

¹²⁰³ LARDELLI, s. 134.

¹²⁰⁴ SCHWENZER, OR AT, N. 37.29.

¹²⁰⁵ LARDELLI, s. 134.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında iptal sebeplerinden hileyi ele almıştır:

Johann Ryser ve diğer alacaklılar Spar- und Leihkasse Hutwill (yerel banka) nezdindeki tasarruf hesaplarının sahipleri idiler. Primli tahvile katılmak için mevduatlarını teminat amacıyla Sular İdaresine devretmişlerdir. Devralan Sular İdaresi alacağın devrini bankaya bildirmiş ve mevduatın kendisine ödenmesini dava etmiştir. Buna karşın banka, davacının acentesinin devredenleri gerçeğe aykırı ve hileli verilerle primli tahvile katılmaya sevk etmiş olması nedeniyle, devredenler tarafından temel işlemin iptal edilmiş olduğu itirazında bulunulmuştur. Bu nedenle banka devredenler tarafından devralana ödeme yapmaktan menedilmiştir¹²⁰⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayda (BGE 95 II 112) borçlu temel işlem olan satış akdinde aşırı yararlanma (gabin) söz konusu olduğunu ileri sürmüştü. Federal Mahkeme somut olayda aşırı yararlanmanın koşullarının bulunmadığına hükmetmiş ve bundan dolayı hukuksal nedene bağlı olup olmama noktasında bir görüş beyan etmemiştir¹²⁰⁷.

¹²⁰⁶ LARDELLI, s. 134-135'ten naklen.

¹²⁰⁷ Somut olayda musevi banka yönetici Leo Keppich'in 1927 yılından beri SGB (Schweizerische Bankgesellschaft-İsviçre Bankası) nezdinde hesabı vardı. Bu hesap 1932 yılında numaralı hesaba dönüştürülmüştü. SGB, Keppich'in 1928 yılında Basel Hayat Sigortası Şirketi (Basler Lebensversicherungsgesellschaft) ile akdettiği hayat sigortası poliçesi primlerini bu hesaptan ödemiş ve 1947 yılında ödeme zamanı gelen sigorta tutarını tahsil etmişti. 1948 yılında Keppich'in kayınbiraderi kendi ebeveyni Lajos ve Matild Fogel-Fried adına bankaya ulaşmış ve hesabın ödenmesini talep etmişti. Sunduğu belgelere göre Keppich 1943 yılında Ausschwitz'de yaşamını kaybetmiş, Keppich'in eşi ise 18 Haziran 1944 tarihinde Bacsalmas'ta ölmüş ve yegane mirasçı olarak onun anne ve babası kalmıştır. SGB bu belgelere dayanarak 27 Ekim 1949 tarihinde 33.481 Frank ve 23 Kasım 1949 tarihinde 15.057 Frank tutarındaki Keppich'in hesap tutarlarını Fogel'e ödemiştir. 1958 yılının Nisan ayında Dezsö Poljak, Keppich'in 1943 ve 1944 yıllarında bankadaki tutarı kendisine devrettiğini bildirmişti. SGB hesaptaki tutarların ödenmiş bulunduğunu bildirdiğinde ve bu konudaki görüşmeler sonuçsuz kaldığında Poljak 11 Şubat 1959 tarihinde suç duyurusunda bulunmuştu.

Poljak 19 Eylül 1961 tarihinde bankaya karşı 33.481 Frank'ın 27 Ekim 1949 tarihinden, 15.507 Frank'ın ise 23 Kasım 1949 tarihinden itibaren işleyecek % 5 faiziyle tahsil talepli dava açmıştı. Zürih yerel mahkemesi davalının devirden haberdar olmamakla Fogel'e ödemekle yükümlü olduğu gerekçesiyle davayı reddetmişti. Üst mahkeme (Obergericht) 15 Mayıs 1964 tarihinde yerel mahkemenin kararını bozmuş ve davacının

esasa (maddi keyfiyete) ilişkin olarak haklı olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bozma üzerine yerel mahkeme davacının talebini dayandırdığı belgelerin gerçekliği hakkında bilirkişi raporu aldırması ve davayı 28 Haziran 1966 tarihinde tekrar reddetmişti. Üst mahkeme 25 Haziran 1968 tarihinde davalıyı 30 Kasım 1958 tarihinden itibaren % 5 faiz işletilecek şekilde, 48.538 Frank ödemeye mahkum etmişti. Davalı kararı temyiz etmiş ve konu Federal Mahkemeye taşınmıştı. Federal Mahkeme temyiz talebini reddetmiş ve Zürih Kantonu II. Zivilkammer'in 25 Haziran 1968 tarihli kararını onamıştır.

Federal Mahkeme kararında, davalının artık temyiz aşamasında devir beyanlarının gerçekliğini inkar etmemekte, ancak temel işlemin geçersizliği nedeniyle devrin geçerli olmadığını ileri sürmekte olduğunu belirtmiştir. Önceki merciin de tespit ettiği gibi alacağın devrine temel olan işlem satış sözleşmesidir ki, bu sözleşme devredilen talep hakkına ilişkin hukuka değil, kendi statüsüne tabidir (BGE 61 II 245, BGE 62 II 110, BGE 74 II 87, BGE 78 II 392, BGE 79 II 165/66, 297/98).

Davalı temyizde devredilen alacak ile ve onun için ödenen bedel arasında açık orantısızlık olduğunu ileri sürmüştür. Davalıya göre ne Keppich ne de mirasçılar iptal edebilecek konumda olmadıklarından boşluk doldurma yoluyla hükümsüz olarak ilan edilmeliydi. Federal Mahkeme Art. 21 OR hükmüne göre aşırı yararlanma durumunda bir tarafın iptal edebileceğini, sadece hakkı ihlal edilen tarafın iptal edebileceğini, yani sözleşmenin tarafı olması gerektiğini, davalı bankanın sözleşmenin tarafı olmadığını, bundan dolayı iptale yetkili olmadığını belirtmiştir. Federal Mahkeme istisnai olarak mağdurun iptal hakkını kullanmakta engellendiği hallerde sözleşmenin hükümsüz olup olmadığı hususunun, ortada aşırı yararlanmanın koşullarının bulunmaması nedeniyle değerlendirmemiştir.

Davalı, davacının 1946 yılında sözde vukubulan ihbarından itibaren talebini 12 yıllık süre zarfında beklemiş olmasından dolayı artık onun iyniyetinden bahsedilemeyeceği ve mirasçılar tarafından sunulan mirasçılık belgesi ile hak sahipliğini ispatlayan mirasçılara daha çok güvenebileceği sonucunu çıkarmıştır. Davalıya göre bu kadar uzun süre beklemekle davacı dürüstlük kuralına göre kesinlikle özen eksikliğine dayanamaz ve her halde devir sözleşmesinden 10 yıldan daha fazla bir süre sonra devrin bildirilmesi ve hak sahipliği iddiası caiz olmamak gerekir. Aksi halde –alacağın devrinin soyut karakterinin öngördüğü- sebepsiz zenginleşme davası 10 yıllık mutlak zamanaşımı süresi uygulanamayacaktır. Kanton Yüksek Mahkemesi Federal Mahkemeyi de bağlayacak şekilde, delillerin takdiri neticesinde davacının davalıya alacağın devrini bildirdiğini ispat edemediğine hükmetmişti.

Devralan alacağın devredildiğini borçluya bildirmese dahi devir geçerlidir. Bu bildirim yapılmadığı takdirde devralan, borçlunun iyniyetle önceki alacaklıya ifada bulunmakla borcundan kurtulması riski altındadır (Art. 167 Abs. 1 OR). Borçluya bildirim yapılsa da borcun varlığında bir değişiklik olmaz. Alacak gene eskiden olduğu gibi aynı zamanaşımı süresine tabidir. Davalı zamanaşımı savunmasına dayanmamış, aksine hakkını geciktirme sonucu talep hakkının ortadan kalktığını ileri sürmüştür.

Kanton Yüksek Mahkemesine göre davalı hakkın kötüye kullanılmasını çok geç ileri sürmüştür. Federal Mahkemeye göre bu davalıya zarar vermez. Art. 2 ZGB her mercide resen dikkate alınmalıdır. Ancak bu kuralın uygulanması için, bir tarafın ileri sürülen talep hakkını ortadan kaldırmaya elverişli maddi vakıaları ileri sürmüş olması gerekir.

İptal durumunda geçmişe etkililikten farklı olarak, sözleşmenin feshi ya da ikale anlaşması ileriye etkilidir¹²⁰⁸. Bu sözleşmenin hükümsüz olup olmadığı devrin varlığı için önemsizdir¹²⁰⁹. Alacağın devrinin temelinde bir vekalet ilişkisi var ise, bu vekalet her zaman geri alınabilir. Tahsil için devir de devreden tarafından her zaman geri alınabilir bir vekaletle dayanır. Geri alma ileri etkilidir ve devredene geriye –tersine- devri (Rückzession) talep hakkı verir. İfa uğruna verilen tahsil amaçlı devir (Inkassozession) halinde, vekalet benzeri dayanak temel işlemde devreden ve devralan arasında ortak bir hukuksal işlem bulunduğundan inançlı devir geri alınamaz¹²¹⁰. Buna karşın ifaya yönelik verilmiş tahsil vekaleti (Einziehungsvollmacht) diğer tüm vekalet türlerinde olduğu gibi geri alınabilir. İfa uğruna gerçekleştirilen tahsil amaçlı devirden farklı olarak, tahsil amaçlı vekalette alacak devreden malvarlığında kalmaktadır. Temsil olunan temsil yetkisini ve temsile temel vekaleti her zaman geri alabilir¹²¹¹.

Farklı sakatlık kademeleri nedensellik prensibinin ayıp türüne göre borçlunun farklı hukuksal durumda olmasına yol açmasını ifade eder. Bundan kaçınmak için yeni tarihli öğretide de bir ayıp ha-

Kötüniyetli bir gecikmeden kabul edilmesi için salt zamanın geçmiş olması yeterli değildir. Aksine buna ek olarak başkaca vakıaların ileri sürülmüş olması gerekir. Hakkın kullanılması hak sahibinin daha önceki hareketsizliği ile bağdaşmayan çelişki arz ettiği ya da alacaklının borçlu bakımından delillerin kararmasını sağlamak amacıyla kasıtlı olarak hakkın ileri sürülmesinin geciktirilmesi durumunda böylesi bir hakkın kötüye kullanılması söz konusudur (krş. BGE 94 II 41 /42). Davalı böylesi vakıalara dayanmamıştır.

Davalının alacağın devirden itibaren 10 yıl içinde ileri sürülmüş olması gerektiği görüşüne Federal Mahkeme itibar etmemiştir. Mahkemeye göre bildirimin yapılmamış olması davalının ödeme yapmasında nedensel değildir. Çünkü davacı 1949 yılında yapılan ödemeden sonra –davalının iddia ettiği hak düşürücü süre içinde- bankaya başvurmuş ve alacağını talep etmiş olsaydı, bu durumda davalı ile aynı konumda olacaktı.

Kanton Yüksek Mahkemesi Keppich'in 1943 yılında değil, aksine 1944 yılında kendi eşinden sonra öldüğünü tespit etmiştir. Keppich'in eşinin anne ve babası yasal mirasçı olamadıkları için, davalı ödeme ile borcundan kurtulmamıştır.

¹²⁰⁸ BUCHER, OR BT, s. 98.

¹²⁰⁹ BGE 67 II 123 Erw. 4; LARDELLI, s. 135.

¹²¹⁰ VON TUHR/ESCHER, s. 340 dn 82.

¹²¹¹ LARDELLI, s. 135; BGE 71 II 167.

linde geçmişe etkili değil, aksine ileriye etkili tasfiye ilişkisine girildiğinin tanındığı, böylesi farklı tasfiye yollarının soyutluk prensibi ile aşılabileceği ifade edilmektedir¹²¹².

¹²¹² LARDELLI, s. 135.

§ 7 SONUÇ

Bir alacağın Borçlar Kanunu hükümlerine göre devir sözleşmesine konu edilebilmesi için devredilebilir bir alacak olması gerekir. Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça tüm alacaklar devredilebilir alacaklardır.

İster sözleşmeden, ister haksız fiilden, ister sebepsiz zenginleşmeden ya da vekâletsiz iş görmeden kaynaklansın, prensip olarak her tür alacak devredilebilir.

Devredilebilirlik bakımından, alacağın muaccel olup olmadığı, tartışmalı olup olmadığı belirleyici değildir.

Alacağın şarta bağlı olması ya da ileride doğacak olması da alacağın devredilmesine engel değildir.

Müflisin alacaklıları da alacaklarını devredebilir. Bu halde devralan iflas idaresine karşı alacaklının yerini alır.

Alacağın devri yasa hükmü gereği yasak ise, bu durum taraflarca ileri sürülme dahi hâkim tarafından resen dikkate alınır.

Devir yasağı hiçbir şekle tabi değildir. Ancak belli değeri aşan hukuki işlemlerin senetle ispatı zorunluluğundan dolayı sözlü olarak devir yasağı kararlaştırılan hallerde ispat zorluğu yaşanacaktır.

Devir yasağının mutlak surette sözleşmede yer alması gerekmez. Devredilen alacağın kaynaklandığı borç ilişkisini doğuran sözleşme metninden ayrı olarak da devir yasağının kararlaştırılması mümkündür.

Devretmeme anlaşması kapsamındaki devir yasağı sadece sözleşmenin taraflarına karşı değil, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Devretmeme anlaşmasının alacağın dayanağı olan sözleşmede yer alıp almadığı önemsizdir.

Devir yasağına rağmen alacaklının alacağı devretmesi halinde, borçlunun sonradan devre muvafakat etmesiyle devir baştan itibaren geçerli hale gelir. Devir yasağına rağmen borçlunun devredilen alacağı devralana ifa etmesi halinde durum böyledir.

Sözleşmesel devir yasağı bulunduğu, bu nedenle devrin geçersiz olduğu hususu hakim tarafından resen dikkate alınamaz ve bu husus borçlu tarafından ileri sürülmelidir.

İleride doğacak alacakların toptan devredildiği hallerde, kural olarak devreden alacaklar üzerinde bir tasarruf hakkı kalmaz. Mevcut bir hukuki ilişkiden doğacak alacakların toptan devredilmiş olması halinde, sözleşme taraflarınca daha sonradan devir yasağı kararlaştırılması mümkün değildir.

Devreden ve borçlu anlaşarak devir yasağını kaldırabilirler. Bu anlaşma açık olabileceği gibi, yasağa rağmen gerçekleştirilen devre, borçlu tarafından sonradan rıza gösterilmesi şeklinde örtülü de olabilir.

Niteliği gereği devredilebilir olmak kaydıyla, devir sözleşmesi anında henüz mevcut olmayan ileride doğacak alacakların devredilebilir. Devreden belirli bir borçludan alabileceği ileride doğacak tüm alacaklar alacağın devrinin konusu olabilir ve bu suretle öncelenen (öne alınan) tasarruf ilgili alacaklar doğar doğmaz tamamlanır. Bundan dolayı devreden alacağın devri anında değil, alacağın doğduğu anda tasarruf yetkisine sahip olmalıdır.

Devir anında mevcut olmayan bir alacağın devri halinde devralan, borçludan bu alacağı ancak mevcut ve muaccel olduğu anda talep edebilir.

İleride doğacak alacakların geçerli olup olmadığı değerlendirilirken devredilen alacağın devir anında mevcut bir hukuksal ilişkiye dayanıp dayanmadığına bakılır. Buna göre ileride doğacak alacaklar devir anında mevcut bir hukuksal ilişkiye dayanan alacaklar ve devir anında hiç bir temeli olmayan alacaklar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İlk gruba dahi ileride doğacak alacakların devri caiz iken, ikinci grupta yer alan alacaklar devredilemezler.

Zaman ve konu yönünden sınırlanmamış toptan devir kişilik hakları ile bağdaştırılamaz ve geçersiz olarak görülmelidir.

Devreden devirden sonra ve fakat alacağın doğumundan önce fiil ehliyetini yitirmesi ya da ölmesinin, devralanın malvarlığında alacağın

doğumu üzerinde etkisi olmaz. Bu bakımdan doğrudan iktisap teorisi esastır.

Önceden devredilen alacağın devirden sonra ve fakat alacağın doğumundan önce haczedilmesi durumunda, alacağın devralanın malvarlığında doğacağı; iflas halinde ise devreden malvarlığında doğup iflas masasına dahil olacağı kabul edilmektedir.

Alacağın devri bir tasarruf işlemi olup, bu tasarruf işlemi ile alacak eski alacaklının malvarlığından çıkıp, alacağı devralan yeni alacaklının malvarlığına geçer. Her tasarruf işleminde olduğu gibi, alacağın devri tasarruf işlemi de borç doğuran bir borçlandırıcı işleme dayanır. Devredene alacağın devri borcunu yükleyen temel borç ilişkisi, alacağın devri sonucunu sağlayan alacağın devrine ilişkin tasarruf işleminin dayanağıdır.

Bir alacağı sadece alacaklı veya onun temsilcisi devredebilir. Herhangi bir sebeple tasarruf yetkisinden yoksun bırakılmış ya da daha önceden alacağını devretmiş olmasına rağmen tekrar devretmiş olan alacaklının yaptığı devir geçersizdir. Tasarruf yetkisinin bulunmaması nedeniyle geçersiz olan devir ilgili hak sahiplerinin icazeti ya da işlemin tekrar yapılması ile düzelebilir.

Tasarruf işlemi yapılırken eksik olan tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması halinde işlem kendiliğinden geçerli hale gelmez. Alacağın devredilmesi arzu ediliyorsa işlemin tekrar gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak devrin geçersizliğini ileri sürmenin dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı, hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde bu yönde savunmaya itibar edilmemelidir.

Alacağın devrinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlı olup, devredilen alacak daha ağır şekil şartına tabi olsa dahi adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Alacağın devrinin geçerli sayılması için adi yazılı şekil yeterli olmakla birlikte, taraflar dilerlerse anlaşmak suretiyle daha ağır bir şekil şartı getirebilirler. Ancak yasal şekil şartının tarafların aralarında anlaşması yoluyla hafifletilmesi mümkün değildir.

Alacağın devri sözleşmesinde alacak hakkını devreden imzasının bulunması zorunlu ve yeterlidir.

Alacağın mutlak surette rakam olarak ifade edilmesi zorunluluğu bulunmayıp, belirlenebilir olması yeterlidir. Ancak kısmi devir söz konusu ise devredilen kısmın net biçimde ifade edilmesi zorunludur.

Alacağın devri geciktirici şarta bağlanabileceği gibi, geçerli olarak kurulan alacağın devri sözleşmesinin bozucu şarta bağlanması da mümkündür.

Devrin tarafları alacağın devrinin soyut ya da nedensel olması hususunda kendi iradeleri ile belirleyici olabilirler.

Taraflarca nedensel olduğu yönünde bir belirlemede bulunulmadığı takdirde, hukuki sebebin sözleşmede belirtilmediği alacağın devrinin soyut olduğu görüşüne katılıyorum.

Alacağın devri sözü verme bir tasarruf işlemi değildir. Bu nedenle bir kimse henüz doğmamış veya başkasına ait olan bir alacağı devretmeyi vaat ve taahhüt edebilir. Devir sözü verilen alacak doğmadığı ya da başkasına ait olduğu için söz verdiği kişiye devri sağlayamayan kişi, ifayı (devri) gerçekleştiremediği için muhatabına karşı TBK.m.112 uyarınca sorumlu olur.

İvazsız devir sözü vermenin hakim görüş tarafından TBK.m.288, f. 1 hükmündeki şekle tabi kılınmasının, ivazsız olarak devir sözü verme ile taşınır malı verme vaadi arasında bir uyum sağlayacağı gerekçesine hak vermekle birlikte, bunun da ivazsız devir sözü vermenin yazılı şekle tabi kılınması için yeter gerekçe olarak görülemeyeceği kanaatindeyim.

Alacağın devri ile alacak devreden malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına geçer. Borçlu karşısında devralan yeni alacaklı konumuna geçer. Alacağı devreden ise devirle birlikte borçlu karşısında alacaklı sıfatını yitirir.

Alacağın devri ile devreden alacaklı sıfatını yitirdiğinden, o bundan sonra alacak üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamaz. Artık alacak üzerinde tasarruf hakkı bulunmayan devreden, devredilen alacağı tekrar bir başkasına devretmesi durumunda alacak ikinci devralanın malvarlığına geçmez. İkinci devralanın iyiniyetli olup olmamasının da bu konuda bir önemi yoktur.

Alacağın devri ile alacak doğrudan devralanın malvarlığına geçer. Devredilen alacak bütünüyle devredileceği gibi –bölünebilir olmak kaydıyla- kısmen de devredilebilir (kısmi devir). Kısmi devir hallerinde alacak, sadece bu oranda bağlı haklarıyla birlikte devralana geçer.

Alacak bir edim karşılığı devrediliyorsa, burada karşı edimin miktarı önemli değildir. Gerçek değerinin altında bir edim karşılığı devir gerçek-

leşmiş olsa bile, alacak gerçek değeri ile devredilmiş olur ve devralan gerçek değer üzerinden alacağı talep edebilir.

Öncelik hakları ve bağlı hakların devralana geçişi kanun gereği kendiliğinden gerçekleşir. Bu hakların devralanın malvarlığına geçmesi için taraflarca ayrı bir devir işleminin gerçekleştirilmesine gerek yoktur.

TBK.m.188 emredici bir hüküm değildir. Taraflar alacağın sadece bir kısmını devredebilecekleri gibi; kefalet, rehin gibi alacağa ilişkin güvence ve bağlı hakların devir işlemi dışında tutulmasını kararlaştırabilirler. Devir işleminin etkilerini genişlettiği ölçüde bu yöndeki aksine anlaşmaların yazılı olarak yapılması gerekir.

Alacağın devri ile öncelik hakları devralana geçer. Ancak öncelik hakkı alacaklının kişiliğine özgü bir hak ise öncelik hakları devralana geçmeyecektir.

Alacağın devri Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir kurum olup, ticari olup olmadıklarına bakılmaksızın tüm borç ilişkilerinde başvurulabilecek bir kurumdur. Ticari yaşamın yazılı olmayan kuralları, yerleşik uygulama dikkate alındığında borçlu tacirin kendisine yapılan bildirim üzerine teyit yazısını cevaplaması gerektiği savunulabilir ise de, tacirin teyit yazısı vermemesine TTK.m.23, f. 3'te belirtilen hukuki sonuç bağlanamayacaktır.

Alacağın devri tasarruf işlemi ile devreden alacağı üzerindeki tasarruf hakkını yitirmekle birlikte, yetkisiz olarak alacağı ikinci kez devretmesi söz konusu olabilir. Borçlunun iyiniyetli olarak ikinci kez devralana ifada bulunması durumunda ilk devralan ve gerçek hak sahibi olan kişi devredilen alacağa kavuşamamış olur. Sözleşmeye aykırı davranışıyla devralanın alacağını elde edememesine neden olan devreden, sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle ilk devralana karşı TBK.m.112 çerçevesinde sorumlu olur.

Devredenin garanti yükümlülüğünün konusu devir anında ya da alacağın muacceliyeti veya iptal edilebilirliği anında alacağın mevcut olup olmadığı ya da borçlunun ödeme kabiliyetinin bulunup bulunmadığıdır. Devreden dilerse bunların dışında başkaca hususları garanti edebilir. Örneğin devreden borçlunun ifa konusunda istekliğini de garanti etmesi de mümkündür.

Alacak devir sözleşmesinde belirtildiği şekilde ve kapsamda var olmalıdır. Alacağın devir sözleşmesinde borçlu olduğu bildirilen kişiye karşı kısmen dahi geçersiz olmaması da bu kapsamdadır.

Alacak herhangi bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ise, devreden ne alacağın varlığından ne de borçlunun ödeme gücünden sorumludur. Alacağın sözleşmeye dayalı olmaksızın, kanun gereği yeni alacaklıya geçtiği hallerde de herhangi bir edim karşılığı olmayan devirlerde olduğu gibi devreden herhangi bir garanti yükümlülüğü bulunmamaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu edim karşılığı gerçekleşen devir halinde alacaklının hem alacağın varlığını, hem de borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olduğu varsayımından hareket etmiştir.

Alacağın kanun gereği bir başkasına geçmiş olması halinde, alacaklı ne alacağın varlığından, ne de borçlunun ödeme gücünden sorumludur.

Alacak ister herhangi bir menfaat elde edilmeksizin karşılıksız olarak, ister bir edim karşılığı devredilsin borçlunun ödeme gücü bulunmamasından dolayı devreden sorumluluğuna gidilebilmesi için kural olarak borçlu hakkında yasal takibe geçilmiş olması ve bu takibin borçlunun yeterince malvarlığı bulunmadığından dolayı sonuçsuz kalmış ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünün belgeye bağlanmış olması gerekir.

Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.

Kime ait olduğu çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusu, ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hâkim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulur. Borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği hâlde ifada bulunursa, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur. Dava konusu olan çekişme mahkemece henüz sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflardan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir.

Dava konusu olan çekişme mahkemece henüz sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflardan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir.

Borçlunun tevdi zorlanabildiği hallerde tevdi artık bir hak olmaktan ziyade yükümlülüktür.

Borçluya tanınan savunma imkanları bir hakkı doğuran, hakkın doğumunu engelleyen ya da ortadan kaldıran yapıda olabilir.

Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir.

Borçlu devredene karşı sahip olduğu savunma imkanlarını devralana karşı da ileri sürebileceğinden, o sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini devralana karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Borçlu devir olmasaydı dahi alacaklıya karşı ileri süremeyeceği savunmaları devralana karşı da ileri süremez.

Borçluya tanınan savunma imkanları devralanın iyiniyetinden bağımsız şekilde ortaya çıkar. Devralan alacağı devralırken bu savunma imkanlarından haberdar olmadığını belirterek, borçlu tarafından bunların ileri sürülmesini engelleyemez.

Alacak mevcut olmasına rağmen onun istenebilirliğini etkileyen farklı olguların varlığı söz konusu ise borçlu bunları da devralana karşı ileri sürebilecektir.

Devredilen alacak bir eksik borç ise, devredene karşı ileri sürülebilecek olan bu olgu ondan alacağı devralan kişiye karşı da ileri sürülebilir.

Alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar TBK.m.189 (Art. 170 OR) anlamında bağlı hak olarak görülmekte ve devirle birlikte ayrıca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın, kendiliğinden devralana geçer.

Borçlunun devralana karşı takas ileri sürebilmesi için devredene karşı sahip olduğu alacak, alacağın devrinden önce veya en geç devir bildirimini öğrenmeden evvel mevcut olmalıdır. Burada devirden veya en geç devrin öğrenilmesinden önce hukuksal sebebin mevcut olması yeterlidir.

Borçlu alacağın devri ile bir takas alacağı ediniyor ise, bu alacak borçlunun asıl alacağın devrini öğrenmesinden önce gerçekleşmiş olmalıdır.

Borçlunun takas edeceği alacağının devrin öğrenilmesi anında mevcut olması yeterlidir. Ana alacağın muaccel olup olmadığının bir önemi yoktur. Burada henüz devir gerçekleştirilmezden önce takasın şartları mevcuttur. Borçlunun durumunun devir nedeniyle

ağırlaştırılamamasından dolayı, borçlunun zaten var olan takas hakkı devirle kaybedilmemektedir.

Alacağın devredildiği kendisine bildirilmiş olan borçlu, takas hakkını kullanmak istiyorsa bunu devralana bildirmelidir. Artık bildirimden sonra devredene yöneltilecek takas beyanı hukuksal sonuç doğurmaz.

Borçlunun takas edeceği alacağı devirden önce mevcut ve fakat henüz muaccel değilse, devredilen alacak takas edilecek alacaktan daha evvel muaccel olmayacak ise, bu halde borçlunun alacağı onun devri öğrenmesi anına kadar muaccel olmalıdır.

Borçlunun takas edeceği alacağı devirden önce doğmuş olmakla birlikte, onun alacağı alacağın devrini öğrendikten sonra muaccel oluyorsa, bu durumda devredilen alacağın muacceliyet tarihine bakılır. Şayet devredilen alacak takas edilecek olan alacaktan daha önce muaccel oluyorsa artık borçlu, devralana karşı takas ileri sürme olanağına sahip değildir. Yani borçlunun takas edeceği alacağın devrin öğrenilmesinden sonra muaccel olduğu durumda, devredilen alacak daha önce muaccel oluyor ise TBK.m.188, f. 2 (Art. 169 Abs. 2 OR) hükmüne göre artık takas mümkün değildir.

Devreden ile devralan arasında gerçekleşen alacağın devrine ilişkin hukuksal işlemin geçerliliğini etkileyen hususlar borçlu tarafından devralana karşı da ileri sürülebilir.

Borcundan dolayı bir malvarlığı değeri haczedilen kişinin artık haczolunan üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunamaz. Hacizle onun tasarruf hakkı sınırlanmıştır.

Haciz tarihinden önce devredilmiş bir alacak söz konusu ise, bu halde artık alacağın devri ile devredenin alacaklılık sıfatı ortadan kalktığından haczedilmesi mümkün bir alacağın varlığından bahsedilemez.

Devredilmiş alacağın haczedilmesi mümkün değildir. Henüz doğmamış bir alacağın devri halinde de durum böyledir.

Alacağın devrinin haciz işleminden önce mi yoksa sonra mı gerçekleştiği tartışmalı ise, bu halde bu yönde bir araştırma yapılması gerekir. Borçlu ekseriya bunu tespit edebilecek konumda olamayacağından alacağın tevdiini mahkemeden talep etmesi onun yararına olacaktır. Alacağın aidiyeti konusunda açılacak bir davada mahke-

mece hangi işlemin önce gerçekleştiği tespit edilerek sonucuna göre karar verilecektir.

Devredilen alacağa ilişkin olarak haciz ihbarnamesinin borçluya ulaştığı hallerde, borçlu devrin daha önceki tarihli olması nedeniyle devralana ifada bulunması halinde sorumlu tutulamayacaktır. Ancak bu durum devrin geçerli olduğu hallerde söz konusudur. Devrin geçersiz olması durumunda devralana ifada bulunan borçlu riski üzerine almış olacaktır. Bu sebeple kendisine haciz ihbarnamesi ulaşan borçlu riske girmemek adına TBK.m.187 hükmü kapsamında tevdi yeri tayini isteyebilir. Bu yönde hareket etmesi onun lehine olacaktır.

İflasta da durum aynıdır. İİK.m.184 hükmüne göre, iflas açıldığı anda müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. İflasın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya girer. İflas ile birlikte müflisin alacakları üzerinde tasarruf hakkı kalmaz. İflasın açılmasından sonra müflis alacaklının alacaklarını devretmesi mümkün değildir. Her hukuksal işlemin geçerli olup olmadığı, işlemin yapıldığı andaki koşullara göre belirlenir. Bundan dolayı iflasın açılmasından önce bir tasarruf engeli bulunmadığından alacaklının alacağını devretmesi halinde, bu devir geçerli bir devir olarak görülmelidir. İflasın açılmasından sonra yapılacak devir ise iflas masasına dâhil bir unsurun devri anlamına geleceğinden geçersizdir.

Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan ileride doğacak alacaklarının haczi mümkündür. Haczin uygulandığı esnada alacağın doğmuş olması gerekmez. Alacağın ileride doğacağının ihtimal dahilinde olması yeterlidir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale
AKINTÜRK, Turgut :Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş Dördüncü Bası, Ankara, 2002.
- AKSOY, Hüseyin Can :Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomik Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi, ABD, 2012/1, s. 143-160.
- AKYOL, İ. :Alacaklının Verdiği Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, İstanbul 1981.
- AMONN, Kurt :Die generelle Debitorenzession im Konkurs, BLSchK, 1979, 130 vd.
- ARAL, Fahreddin : Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994 (Türk Borçlar Hukukunda Takas).
- ARAL, Fahreddin :Topyekün Temlik, AÜHFD, C. 42, S. 1-4, 1991-1992, s. 93-140.
- ARIKAN, Mustafa :Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, SÜHFD, C. 13, S. 1, 2005.
- AYBAY, Aydın :Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul 2011.

-
- AYDINCIK, Şirin :Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki, İÜHFM, C. LXIV, S. 1, 2006, s. 131-194.
- BALCI, Şakir :İflasın Ertelenmesi, Güncel Yayınevi, İzmir 2005.
- BARLAS, Nami : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Kazancı Hukuk Yayınları No: 52, İstanbul 1986 (Banka Teminat Mektupları).
- BECKER, Hermann :Berner Kommentar zu Art.1-183 OR, 2. Auflage, Bern 1941/42 (BK-BECKER).
- BRUEGMANN, Walter :Die Abtretung der Forderungen aus gegenseitigen Vetraegen, Diss. Hamburg 1934.
- BUCHER, Eugen :Kreditsicherung durch Zession, in: “Probleme der Kreditsicherung”, Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982, 9 vd. (BUCHER, Kreditsicherung).
- BUCHER, Eugen :Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (BUCHER, OR AT).
- BUCHER, Eugen :Vorbemerkungen zu Art. 1-40 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (BSK OR-I BUCHER).

-
- BULUT, Uğur :Ödeme Yerine Alacakların Devri, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- BUSCHE, Jan
- STAUDINGER, Julius von :Kommentar zu § § 398-413 BGB, in: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, § § 397-432 BGB, 14. Aufl., Berlin 2006.
- BUZ, Vedat : Medeni Hukukta Yenlik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- BYDLINSKI, Peter :Die Übertragung der Gestaltungsrechten, Wien 1986.
- DAYINLARLI, Kemal :Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. şti, Ankara 2008.
- DEMİR, Şamil :Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, İstanbul 2011.
- DEVELİOĞLU, H. Murat : Takas, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- DIETSCHKE, Peter :Debitorenzession im Nachlassverfahren, SJZ 93 (1997), s. 337-345.
- DOĞAN, Vahit :Banka Teminat Mektupları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

DOMMER, Jürg	:Der Einfluss des SchKG auf die Forderung des Schuldners, Fribourg 1987.
DÖRNER, Heinrich	:Dynamicsche Relativitaet, München 1985.
EMCH, Urs RENZ, Hugo ARPAGAU, Reto	: Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004 (EMCH/RENZ/ARPAGAU).
ENGİN, Baki İlkay	:Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 14 (Garanti).
ENGİN, Baki İlkay	:Alacağın Temliki ve Borcun Nakli, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012 (Alacağın Temliki ve Borcun Nakli).
ENGİN, Baki İlkay	:İfa uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağı, İstanbul 1999.
ENGİN, Baki İlkay	:Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiyi Temlikinde Önceliğın Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var mıdır? Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağın, İstanbul 2000, s. 313-321 (ENGİN, Önceliğın Belirlenmesi).
EREN, Fikret	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

-
- ERMAN, Hasan :Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2007.
- ERDOĞAN, İhsan :Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri, Prof.Dr. G. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 379-505.
- ETTRICH, Emil :Die Zession Als Mitter der Kapitalbeschaffung, Wien 1937.
- GAUCH, Peter :Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996.
- GAUCH, Peter
SCHLUEP, Walter
SCHMID, Jörh
REY, Heinz :Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Bde., 8. Auflage, Zürich 2003.
- GAUTHIER :Die Abtretung von forderungen im Schulbetreibungs- und KONkursverfahren, BLSchK 1971, s. 1 vd.
- GIRSBERGER, Daniel :Kommentar zu Art. 164-174 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, (Art. 1-529 OR), 4. Auflage, Baserl/Genf/München 2007 (BSK OR I-GIRSBERGER).
- GUHL, Teo
KOLLER, Alfred
SCHNYDER, Anton K.

DRUEY, Jean Nicolas	:Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auf., Zürich 2000 (GUHL/KOLLER).
GÜNERGÖK, Özcan	:Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2003 (Avukatlık Sözleşmesi).
GÜNERGÖK, Özcan	:Havale, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, İstanbul 1995 (Havale).
HATEMİ, Hüseyin GÖKYAYLA, Emre	: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098 sayılı TBK Esas Alınarak Hazırlanmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
HAVUTÇU, Ayşe	:Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili, DEÜHFD, 1987, C. 3, S. 1-4, s. 643-681.
HONSELL, Heinrich	: “Tradition und Zession –kausal oder abstrakt?, Norm und Wirkung”, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive 2005. Stämpfli Verlag, Bern 2005, s.18 (Tradition und Zession).
HUGUENIN, Claire	:Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Zürich 2004.
JAEGGI, P.	: Zur “Rechtsnatur” der Zession, SJZ, 1971, s. 6 vd.
JANGGEN, Andrea	:Globalzession im Konkurs, Insolvenz und Wirtschaftsrecht, 2/1998, s. 67-71.

- KANETİ, Selim :Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972.
- KARLI, Özlem :Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması (Mücerret Borç İkrarı BK.mad.17), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- KELLER, Max
SCHOEBI, Christian :Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main.
- KILIÇOĞLU, Ahmet :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 16. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2012.
- KLARER, Heinz :Die Globalzession von Debitorenforderungen als wirksames und notwendiges Sicherungsmittel und ihre Behandlung im KONkurs, SJZ 94 (1998), s.354-357.
- KLEYLING, Thomas F. :Zession –unter besonderer Berücksichtigung der Globalzession- und der Forderungsverpfaendung als Mittel zur Sicherung von Krediten, Diss. Basel 1979.
- KOCAMAN, Arif B :Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısında Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret

	Hukuku Araştırma Enstitüsü, Olgaç Matbaası, Ankara 1989 (Alacağın Temliki).
KOCAMAN, Arif	: Türk Borçlar Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 20 (“Havale”).
KOCAMAN, Arif B.	:Faktoring (Genel Alacak Devir ve Satım İşlemi), Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara 1994 (“Factoring”).
KOCAMAN, Arif B.	:Faktoring’in Hukuki Niteliği, BATİDER, C. XVII, S. 2’den ayrı bası (Faktoring’in Hukuki Niteliği).
KÖHLER, Helmut	:Forderungsabtretung und Ausübung von Gestaltungsrechten, JZ 1986, s. 516 vd.
KOLLER, Alfred	:Werkvertragliche Maangelrechte und Abtretung der Werklohnforderung, BR 1984, s. 63. vd. (Werkvertraegliche Mangelrechte).
KOLLER, Alfred	:Der gute und böse Glaube im Allgemeinen Schuldrecht, Freiburg, 1985 (guter und böser Glaube).
KOZIOL/WELSER	:Bürgerliches Recht II, 12. Auflage 2001.
KRAMER, Ernst A., PROBST, Thomas	:Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003.

-
- KUMMER, M. :Beitraege zur Lehre von der Cause, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen, Bern 1942, s. 110 vd. (Beitraege zur Lehre von der Cause).
- KURU, Baki :Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Yayın No: 229, Genişletilmiş 2. Bası, 2002 (Alacakların Haczi).
- KURU, Baki :İcra ve İflas Hukuku, C. I, İstanbul 1988.
- KURU, Baki :İcra ve İflas Hukuku, C. III, İstanbul 1988.
- KURU, Baki :İcra Takibine Konu Alacağın Temliki, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara 1955, s. 213-221 (Alacağın Temliki).
- LARDELLI, Flavio :Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Schulthess Juristische Medien AG, Basel/Genf 2008.
- LARENZ, Karl :Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- LUIG, Klaus :Zession und Abstraktionsprinzip, in Wissenschaft und KODifikationen des Privatrechts im 19. Harhundert, Bd. II, Frankfurt am Main, 1977, 112 vd.
- MEDICUS, Dieter :Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Verlag CH Beck, München 1994.
- NEUMANN-

DUESBERG, Horst	:Einrede der Anfechtbarkeit gegenüber dem Zessionar, FS Nipperdey 1965.
NOMER, Haluk	:Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, İstanbul 2012.
NOMER, Haluk	:Vefa Hakkı, İstanbul 1992 (NOMER, Vefa Hakkı).
OĞUZMAN, M. K. ÖZ, Turgut	:Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. I, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Basıı Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
OĞUZMAN, M. K. ÖZ, Turgut	:Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. II, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10. Basıı Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
OĞUZMAN, M. K. BARLAS, Nami	:Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2013.
OSER SCHOENENBERGER	:Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht II, 2. Aufl., Zürich 1936.
ÖZ, Turgut	:Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Sebepsiz Zenginleşme).

- ÖZ, Turgut :Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2012 (Değişiklikler ve Yenilikler).
- ÖZAKMAN, Cumhur :Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1988.
- ÖZDEMİR, Türkay :İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Temlikleri, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003. *
- ÖZSUNAY, Ergun :Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1968.
- PETER, Hansjörg :Das bedingte Geschaef, Zürich 1994.
- POHLE :Prozessführungsrecht und Rechtskrafterstreckung bei bedingten Veraeusserungen, in Festschrift für Lehmann, H. 1956, Bd. II, s. 742 vd.
- POROY, Reha
YASAMAN, Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, enişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.
ALTAY, Sümer :İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2010.
- PULAŞLI, Hasan : Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989.
- REETZ, Peter

BURRI, Christof	:Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007 (SPR-REETZ/BURRI).
REİSOĞLU, Safa	:Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre Hazırlanmış Yirmiüçüncü Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2012.
REİSOĞLU, Seza	:Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003 (Banka Teminat Mektupları).
RUESMANN, Helmut	:Bürgerliches Vermögensrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht Universität des Saarlandes 2006/2007.
SCHMID, W.D.	: Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung, SJZ 66,1970, s. 299 vd. (Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung).
SCHWENZER, Ingeborg	:Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.
SELİÇİ, Özer	:Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
SİRMEN, A. Lale	:Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992.

-
- SİRMEN, A. Lale :Alacak Rehni, Ankara 1990 (Alacak Rehni).
- SPIRIG, Eugen :Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgeeseesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, erste Lieferung: Art. 164-174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 (ZK-SPIRIG).
- SPIRIG, Eugen :Zur Kausalitaet der Abtretung, SJZ 96 (2000), s. 7-9 (SPIRIG, Kausalitaet).
- STAEHELIN, Adrian : Zur Abtretung künftiger Forderungen, FS Engel, s. 381 vd.
- STEINER, Christoph :Die Abtretung der Forderungen geheimhaltungspflichtiger Glaubiger, Diss. Bern 2001.
- STREIFF, Ullin
- PELLEGRINI, Bruno
- VON KAENEL, Adrian :Vertragsvorlagen: Eine Sammlung kommentierter Vertragsmuster für die Praxis, Schulthess, 2. Auflage, 1994.,
- SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1980.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN,
Meral : Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995.

ŞAFAK, Ali	:Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011.
ŞAHİNİZ, Salih C.	:Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) ve Yasakları, EÜHFD, 2006, C. X, S. 2., s.495-520.
ŞENER, Oruç Hami	:Factoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005.
TEKİNAY, Selahattin Sulhi AKMAN, Sermet BURCOĞLU, Haluk ALTOP, Atilla	:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
TUNÇOMAĞ, Kenan	:Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.
UYGUR, Atiye B.	:Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, GÜHFD, C. X, S. 1-2 2006 (Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler).
UYGUR, Turgut	:Borçlar Kanunu, Madde 109-213, C. IV, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
UZUN KAZMACI, Özge	:Faktoring Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
ÜÇER, Mehmet	:Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 3, s. 397-443.
ÜSTÜNDAĞ, Saim	:İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

-
- VON BUEREN, Bruno :Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- VON DER CRONE,
Hans Caspar :Zession: kausal oder abstrakt, SJZ, 1997 249 vd.
- VON TUHR, Andreas :Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Tübingen 1924 (OR AT).
- VON. TUHR, Andreas
ESCHER, Arnold :Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band II, 3. Auflage, Zürich 1984.
- WALTER, Hans Peter :Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, in: Wolfgang Wiegand, Mobiliarsicherheiten, Sicherungszession und Sicherungsübereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht, Berner Bankrechtstag 1998, Bern 1998, s. 43 vs.
- WEHRLI, Thomas :Die vertragliche Abtretung von Forderungen, insbesondere Voraus- und Globalzession und deren Behandlung bei Konkurs des Zedenten, Staempfli+Cie AG, Graphisches Unternehmen, 1993 Bern.
- WIEGAND :Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in Kellerhans Franz/von Werdt Nicolas/Günterich Andreas (Hrsg.), Gerichtsstandgesetz, Kommentar zum

	Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. Auf., Bern 2005.
WOLFF, Max G. H.	:Wesen und Voraussetzungen der Zession, Diss. Zürich 1917.
YAVAŞ, Murat	:Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, 2005 İstanbul.
YAVUZ, Cevdet	:Türk Borçlar Hukuku Özel hükümler, C. I, 2. Bası, İstanbul 1989.
ZOBL, Dieter	:Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung, SJZ 1989, 356 vd.